



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**¿SON INFORMACIÓN PÚBLICA LOS CORREOS  
ELECTRÓNICOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS?**

**EL ESTADO DE LA DISCUSIÓN EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MANUEL DURÁN MONTECINOS

SEBASTIÁN JELDES CASTILLO

**PROFESOR GUÍA: DON ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN**

**Santiago, Chile**

**2016**

## **Dedicatoria**

*Manuel: Agradezco a mi familia y amigos; en especial a mi madre Marisol por su incondicional apoyo y cariño brindados a lo largo de mi vida. A todos ellos dedico este esfuerzo.*

*Sebastián: Con cariño a mi familia, a mi novia Paulina y amigos. Quiero agradecer especialmente a mi padre, Claudio, quien nos ha dejado recientemente. Su incansable apoyo fue fundamental en mi vida.*

## **Agradecimientos**

*Quisiéramos agradecer a quien fue nuestro profesor guía por la mayor parte de nuestro trabajo, Don José Antonio Viera-Gallo, por todo el apoyo brindado durante el desarrollo de esta investigación, y por haber posibilitado un enriquecedor diálogo de aprendizaje, determinante para nuestra formación académica.*

*También agradecemos a Don Enrique Navarro Beltrán, por aceptar amablemente ser nuestro profesor guía. Su ayuda y respaldo nos ha permitido terminar este proceso de forma exitosa.*

*Por último, queremos reconocer el gran apoyo de nuestros amigos, quienes han estado presentes a lo largo de este camino.*

## Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I. BREVE HISTORIA DE LA TRANSPARENCIA EN CHILE.....	17
1.- Hitos anteriores a la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. ....	18
1.1.- Comisión Nacional sobre Ética Pública.....	18
1.2.- Ley sobre Probidad Administrativa.....	22
1.3.- Ley N° 19.645 que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción.....	25
1.4.- Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. ....	27
1.5.- Reforma al artículo 8° de la Constitución. ....	30
1.6.- Agenda Presidencial para favorecer la probidad y la eficiencia en la gestión pública. .....	32
1.7.- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634-2006. ....	35
1.8.- Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. ....	38
1.9.- Agenda Presidencial para Favorecer la Probidad y la Eficiencia en la Gestión Pública. .....	40
2.- Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública. ....	47
2.1.- Antecedentes de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.....	47
2.1.1.- Caso Claude Reyes.....	49
2.1.2.- Origen de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. ....	56
CAPÍTULO II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	64
1.- Ámbito de regulación de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. ....	65
2.- Entidades reguladas por la Ley sobre Acceso a la Información Pública. ....	66
2.1.-Sistema de aplicación total.....	69
2.2.-Sistema de aplicación especial o parcial.....	71
3.- El principio de la Transparencia de la Función Pública.....	75
3.1.- De la Transparencia Activa y Pasiva.....	78
3.1.1- Transparencia Activa.....	78

3.1.2- De la Transparencia Pasiva. ....	81
4.- Del Consejo para la Transparencia. ....	83
4.1.-Composición del Consejo para la Transparencia. ....	84
4.2.-Funciones y Atribuciones del Consejo para la Transparencia. ....	85
4.3.-Acuerdos del Consejo para la Transparencia.....	88
5.-Procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y de su amparo.....	88
5.1.- Procedimiento del Reclamo de Ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones. ....	93
6.- De las excepciones a la publicidad de la información pública.....	94
6.1.- Causales de secreto o reserva. ....	95
<b>CAPÍTULO III. DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA PUBLICIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS ENVIADOS O RECIBIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DESDE CUENTAS INSTITUCIONALES. ....</b>	
<b>101</b>	
1.- Introducción y planteamiento del problema.....	101
1.1.- Marco Conceptual preliminar. ....	105
1.1.1.- Los correos electrónicos. ....	105
1.1.2.- Información Pública.....	107
1.1.3.- Derecho a la vida privada. ....	123
1.1.4.- Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas. ....	131
1.1.5.- Principios de Publicidad y Transparencia. ....	133
2.- Postura del Consejo para la Transparencia sobre los correos electrónicos institucionales. ....	137
2.1.- Decisión Amparo Rol 406-11. ....	138
2.2.- Criterios del Consejo para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	142
2.3.- Casos en que el Consejo ha denegado el acceso a los correos electrónicos institucionales. ....	148
2.4.- Posición minoritaria de algunos consejeros, en orden a no considerar pública la información contenida en correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos. ....	151
3.- Postura de los Tribunales Ordinarios sobre la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	152

3.1.- Posición de las Cortes de Apelaciones sobre el tema en investigación.....	152
3.1.1.- Criterios de las Cortes de Apelaciones para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	153
3.1.2.- Criterios de las Cortes de Apelaciones para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales. ....	159
3.2.- Postura de la Corte Suprema sobre la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	165
3.2.1.- Criterios de la Corte Suprema para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	166
3.2.2.- Criterios de la Corte Suprema para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales. ....	170
4.- Postura del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	173
4.1.- Los correos electrónicos de los funcionarios públicos constituyen información privada protegidos por la Constitución.....	173
4.1.1.- Criterios del Tribunal Constitucional para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales. ....	177
4.2.- Voto de minoría. ....	185
5.- Posiciones de la doctrina respecto de la publicidad de los correos electrónicos institucionales. ....	188
5.1.- Improcedencia del acceso a la información pública en el caso de los correos electrónicos institucionales. ....	188
5.2.- Doctrina sobre la procedencia del acceso a la información pública en el caso de los correos electrónicos institucionales. ....	198
6.- Cuadro resumen. ....	202
<b>CAPÍTULO IV. DE LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS INSTITUCIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO. ....</b>	<b>209</b>
1.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ....	209
1.1.-Órganos interamericanos vinculados al Derecho de Acceso a la Información.....	210
1.1.1- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).....	210
1.1.2.- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión .....	212
1.1.3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos. ....	213
1.2.- Marco Jurídico Interamericano sobre Acceso a la Información Pública.....	214

1.2.1.- El derecho de acceso a la información es la regla general y el secreto la excepción. ....	216
1.2.2.- De la información reservada o secreta y la protección de datos personales....	221
2.- Sistema Europeo de Derechos Humanos.....	222
2.1.- Corte Europea de Derechos Humanos.....	223
2.1.1.- Primer Período.....	224
2.1.2.-Segundo Periodo.....	228
2.2.- Corte de Justicia de la Unión Europea .....	230
3.- Derecho Comparado sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos. ....	234
3.1.- Estados Unidos.....	234
3.1.1.- Marco Jurídico sobre el Acceso a la Información Pública.....	235
A) Freedom of Information Act de 1966 (FOIA).....	235
A.1) Órganos excluidos de la FOIA .....	235
A.2) Objetivo y procedimiento para acceder a la información en la FOIA.....	236
A.3) Informaciones excluidas de acceso por la FOIA (Excepciones). ....	237
B) Leyes Estatales sobre Acceso a la Información Pública. ....	240
C) Otras Legislaciones Pertinentes.....	241
3.1.2.- Jurisprudencia de las Cortes Americanas sobre la privacidad o publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos.....	242
A) Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.....	242
A.1) U.S Dept. of the AIR Force v Rose (1976) .....	243
A.2) U.S. Dept of State v Washington Post Co. (1982).....	244
A.3) U.S. Dept. of Justice v Reporters Committee for Freedom of the Press (1989) .....	245
B) Cortes Supremas Estatales .....	246
B.1) Corte de Apelaciones de West Virginia. ....	247
B.1.1) Associated Press v Canterbury. ....	247
B.2) Corte Suprema de Arizona.....	249
B.2.1) Griffis v Pinal County (2007) .....	249
B.3) Caso Sarah Palin.....	251

3.2.- México .....	253
3.2.1.- Marco Constitucional.....	253
3.2.1.1.- Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. .	255
3.2.2.- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG).....	257
3.2.2.1.- Objetivos de la ley.....	258
3.2.2.2.- Aspectos Relevantes de la LFTAIPG. ....	259
3.2.2.3.- Excepciones a la publicidad de la LFTAIPG. ....	260
3.2.3.- Leyes Estatales de Acceso a la Información Pública. ....	262
3.2.4.- Institucionalidad Mexicana sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública .....	263
3.2.4.1.- Instituto Federal de Acceso a la información y Protección de datos (IFAI). 263	
3.2.4.2.- Secretaria de la Función Pública (SFP). ....	264
3.2.4.3.- Unidades de Enlace.....	264
3.2.5.- Jurisprudencia del IFAI. ....	265
A) Colegio de México, AC- María Marván Laborde. ....	267
B) Comisión Federal de Mejora Regulatoria- Sigrid Arzt Colunga .....	268
3.3.- España.....	270
3.3.1.- Primer periodo.....	271
3.3.1.1.- Leyes del Régimen Jurídico de las Administradoras Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. ....	273
3.3.1.2.- La ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD). ....	274
3.3.1.3.- Jurisprudencia de este primer periodo.....	275
3.3.2.- Segundo periodo.....	278
3.3.2.1.- Objeto de la ley.....	279
3.3.2.2.- Sujetos obligados. ....	279
3.3.2.3.- Concepto de Información Pública.....	280
3.3.2.4.- Límites al derecho de Acceso.....	281
3.3.2.5.- Procedimiento. ....	282
CAPÍTULO V. REFORMAS EN MATERIA DE PUBLICIDAD Y CORREOS ELECTRÓNICOS.....	283



1.- Proyecto de ley que modifica la Ley sobre Acceso a la Información Pública..	285
1.1.- Inclusión de incisos tercero y cuarto al artículo 10° de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.	299
1.2.- Incorporación de nuevo artículo 20°bis a la Ley sobre Acceso a la Información Pública	309
1.3.- Incorporación de nuevo artículo 25°bis a la Ley sobre Acceso a la Información Pública	312
1.4.- Modificación del artículo sexto de la Ley sobre Acceso a la Información Pública. ..	312
1.5.- Incorporación de nuevos incisos cuarto, quinto, sexto y séptimo al artículo 65°bis de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.	313
1.6.- Incorporación de nuevos incisos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, al artículo octavo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública	314
1.7.- Incorporación de nuevos incisos cuarto, quinto y sexto, al artículo noveno de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.	314
1.8.- Incorporación de nuevos incisos quinto, sexto, séptimo, al artículo 4° de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.	315
1.9.- Incorporación de un nuevo artículo duodécimo a la Ley sobre Acceso a la Información Pública.	316
2.- Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública.	316
3.- Proyecto de reforma constitucional que consagra el derecho a la protección de los datos personales.	326
CONCLUSIONES	329
BIBLIOGRAFÍA	343

## **INTRODUCCIÓN.**

El derecho de acceso a la información, desde sus orígenes remotos y en su posterior evolución, ha sido considerado como una herramienta fundamental para el control del ciudadano respecto del funcionamiento y la gestión pública del Estado; y en especial vinculado al control de la corrupción. Sin embargo, no tan sólo se puede restringir la aplicación de éste derecho a un mecanismo de control, sino que además contribuye mediante su ejercicio a la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, permitiéndoles la materialización de sus derechos fundamentales.

Desde un principio, el derecho de acceso a la información, aparece vinculado como una de las manifestaciones del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; así numerosos instrumentos internacionales lo consagran como derecho fundamental. Entre ellos por ejemplo encontramos, la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 19°, dispone que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el

de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”<sup>1</sup>.

La creciente importancia de la función pública en el porvenir de los países, y el entramado complejo de instituciones y funciones que desempeña, volvió imperiosa la necesidad de contar con un procedimiento de control de la Administración a fin de evitar conductas que atentasen contra la probidad y la recta función. Es por esta razón que paulatinamente el derecho de acceso a la información, se constituye como el instrumento idóneo para tal efecto, con la adopción por la mayoría de los países de leyes especiales sobre acceso a la información pública. La primera ley formal sobre acceso a la información data del año 1776 aprobada en Suecia<sup>2</sup>, a partir de la cual, se han devenido desarrollos similares en los diversos países del mundo. En la década del 90’s sólo 13 países contaban con tal

---

<sup>1</sup> Declaración Universal de los DD.HH. (Artículo 19); también se consagra en: Acuerdo Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 19); Convención Americana sobre los DD.HH. (Artículo 13); Carta Africana de DD.HH. y de los Pueblos (Artículo 9); Convención Europea Sobre los DDHH (Artículo 10).

<sup>2</sup> ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma. Leyes de Acceso a la Información en el Mundo. Cuadernos de Transparencia (7) del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2005.

regulación según datos del Consejo para la Transparencia<sup>3</sup>(en adelante, CPLT).

Es precisamente este derecho de acceso a la información, uno de los dos elementos esenciales del conflicto que abordaremos en este trabajo. En Chile, a partir de la reforma constitucional del 2005, que llevó a la creación de un nuevo artículo 8°, y la entrada en vigencia de la Ley N° 20.2085 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, LAIP), se consagró en forma legal y constitucional (al menos en forma implícita) el derecho de acceso a la información pública. Antes de los mencionados cambios, existía sólo un reconocimiento precario del derecho de acceso a la información pública, en la ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, que se veía entrabado en la práctica vía reglamentaria o administrativa. Además, la LAIP creó CPLT, órgano legalmente autónomo encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de transparencia y publicidad de la Administración Pública. Todo lo mencionado anteriormente, ha permitido consolidar un mecanismo que busca, a grandes rasgos, transparentar el funcionamiento de los órganos del Estado,

---

<sup>3</sup> FTP.EducaTransparencia.cl.[en>línea]<[www.educatransparencia.cl/sites/default/files/sociedad\\_civil\\_2014.pptx](http://www.educatransparencia.cl/sites/default/files/sociedad_civil_2014.pptx)>[consulta: 13de Agosto 2014].

incentivando la participación de la ciudadanía en la búsqueda de información y en la fiscalización del proceder de la Administración.

El segundo elemento y central de nuestro trabajo, son los correos electrónicos. Estos forman parte de una serie de herramientas tecnológicas que permiten mejorar la calidad de vida de las personas, las cuales conforman las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones (TICs), que son empleadas en todos los aspectos de la vida cotidiana: en lugares de estudio, recreación y de trabajo, ya sea en entidades privadas como públicas. Sus principales características son la simultaneidad de la comunicación, su carácter gratuito y libre, y la capacidad de almacenar grandes cantidades de datos. Esto se ve plasmado en el uso masivo de internet, correos electrónicos y mensajería instantánea; medios que han sido preferidos por su eficacia, rapidez y bajos costos.

Sin duda, las TICs y la incorporación del nuevo estatuto legal de transparencia, son dos elementos que han repercutido en nuestra realidad, produciendo importantes cambios en la sociedad, como la creación de nuevos focos de conflictos en el ámbito jurídico, como el que se da entre la

regla general de la publicidad y las excepciones que indica el artículo 8° de la Constitución Política.

Esta memoria tratará sobre el conflicto generado por las solicitudes de particulares, de acceder a los correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados y recibidos desde sus cuentas de correo institucional, y la constante negativa de las autoridades requeridas, a la entrega de dicha información. La razón del problema radica, principalmente, en el choque que se produce entre dos derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política, por una parte, el derecho a la vida privada, específicamente el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, por otra, el derecho de acceso a la información pública, como parte de la libertad de expresión.

Planteada la discusión en nuestro país, el objetivo de nuestro trabajo es dar a conocer su estado actual. Con éste fin, expondremos las diferentes posiciones acerca de la publicidad de los correos electrónicos, enviados o recibidos por funcionarios públicos desde cuentas de correo institucionales en el ejercicio de sus tareas, recopilando lo que ha sostenido la doctrina, jurisprudencia del CPLT y su respectivo correlato en ámbito internacional.

El presente trabajo consta de cinco capítulos. En el primero de ellos abordaremos de manera sucinta la historia de la transparencia en Chile, para esto, describiremos todos aquellos sucesos que consideramos relevantes para el desarrollo de la legislación relativa a probidad y transparencia. Este capítulo fue dividido en dos partes, la primera contiene los hitos anteriores a la LAIP, abarcando el periodo de tiempo que se extiende entre los años 1994 y 2005. La segunda parte se aboca directamente a la génesis de la LAIP, dando cuenta de los antecedentes normativos y judiciales en materia de transparencia y de la tramitación de dicha ley en el Congreso.

En el segundo capítulo se abordará la LAIP señalando sus aspectos más relevantes, entre ellos, los principios en los cuales se inspira, su ámbito de aplicación y entes regulados por ella; así como el procedimiento para ejercer el derecho de acceso a la información pública y las medidas que se adoptan ante su vulneración. Por último, se abordaran en esta parte, al CPLT y las causales de secreto o reserva de la información.

Tras éstos dos capítulos introductorios, en el tercero entraremos de lleno a la materia que es objeto de la presente investigación, esto es, la

discusión acerca de la publicidad de los correos electrónicos enviados o recibidos por funcionarios públicos desde sus cuentas de correo electrónico institucional. Este capítulo se estructura en dos partes; en la primera se plantea el problema que da origen a esta investigación, y el debate jurídico que ha causado, exponiendo sus principales puntos de discordia. Continuando en este apartado, con un elaborado marco conceptual con los términos más recurrentes en la discusión. En la segunda parte se darán a conocer los criterios utilizados tanto para sostener la publicidad de los correos electrónicos, como aquellos que pregonan la privacidad de este tipo de información. Se expondrán los argumentos utilizados por el CPLT, las Cortes de Apelaciones, la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y la Doctrina.

En el penúltimo capítulo nos referiremos a la publicidad de los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos en el Derecho Comparado e Internacional. Esta materia es de gran relevancia, para poder contrastar la situación que ocurre en nuestro país con la de otras regiones del mundo; y así avizorar cómo evoluciona el debate sobre la cuestión. Revisaremos el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos



Humanos y haremos referencia al escenario presente en Estados Unidos, México y España.

En el último capítulo de nuestra investigación, haremos referencia a las principales reformas en materia de transparencia y publicidad que se encuentran en discusión en el Parlamento. Poniendo especial énfasis en todos los cambios relativos a los correos electrónicos de que trata esta memoria, y que nos permitirá vislumbrar una solución a la discusión que hemos expuesto.

Finalmente expondremos las principales conclusiones a que hemos arribado a lo largo de esta investigación, en la espera que ellas puedan servir de base al lector para entender la importancia que posee la transparencia y probidad en el ámbito público.

## **CAPÍTULO I. BREVE HISTORIA DE LA TRANSPARENCIA EN CHILE.**

Como ya señalamos, en este primer capítulo daremos a conocer brevemente, los principales hitos de la transparencia en Chile. Los dividiremos en dos grupos, esto es, hitos anteriores a la LAIP y que le sirvieron de antecedentes, y los sucesos que dieron origen directamente a dicha ley.

Esta información nos permitirá conocer el contexto social y político dentro del cual se generó la normativa que regula el derecho de acceso a la información; las principales causas de las agendas de transparencia que llevaron a cabo los distintos gobierno desde el retorno a la democracia; y los motivos que condujeron a la creación de la LAIP.

Podremos notar la evolución que experimentó la sociedad y la clase política dentro de un proceso de más de 20 años. En un principio, se creía en una Administración Pública intachable e incorruptible, la clase política no estimaba necesaria una normativa de transparencia y era casi nulo el control social al ejercicio de la función pública. Al destaparse escándalos de corrupción dentro de la Administración del Estado y de empresas

estatales, la imagen de rectitud en el ejercicio de la función pública se fue debilitando y surgió la necesidad de adecuar el marco legal para hacer frente a esta problemática y evitar el descontento de la ciudadanía.

## **1.- Hitos anteriores a la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.**

### **1.1.- Comisión Nacional sobre Ética Pública.**

A finales del gobierno de Patricio Aylwin, se dio a conocer un fraude al Fisco de gran envergadura. Se trató del caso que afectó a la Corporación Nacional del Cobre (CODELCO) y que resultó en la pérdida de más de 200 millones de dólares producto de los actos ilícitos que llevó a cabo Juan Pablo Dávila, un operador de mercados a futuro de la empresa estatal.

Si bien se consideró como un caso aislado de corrupción, fue uno de los factores que despertaron la necesidad de buscar una instancia de

reflexión sobre los mecanismos de prevención del fenómeno de la corrupción. Es por esto que a comienzos del gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle se creó, por Decreto Supremo N°423 de 5 de Abril de 1994, y publicado el 18 de abril del mismo año, la Comisión Nacional sobre Ética Pública como “una instancia de estudio y elaboración de propuestas políticas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública”<sup>4</sup>. Esta comisión estaba compuesta por 14 miembros, entre los cuales estaban connotados abogados de diferentes tendencias políticas, representantes del Ejecutivo, del Senado, de la Cámara de Diputados, de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional, de la Contraloría General de la República y del Consejo de Defensa del Estado.

Los objetivos de la comisión buscaban promover el perfeccionamiento de la legislación vigente en materia de probidad, transparencia y lucha contra la corrupción; y proponer reformas en estas materias. La tarea de éste grupo de profesionales era elaborar un informe,

---

<sup>4</sup> Decreto N° 423, crea la Comisión Nacional de Ética Pública, Ministerio del Interior. CHILE, 5 de abril de 1994 (publicado en el Diario Oficial el 18 de abril de 1994). Artículo 1°.

dentro del plazo máximo de 100 días desde su formación, que contuviera las proposiciones sobre las materias ya señaladas.

En 1995 la comisión emitió el informe sobre “La Probidad Pública y Prevención de la Corrupción”. El documento contenía 41 proposiciones “tendientes a establecer una política y los principios de probidad funcionaria y transparencia a nivel constitucional, incentivos a la función pública, revisar procedimientos para determinar responsabilidades administrativas, entre los aspectos más importantes”<sup>5</sup>. Nos interesa destacar particularmente las propuestas número 2, 38 y 39. La primera, como medida de carácter general, consistía en la incorporación del principio de probidad funcionaria y de transparencia a nivel constitucional, específicamente, la creación de un nuevo artículo 8° de la Constitución Política que “explícite que todo agente público deberá observar estrictamente el principio de probidad consistente en mantener una conducta moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo o función, con preeminencia del interés público sobre el privado. Además debiera expresar que toda función pública se ejercerá con

---

<sup>5</sup>LARRAÍN FERNÁNDEZ, Hernán. Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Santiago, Editorial JGE, 2008. p. 57.

transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto”<sup>6</sup>. La segunda de las proposiciones señaladas, era una medida específica que sugería la creación de una ley de acceso a la información pública que establecería “los procedimientos y plazos para acceder a esa información, las excepciones relativas a información reservada, y el procedimiento y entidad mediante los cuales se habrán de resolver las discrepancias entre la Administración y quienes solicitan información a aquella”<sup>7</sup>. La comisión consideraba que los ciudadanos debidamente informados y los medios de comunicación, llevarían a cabo un rol de fiscalización y difusión de las actividades de la Administración. Por último, la proposición número 39, apuntaba a la difusión obligatoria y periódica de informes de actividades o balances por parte de los órganos públicos; estos informes se referirían a los “objetivos generales del organismo, sus objetivos específicos, indicadores de desempeño, dotación de personal, actividades realizadas, planes para el

---

<sup>6</sup> COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción. Revista de Ciencia Política (Instituto de Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile), 18(1 y 2): p. 216, 1996.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 246.

próximo periodo, etc.”<sup>8</sup>. De esta manera, el ciudadano podría acceder a información relevante sobre las actividades del Estado, fomentándose el escrutinio social acerca de las mismas.

Muchas de las medidas propuestas por la comisión no tuvieron éxito en su tramitación en el Congreso. Sin embargo, hay medidas que se concretaron, entre las que están: la incorporación de los principios de probidad y transparencia a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; se creó el Consejo de Alta Dirección Pública y el Portal Chilecompra; se tipificaron nuevos delitos, como los de uso indebido de información pública y el de tráfico de influencias, y otros se reformaron. Además, algunas de las propuestas sugeridas por la comisión se transformaron en los primeros pasos que derivaron en la creación de leyes como la de gasto electoral y la de transparencia y acceso a la información pública.

## **1.2.- Ley sobre Probidad Administrativa.**

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

Como ya señalamos, una de las medidas sugeridas por la Comisión que se concretó fue la incorporación de los principios de probidad y transparencia en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Mediante la Ley N°19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado, se modificó dicha ley orgánica, como también otras, entre ellas, las leyes N°19.175, Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional, Ley N°18.625, Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley N°18.046, sobre Sociedades Anónimas, Ley N°18.834, sobre Estatuto Administrativo. Todo esto, con el objeto de “establecer un cuerpo normativo que fije un marco general y uniforme al principio de probidad administrativa, al cual deben ajustar su actuación las autoridades y los funcionarios de la Administración del Estado”<sup>9</sup>.

En cuanto al contenido de la Ley N°19.653, entre las materias que regula están: las nuevas inhabilidades para ingresar a cargos de la Administración del Estado, la incorporación de medidas para la prevenir y combatir la corrupción, como la obligatoriedad de la declaración de

---

<sup>9</sup>MAC FARLANE LEUPIN, Kenneth. La Probidad en el derecho administrativo, un ejemplo de la transformación actual de esta rama del derecho. Revista Probidad (25), 2004. [en línea] <[http://www.revistaprobidad.info/25/art\\_8.php.html](http://www.revistaprobidad.info/25/art_8.php.html)> [consulta: 25 de marzo de 2014].



intereses, contiene disposiciones en relación a la carrera funcionaria, y, lo que nos interesa más para efectos de este trabajo, la incorporación de los principios de probidad y transparencia a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado. En relación a esta última materia, la ley define el principio de probidad administrativa; señala las conductas de los funcionarios de la Administración del Estado que contravienen dicho principio; consagra el principio de publicidad de los actos administrativos emanados de la Administración, así como de los documentos y antecedentes que le sirven de sustento esencial si esta información no se encuentra a disposición del público de forma permanente, la ley señala que el interesado tendrá derecho a requerirla; se indican las causales de denegación de entrega de documentos o antecedentes; se regula la oposición de terceros a que dicha información sea entregada, además de establecer una acción judicial para reclamar ante la denegación injustificada de acceso a la información pública.

### **1.3.- Ley N° 19.645 que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción.**

En la misma época en que se decretó la creación de la Comisión Nacional sobre Ética Pública, exactamente el 12 de abril de 1994, se presentaba en el Congreso un proyecto que buscaba hacer modificaciones al Código Penal. La moción parlamentaria fue presentada por un grupo políticamente transversal de parlamentarios, e impulsada por Ricardo Rivadeneira, funcionario del Consejo de Defensa del Estado en aquella época. La razón de la reforma se encontraba en que dicho cuerpo legal, si bien contenía disposiciones que sancionaban a los funcionarios públicos que incurrieran en conductas contrarias a la probidad, estas habían sido dictadas hace más de cien años, en un contexto histórico muy diferente al de la época de presentación del proyecto de reforma, por lo tanto, eran normas desactualizadas que resultaban ser inadecuadas e insuficientes para prevenir y sancionar las conductas corruptas. En los hechos prácticamente las respectivas disposiciones del Código Penal sobre la materia no habían tenido aplicación y las acusaciones a funcionarios públicos por corrupción terminaban en nada.

La ley N° 19.645, vino a realizar cambios en el Título V del libro II del Código Penal, el que se denomina “De los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo”. Se modificaron delitos y se introdujeron otros nuevos, de lo cual destacamos:

- a) La modificación a la Exacción Ilegal;
- b) Se agregó un nuevo inciso cuarto al artículo 240°, que amplió el número de personas respecto de las cuales se prohíbe al funcionario otorgar interés en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo;
- c) Incorporación de un nuevo artículo 247°bis, el cual sanciona la obtención de beneficios económicos mediante el uso de información reservada que haya obtenido el funcionario en razón de su cargo;
- d) Se introducen los nuevos artículos 248°bis y 250°bis, los que contienen nuevas hipótesis de cohecho, establecen la pena de comiso respecto de los bienes recibidos por el empleado público, entre otros;
- e) Incorporación de un nuevo inciso tercero al artículo 246°, que sanciona la anticipación del conocimiento de documentos, actos o papeles que deban ser publicados;
- f) Se introdujo un nuevo artículo 240°bis, el cual sanciona el delito de Tráfico de Influencias para obtener decisiones favorables a los propios intereses del funcionario

público o a los intereses de parientes, socios, terceros relacionados, o cualquier tercero interesado.

Como se puede notar, en materia de probidad, esta iniciativa fue una de las primeras luego del retorno a la democracia. Su principal objetivo era resguardar determinados bienes jurídicos relacionados con el principio de probidad por parte de los funcionarios públicos y fomentar el correcto ejercicio de la función pública.

Finalmente, luego de 5 años de tramitación, la ley N° 19.645 fue promulgada el 2 de diciembre de 1999 y publicada el 11 del mismo mes y año.

#### **1.4.- Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.**

Esta ley comenzó su tramitación con el ingreso de un proyecto de ley impulsado por el gobierno de Ricardo Lagos, el que tenía como propósito

incentivar la actividad económica. Era necesario que la Administración se adecuara a la velocidad del mercado, por lo tanto, se buscaba generar una mayor celeridad en su respuesta a los requerimientos de los administrados. El proyecto trataba dos materias, estas eran: los plazos para cada una de las etapas del procedimiento administrativo y el silencio administrativo al cual le otorgaba determinados efectos.

Cabe decir que en aquella época aún no se había dictado una ley general de bases de los procedimientos administrativos, lo que produjo que existieran múltiples procedimientos que no tenían una regulación de rango legal, por lo tanto, mientras no se dictara la citada ley, era necesaria una norma que, al menos, abordara las materias ya señaladas.

La discusión del proyecto dio pie a que la iniciativa primitiva fuera reemplazada totalmente y se utilizó la ocasión para crear la Ley N° 19.880, la cual fue publicada el 29 de mayo de 2003.

Lo destacable de esta norma, respecto del tema que trata este capítulo, es que estableció el principio de transparencia y publicidad de los actos administrativos, como uno de los que informan al procedimiento administrativo. Específicamente, el artículo 16 prescribe que el

procedimiento administrativo debe realizarse con transparencia, de forma que se promueva y permita conocer el contenido y fundamento de las decisiones que se adopten. Además, la primitiva ley, en el inciso segundo del citado artículo, establecía la publicidad de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial, salvo las excepciones que señalara la ley o el reglamento. Esto último fue modificado el año 2008 por la LAIP, reemplazando el inciso segundo original por uno nuevo que prescribe la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, al igual que sus fundamentos y los documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que se utilicen para su elaboración. Por último, señala que las excepciones a la publicidad de esta información, se establecerán en la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado.

Otro punto importante que debemos destacar, es lo preceptuado en los artículos 5° y 19 de la ley en comento y que dice relación con el principio de escrituración que rige al procedimiento administrativo, el cual ordena que el procedimiento administrativo como los actos administrativos,

deben expresarse por escrito o por medios electrónicos. Además, el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, el que será escrito o electrónico, y se podrá realizar a través de técnicas o medios electrónicos.

Lo señalado anteriormente cobrará relevancia en la discusión sobre la publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos, lo que abordaremos más adelante.

### **1.5.- Reforma al artículo 8° de la Constitución.**

A mediados del 2001, producto de dos mociones parlamentarias que buscaban reformar algunos aspectos de la Constitución Política de la República, presentadas por Senadores de la Concertación<sup>10</sup> y la Alianza<sup>11</sup>, se generó un acuerdo entre las principales fuerzas políticas de nuestro país, que dio inicio a un proceso que lograría una de las mayores reformas hechas a la Constitución de 1980, comparable sólo con la de 1989.

---

<sup>10</sup> Moción boletín número 2534-07, de los senadores Sergio Bitar Chacra; Juan Hamilton Depassier; Enrique Silva Cimma; José Antonio Viera-Gallo Quesney.

<sup>11</sup> Moción boletín número 2526-07 de los senadores Andrés Chadwick Piñera; Sergio Díez Urzúa; Hernán Larraín Fernández; Sergio Romero Pizarro.

De esta manera, se logró la creación de la Ley de Reforma Constitucional N°20.050 que entró en vigencia el 26 de agosto de 2005. Su principal objetivo era eliminar los enclaves autoritarios de la Constitución. La reforma abarcó diversas materias, como la reducción del periodo presidencial de 6 a 4 años; la reforma al estatuto constitucional del Tribunal Constitucional; la eliminación de los Senadores vitalicios y designados; reforma a las atribuciones del Consejo de Seguridad Nacional; se introducen cambios al estatuto constitucional de las FF.AA, permitiendo al Presidente de la Republica cambiar y destituir a los comandantes en jefe; se realizan cambios a los estados de excepción constitucional, entre otras. Además, esta ley introdujo un nuevo artículo 8°, en él se consagra expresamente los principios de probidad y de publicidad de los actos administrativos emanados de la Administración Pública, así como también, al menos en forma implícita, el derecho de acceso a la información pública. Respecto de esto último, ha habido controversia sobre su alcance a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que trataremos más adelante en este trabajo.



## **1.6.- Agenda Presidencial para favorecer la probidad y la eficiencia en la gestión pública.**

Al poco tiempo de comenzar el gobierno de Ricardo Lagos, surgieron una serie de casos de corrupción como el “Caso Coimas”, el “Caso Sobresueldos” y aquellos en que se vio involucrado en Ministerio de Obras Públicas como el “Caso MOP-GATE”.

Ante aquella situación de escándalos políticos, surge un nuevo acuerdo entre los partidos políticos y el gobierno impulsado por José Miguel Insulza, Ministro del Interior en aquella época, y por el entonces Diputado Pablo Longueira. Estos políticos, como señala Hernán Larraín, “consensuaron una salida a la crisis por el desvío de recursos reservados del Estado a campañas políticas de la Concertación planteando que desde la década del 90´ hasta 2002, el destino de dichos fondos no estaba regulado, es decir, si se comprueba que fueron usados para proselitismo, ello no tendría consecuencias jurídicas”<sup>12</sup>. De esta manera se dio impulso a una nueva agenda de probidad, producto de la cual, en el año 2003, se creó la Comisión para el Fortalecimiento de la Transparencia y la Probidad

---

<sup>12</sup>LARRAÍN FERNÁNDEZ. Op cit., p. 70.

Pública, cuyo objetivo era asesorar al Presidente en “la elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen y fortalezcan los principios de probidad y transparencia pública, y permitan actuar eficazmente en materias de control y prevención del fenómeno de la corrupción”<sup>13</sup>.

La comisión creó un documento que contenía 49 medidas distribuidas en 3 capítulos: i) Agenda de modernización del Estado. En este apartado habían medidas tales como la profesionalización del servicio público, la creación de la Dirección Nacional del Servicio Civil, el fortalecimiento y profesionalización de la alta dirección pública, compras públicas, licitación de proyectos de inversión, transparencia fiscal; ii) Agenda de Transparencia. Este capítulo contenía, principalmente, medidas tendientes a fomentar la transparencia en el financiamiento de la política y la labor parlamentaria, y proposiciones dirigidas a modernizar algunas instituciones. En esta parte se abordó la transparencia en el financiamiento de campañas electorales y de los partidos políticos, transparencia en la administración de recursos para la labor parlamentaria, adecuación de las

---

<sup>13</sup>Decreto N° 77, crea la Comisión Asesora Presidencial para el fortalecimiento de los principios de probidad y transparencia pública, Ministerio del Interior. CHILE, 16 de enero de 2003 (publicado en el Diario Oficial el 24 de febrero de 2003). Artículo 1°.

inhabilidades parlamentarias y de las causales de cesación de cargos parlamentarios, fortalecer el derecho de los ciudadanos a la entrega de información por parte de la Administración del Estado, modernización de la Contraloría General de la República, perfeccionamiento de la fiscalización Municipal, declaración de patrimonio, entre algunas de las materias tratadas; iii) Agenda de promoción del crecimiento. Aquí se contenían propuestas como la creación de tribunales tributarios, de defensa de la competencia, modernización de los procedimientos en los tribunales del trabajo, perfeccionamiento de la ley de bases del medio ambiente, entre otras.

Al igual que lo ocurrido en el gobierno de Eduardo Frei, los proyectos de ley que se crearon gracias al trabajo de la comisión, se vieron entrampados en el Parlamento y fueron modificados de gran manera, lo que a juicio de algunos autores, llevó a que el producto final no cumpliera con los fines que se buscaban en un principio, “un ejemplo ilustrativo fue la ley de gasto electoral y financiamiento de la política, que fijó límites al gasto tan altos como los montos usados en la elección anterior, la más cara de la

historia, y no estableció sanciones frente a su incumplimiento”<sup>14</sup>. Sin embargo, no se debe dejar de reconocer que el trabajo de la comisión y las posteriores leyes aprobadas fueron un importante avance, pero que con el tiempo se reveló insuficiente.

### **1.7.- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634-2006.**

El nueve de agosto de 2007, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en un caso sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. La Corte de Apelaciones de Valparaíso solicitó al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre el señalado asunto, petición que se realizó en cumplimiento de una medida para mejor resolver decretada en la causa Rol IC N°2336-06.

El artículo 13° de la ley N° 18.575 prescribía -lo que hoy hace el artículo 11°bis- la publicidad de los actos administrativos de los órganos de

---

<sup>14</sup> MUÑOZ WILSON, Alex. Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile. En: Transparencia y Probidad Pública, Estudios de Caso en América Latina. Eds. Zalaquett, J. y Muñoz, A. Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008. p. 119.

la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. El mismo artículo indicaba que en caso que la información en cuestión no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tiene derecho a requerirla por escrito al respectivo jefe del servicio, el cual debe proporcionar la documentación, salvo que concurra alguna de las causales que lo autorizan a negarse. Entre dichas causales, se encontraba aquella referida a la afectación sensible que la divulgación o entrega de documentos o antecedentes solicitados produzca respecto de derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del servicio requerido. Esto último es lo que, en opinión de la Corte, era una contravención a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución. Específicamente, se solicitó resolver sobre la compatibilidad entre los dos artículos citados.

Más allá de lo que resolvió el Tribunal Constitucional, destacamos esta sentencia como un hito en la historia de la transparencia en Chile, debido a lo que señala en su considerando noveno, esto es; “De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del

régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos”<sup>15</sup>.

Es así como el Tribunal Constitucional generó un importante precedente en materia de transparencia, al considerar que el derecho de acceso a la información pública se encontraba consagrado, al menos implícitamente, en la Constitución.

Más adelante en este trabajo, dedicaremos un acápite al caso Claude Reyes y otros vs. Chile, ante la Corte Interamericana, que sirvió de antecedente a la sentencia del Tribunal Constitucional.

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634, 9 de agosto del 2007, Considerando 9°.

**1.8.- Ley N° 20.393 que establece la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.**

Desde el dos de diciembre de 2009 se encuentra vigente la ley N° 20.393, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la comisión de los delitos de cohecho a funcionarios públicos, nacionales o extranjeros, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

La principal razón que llevó a la creación de la ley, fue la necesidad de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por Chile. Son varias las convenciones internacionales, adoptadas y ratificadas por Chile, que tratan sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, entre ellas, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Pero en el caso de la ley en comento, la que realmente fue el detonante del cambio en la legislación, fue que Chile buscó dar cumplimiento a la “Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, de la

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la cual establece la obligación a los Estados partes, de imponer sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, a las personas jurídicas que intervengan en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones internacionales. De esta manera, para poder cumplir con dicha obligación y combatir este delito, la OCDE solicita que los Estados parte establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas. Cosa que, hasta antes de la promulgación de la ley N° 20.393, Chile no había hecho.

De esta manera, se logró perfeccionar el ordenamiento jurídico chileno, en busca de equipararnos, en esta materia, al nivel de los países desarrollados.

La ley busca prevenir que se cometan los delitos que señala, lo cual se lograría al establecer la responsabilidad de la persona jurídica, lo que incentivaría la autorregulación, es decir, la persona jurídica adoptará medidas o creará un sistema para la prevención de estos delitos. La norma establece algunas medidas de prevención, como son la designación de encargados de prevención, el establecimiento de un sistema de prevención de delitos o la elaboración de instrucciones a sus funcionarios sobre la materia, entre otras.



La ley N° 20.393 es de gran importancia, debido a que forma parte de un conjunto de medidas que el Estado ha adoptado para el combate a la corrupción, entre las cuales se encuentra la LAIP.

### **1.9.- Agenda Presidencial para Favorecer la Probidad y la Eficiencia en la Gestión Pública.**

Durante el año 2006, recién asumida la primera mujer Presidente de Chile, Michelle Bachelet, surge un nuevo caso de corrupción dentro de Chiledeportes, el cual salió a la luz pública luego de que la Contraloría General de la República auditara al organismo durante el último trimestre del 2005, y detectara irregularidades en 77 proyectos que fueron beneficiados con \$417.114.788.

Ante esta situación, el gobierno decidió crear una nueva agenda de probidad, para lo cual se convocó a un grupo de personas para que formaran una nueva comisión que debía proponer medidas destinadas a favorecer la eficiencia, objetividad, responsabilidad pública y calidad profesional de la gestión del Estado. El grupo de trabajo se conformó por

Enrique Barros Bourie, Carlos Carmona Santander, Alejandro Ferreiro Yazigi, Davor Harasic Yaksic, María Olivia Recart Herrera, Salvador Valdés Prieto y José Zalaquett Daher.

Los temas tratados por la comisión fueron: Medidas de transparencia activa y pasiva; reformas al sistema de alta dirección pública; financiamiento de campañas y partidos políticos; reforzamiento de los sistemas de control en el Estado; otras medidas que favorecen la probidad y transparencia como las denuncias de buena fe y prohibiciones a ex funcionarios; medidas relacionadas con la probidad y transparencia en el parlamento; regulación del lobby y el perfeccionamiento de los sistemas de compras y contratación pública.

En razón de las materias estudiadas y de las posteriores propuestas contenidas en el informe, esta comisión presentó una continuidad en la tarea de la comisión creada en el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, especialmente en materia de transparencia activa, como veremos a continuación.

El informe de la comisión contemplaba proposiciones como las relativas a materias de transparencia activa, respecto de la cual se propone

el deber de los órganos del Estado de publicar permanentemente o periódicamente información referida al personal de planta y contrata, a las contrataciones y compras del Estado, objetivos y metas institucionales, entre otras; En cuanto a transparencia pasiva, se sugiere la creación de una ley especial que precise y haga efectivo el derecho de acceso a la información pública; La creación de un órgano autónomo de acceso a la información pública; reformas al sistema de alta dirección pública, se propone transparentar el proceso de decisión informando los puntajes de los postulantes, la ampliación del sistema de concursabilidad de alta dirección a nuevos servicios; perfeccionamiento del sistema del financiamiento de las campañas políticas y gasto electoral; reformas a las funciones y organización de la Contraloría General de la República; acelerar la tramitación del proyecto de ley que regula el lobby; perfeccionamiento de los mecanismos de compras y contratación pública; entre algunas de las más importantes materias tratadas.

De las propuestas de la comisión, muchas se han concretado, como es el caso de la LAIP que fue promulgada el 20 de Agosto de 2008 y entró en vigencia el 20 de Abril de 2009. En esta ley se incluyeron varias de las

medidas sugeridas en materia de transparencia activa y pasiva, además, ordenó la creación del CPLT.

El Presidente Sebastián Piñera, siguió con esta agenda, concretándose recientemente, el 3 de marzo de 2014, la Ley N°20.730 que regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios. Esta ley busca, como señala su artículo primero, “regular la publicidad en la actividad de lobby y demás gestiones que representen intereses particulares, con el objeto de fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado”. Entre las medidas que ordena esta ley, es destacable la creación de registros de agenda pública en la Contraloría General de la República, Banco Central, ambas cámaras parlamentarias, Ministerio Público, y en la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Estos registros deberán contener diversa información, como por ejemplo, la referida a las audiencias y reuniones sostenidas y que tengan por objeto el lobby o la gestión de intereses particulares respecto de las decisiones relativas a la elaboración, dictación, modificación, derogación o rechazo de actos administrativos, proyectos de ley y leyes, como también de las decisiones que adopten los sujetos pasivos de lobby, o la referente a la elaboración,

tramitación, aprobación, modificación, derogación o rechazo de acuerdos, declaraciones o decisiones del Congreso Nacional o sus miembros, incluidas sus comisiones.

La información de estos registros deberá ser publicada en los respectivos sitios web y será actualizada al menos una vez al mes. Además, el CPLT deberá poner a disposición del público estos registros en su portal especial sintetizando y clasificando la información para asegurar su fácil acceso.

Sin embargo, aún hay propuestas de la comisión que no se han materializado, son los casos de la modernización de la Contraloría General de la República; el perfeccionamiento del sistema del financiamiento de las campañas políticas y gasto electoral; reformas al sistema de alta dirección pública; entre las más urgentes.

Por último, aunque no es un hito anterior a la LAIP, creemos necesario hacer una breve mención al reciente Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, el que fue creado por la Presidenta Michelle Bachelet, mediante el Decreto N° 2, publicado el 9 de abril de 2015.

Como ya hemos visto en la historia de otras comisiones, su creación es consecuencia de prácticas que han escandalizado a la ciudadanía. Si bien estos hechos aún son investigados a nivel legal y político, no se puede negar que son conductas que atentan contra la transparencia y la probidad pública, incluso podrían ser constitutivas de delitos. Además, debido a la investidura de los involucrados, pertenecientes al ámbito político, empresarial y gubernamental, se ha producido un aumento generalizado de desconfianza y descontento en las instituciones involucradas, que ha generado una de las mayores crisis políticas desde el retorno de la Democracia.

Ante el panorama descrito, se ha encargado al Consejo la tarea de “proponer un nuevo marco normativo, que permita el cumplimiento efectivo de los principios éticos, de integridad y transparencia, en sus aspectos legales y administrativos para lograr el eficaz control del tráfico de influencias, la prevención de la corrupción y de los conflictos de interés en los ámbitos de los negocios, la política y el servicio público, así como en la

relación entre éstos.”<sup>16</sup>. Se fijó un plazo de 45 días para que el Consejo entregue un informe con las respectivas propuestas.

Las propuestas contenidas en el informe están divididas en 5 capítulos, dentro de los que se tratan 21 temas, entre los más importantes se encuentran: Transparencia y acceso a la información pública; Responsabilidad penal de las personas jurídicas; declaración de patrimonio e intereses; Democracia interna y financiamiento de los partidos políticos; refuerzo de los gobiernos corporativos de las empresas; creación de la oficina de Defensoría ciudadana; por señalar algunos.

Respecto de los correos electrónicos institucionales, el Consejo recomienda “garantizar el acceso a correos electrónicos institucionales en los mismos términos que la Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado establece actualmente para toda información pública.”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Decreto N° 2, crea el Consejo Asesor Presidencial contra conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. CHILE, 9 de abril de 2015 (publicado en el Diario Oficial el 9 de abril de 2015). Artículo 1°.

<sup>17</sup> CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRAFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. Informe Final, p. 47. [en línea] <<http://consejoanticorrupcion.cl/lanzamiento-final>> [consulta: 26 de mayo de 2015]

En cuanto a la última recomendación, el Consejo coincide con una de las posiciones que logramos identificar en este trabajo, y que detallaremos más adelante.

## **2.- Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública.**

### **2.1.- Antecedentes de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Respecto al marco normativo de transparencia, antes de la entrada en vigencia de la LAIP, existía sólo un reconocimiento parcial del derecho de acceso a la información pública en la ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, específicamente, en sus actuales artículos 11°bis y 11°ter, cuya incorporación a esta ley fue a través de la ley N°19.563. Complementaron esta norma, los siguientes instructivos oficios y Dictámenes:



- i. Instructivo Presidencial N° 008, del 4 de Diciembre de 2006, sobre Transparencia Activa y Publicidad de la Información de la Administración del Estado.
- ii. Oficio Circular N° 3 del Ministerio del Interior y de Hacienda, de fecha 5 de enero de 2007, que entrega directrices para la implementación del Instructivo Presidencial sobre transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado.
- iii. Oficio Circular N° 9 del Ministerio del Interior y de Hacienda, de fecha 6 de marzo de 2007, que da nuevas directrices para la implementación del Instructivo Presidencial N° 008, de 04.12.2006, sobre transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado.
- iv. Oficio Circular N° 12 del Director de Presupuestos, del 14 de marzo de 2008, que entrega instrucciones para la elaboración y envío de los informes de Dotación de Personal 2008.
- v. Oficio Circular N° 555 del Ministerio del Interior, Hacienda y Secretaría General de la Presidencia, del 30 de abril de 2008, que

señala las fechas de actualización de la información en gobierno transparente.

- vi. Dictámenes de la Contraloría General de la Republica, como el caso de los números 35.259 y 42.779, ambos del año 2000, en los cuales se reconoce la consagración de un principio general de transparencia en el ejercicio de la función pública en la ley N°18.575, y los números 37.719 y 42.511, ambos del año 2008, los que se refieren a la solicitud de información pública, por señalar algunos.

Al panorama normativo señalado, deben agregarse los casos de corrupción que salieron a la luz pública, como el caso Chiledeportes, y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”. Este contexto generó un escenario de reflexión y debate en el parlamento y gobierno, lo que derivó en la adopción de medidas destinadas a fortalecer la transparencia en el ejercicio de la Administración Pública.

### **2.1.1.- Caso Claude Reyes.**

Los hechos del caso tienen inicio en el año 1998, entre los meses de mayo y agosto, cuando Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, solicitan información al Comité de Inversiones Extranjeras, relativa a la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Cóndor, con el objeto de conocer la magnitud del impacto ambiental que produciría y de fiscalizar la gestión de los órganos del Estado que hayan participado de alguna manera en el desarrollo del proyecto, el cual consistía en la deforestación de 250 mil hectáreas de bosque de lenga ubicado en la Duodécima Región de Chile.

El Comité de Inversiones Extranjeras se negó a entregar parte importante de la información solicitada fundándose en el criterio de entregar sólo información de la cual era titular, por tanto, toda aquella información referida a terceros no podría ser entregada por ser información de carácter privado.

El 27 de julio de 1998, ante la negativa del Comité, los interesados presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago. El fundamento de dicho recurso fue la supuesta violación por parte del Estado de Chile al derecho a la libertad de expresión y de acceso a

la información en poder del Estado. Su solicitud a la Corte de Apelaciones fue que ordenara al Comité de Inversiones Extranjeras la entrega de la información solicitada dentro de un plazo razonable.

La Corte de Apelaciones, el 29 de julio de 1998, resolvió declarar inadmisibile el recurso de protección por adolecer de manifiesta falta de fundamento.

Las siguientes actuaciones judiciales de las supuestas víctimas fueron un recurso de reposición ante la Corte de Apelaciones de Santiago, presentado el 31 de julio de 1998, y un recurso de queja ante la Corte Suprema en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones que no dieron lugar al recurso de protección presentado ante ellos. El 6 de agosto de 1998 la Corte de Apelaciones de Santiago denegó el recurso de reposición y, el 18 de agosto de 1998, la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de queja.

Agotadas las instancias internas, el 17 de diciembre de 1998, un grupo conformado por diversas organizaciones y parlamentarios<sup>18</sup>,

---

<sup>18</sup> Este grupo lo integraron la Clínica Jurídica de Interés Público de la Universidad Diego Portales, las organizaciones chilenas “ONG FORJA”, “Fundación Terram” y la “Corporación la Morada”; el Instituto de Defensa Legal del Perú; la “Fundación Poder Ciudadano” y la Asociación para los Derechos Civiles

denunciaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El 10 de octubre de 2003, la Comisión declaró admisible la denuncia y el 11 de noviembre del mismo año, se pone a disposición de las partes para alcanzar una solución amistosa.

El 7 de marzo de 2005, aprueba el informe el cual concluye que Chile violó los derechos de acceso a la información y de protección judicial, contenidos en los artículos 13° y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, al negar a las víctimas la entrega de la información solicitada y al no otorgarles acceso a la justicia para impugnar dicha denegación. Además, la Comisión realizó las siguientes recomendaciones; divulgar públicamente la información objeto de la solicitud hecha por los afectados; otorgar una reparación adecuada a las víctimas por la violación de sus derechos; y adecuar el orden jurídico interno al artículo 13° de la Convención Americana en relación al derecho de acceso a la información y tomar todas las medidas necesarias para crear prácticas y mecanismos que garanticen a los habitantes el acceso efectivo a la información pública o de interés colectivo. El informe fue remitido al

---

(organizaciones argentinas); y los parlamentarios Baldo Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardi Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert.

Estado Chileno para que adoptara las medidas necesarias para llevar a cabo las recomendaciones hechas por la Comisión. El Estado Chileno pidió una prórroga para informar del cumplimiento de las recomendaciones, la Comisión la otorgó. Finalmente, el Estado envió un informe a la Comisión dando a conocer su avance en la adopción de las recomendaciones se hicieron.

El 1 de julio de 2005 la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto debido a que consideró que el Estado de Chile no adoptó sus recomendaciones en forma satisfactoria.

El 8 de Julio de 2005 la Comisión Interamericana presentó una demanda contra el Estado de Chile ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con esta actuación judicial se inicia un proceso en que ambas partes presentaron sus descargos, fundamentos y pruebas, el cual finaliza el 19 de noviembre de 2006 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite una sentencia en que condenó al Estado de Chile por considerar “Que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana

en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, y ha incumplido la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuesta en el artículo 1.1 de dicho tratado. Asimismo, al no haber adoptado las medidas necesarias y compatibles con la Convención para hacer efectivo el derecho al acceso a la información bajo el control del Estado, Chile incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno que emana del artículo 2 de la Convención”<sup>19</sup>.

En relación a la materia tratada en este trabajo, la importancia de este fallo radica en dos cosas:

- i. En esta sentencia se reconoce al derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental contenido en la libertad de expresión, así lo explica el siguiente párrafo de la sentencia: “En lo que respecta a los hechos del presente caso, la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el

---

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrafo 103.

control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información no reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, Párrafo 77.



- ii. El fallo de la Corte impuso al Estado de Chile diversas obligaciones, de las cuales destacamos las siguientes: Deber de adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado; y el deber de realizar, en un plazo razonable, la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a 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.

Este fallo, las obligaciones que impuso al Estado Chileno, y los casos de corrupción de aquella época, impulsaron la agenda de probidad del gobierno de Michelle Bachelet y la participación del ejecutivo en la tramitación del proyecto de ley de Acceso a la Información Pública, como detallaremos a continuación.

### **2.1.2.- Origen de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Como ya señalamos, en el gobierno de Eduardo Frei, la Comisión Nacional sobre Ética Pública propuso como medida la creación de una ley de acceso a la información pública. El gobierno envió al Congreso un proyecto de ley, pero la iniciativa quedó entrapada en el Congreso y no se materializó.

Otro intento por crear una herramienta que permitiera acceder a la información en poder de la Administración Pública, fue la indicación presentada por el Senador Hernán Larraín durante la tramitación de la Ley sobre Libertades de Opinión e información y Ejercicio del Periodismo, en el año 1996. Ésta indicación buscaba permitir el libre acceso a todos los documentos asociados a las actuaciones de los funcionarios públicos, salvo aquellos que tuvieran el carácter de secreto o reservado. El Senador basó su indicación en que “nuestro sistema jurídico constitucional encomienda a los órganos del Estado el conocimiento de todos los atentados que se realicen en contra del orden público, tanto de los particulares como de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, pero, por de pronto, parece evidente que, con sus mecanismos tradicionales, -Tribunales de Justicia, Contraloría General de la República, Cámara de Diputados en lo que respecta a sus atribuciones fiscalizadoras-, el aparato estatal no ha sido lo

suficientemente inhibitor para enfrentar con eficacia la lucha contra la corrupción, que, sin ser un fenómeno generalizado en nuestra sociedad, es creciente, como demuestra la experiencia, especialmente en el ámbito público”<sup>21</sup>.

La indicación fue ampliamente discutida debido a un supuesto temor de los partidos de gobierno a que esta indicación fuera parte de un intento de la oposición para inmiscuirse en el gobierno y poder cuestionar sus acciones.

Finalmente, la indicación fue aprobada en general, pero tras los años de debate de la ley, se desechó la idea de incluir una norma sobre el derecho de acceso a la información pública.

El 4 de enero del año 2005, nuevamente Larraín, ahora junto al Senador Jaime Gazmuri, Vicepresidente del Senado, presentaron una moción parlamentaria en que impulsan un proyecto de ley sobre Acceso a la Información Pública.

Según los autores del proyecto, la importancia del derecho de acceso a la información pública radica en que no sólo ayuda lograr una mayor

---

<sup>21</sup> Historia Fidedigna de la ley N° 19.733, Ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, p. 437.

transparencia en el ejercicio de la función pública, sino que además “permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, no sólo por medio de una comparación de los mismos con la ley, sino también ejerciendo el derecho de petición. Se trata, entonces, de un control en manos de los ciudadanos, que junto a los otros controles ideados en el marco del Estado de Derecho, contribuyen a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción, pues el carácter multifactorial de la corrupción exige otros medios que junto con los tradicionales del derecho penal permita ampliar el efecto preventivo de las acciones estatales y de los ciudadanos”<sup>22</sup>.

El objetivo del proyecto era garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, ya que la normativa vigente en aquella época padecía de vacíos y deficiencias que obstaculizaban su práctica. El principal instrumento que no permitía el pleno ejercicio de este derecho fue el Decreto Supremo N°26, promulgado por el Ministro Secretario General de la Presidencia el 28 de enero de 2001 y publicado el 7 de mayo del mismo año. El artículo 9° de este decreto otorgaba a los órganos de la Administración del Estado la facultad de clasificar, según los criterios

---

<sup>22</sup> Historia Fidedigna de la ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, p. 5.

dispuestos en su artículo 8°, como secretos o reservados los actos, documentos y antecedentes de la correspondiente institución u órgano.

El proyecto constaba de 3 artículos que intentaban modificar las siguientes leyes:

- i. Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Se proponía la modificación de sus artículos 13° y 14°, donde se incluía, entre lo más importante, la presunción de que toda información que se encontrara en poder de la Administración del Estado debía ser considerada por principio pública; se consagra el derecho de toda persona a solicitar y recibir información pública de cualquier órgano de la Administración del Estado; y se modifican los criterios y condiciones en que se puede denegar el acceso a la información.
- ii. Ley sobre Procedimientos Administrativos. Se deroga el artículo 16 de dicha ley.
- iii. Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. Se agrega un inciso final al artículo 5° de esta ley, en él se señala las únicas sesiones que tendrán el carácter de secretas.

El proyecto de ley sufrió algunos cambios en el primer trámite constitucional. El 4 de octubre de 2005 el Senado aprobó en particular el proyecto que ahora constaba de 7 artículos.

A comienzos del segundo trámite constitucional, el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva total con el fin de crear una ley específica que trate el tema de la transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Esta indicación presentaba diversas características destacables, entre ellas; su aplicación que abarca a la totalidad de los órganos de la Administración del Estado, indicados en el artículo 1° de la ley de Bases, a excepción de las empresas del Estado, las que quedarían sujetas a la regulación de gobiernos corporativos<sup>23</sup>; consagra diversos principios de transparencia, como los de máxima divulgación y el de relevancia de toda información, entre algunos; instituye que toda persona puede solicitar información, sin necesidad de expresión de causa; establece una triple vía para el amparo del derecho de acceso a la información, esto es; 1) reclamación administrativa de la denegación de acceso ante un órgano especializado externo. Su negativa es

---

<sup>23</sup> La Ley 20.382 de Gobiernos Corporativos fue publicada el 29 de octubre de 2009 y entró en vigencia el 1 de enero de 2010.

revisable ante la Corte de Apelaciones; 2) establece sanciones ante la denegación de acceso injustificada, aplicables por el órgano externo especializado; 3) fiscalización permanente a cargo del órgano externo especializado; por último, una de sus características más importantes, la creación de un órgano externo, el Instituto de Promoción de la Transparencia, encargado de la promoción y fiscalización de la transparencia.

El proyecto fue apoyado de forma transversal y fue aprobado por casi el total de los parlamentarios.

Durante el tercer trámite constitucional, en julio de 2007, la comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización acordó el rechazo de las modificaciones propuestas por la cámara de Diputados. Esto produjo que se realizara un importante debate sobre el proyecto en la comisión mixta del Senado y la Cámara de Diputados.

El 4 de marzo de 2008, se remite a la Presidenta de la República el texto de la ley aprobado. La mandataria no hizo uso de su facultad de veto.

El 11 de marzo de 2008 se envió un oficio con el proyecto de ley aprobado al Tribunal Constitucional para que realizara el control

preventivo de constitucionalidad. Esta etapa termino el 11 de julio del mismo año, declarándose la constitucionalidad de todos los artículos, excepto el inciso cuarto del artículo 65 bis relativo al Banco Central<sup>24</sup>.

Finalmente, el 20 de Agosto de 2008, la ley fue publicada en el Diario Oficial y entró en vigencia el 20 de abril de 2009.

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1051, 10 de julio de 2008.



## **CAPÍTULO II. ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.**

Con la publicación en el Diario Oficial de la LAIP, se viene a completar uno de los últimos capítulos en la regulación del acceso a la información administrativa.

En las siguientes páginas se destacarán los aspectos fundamentales de ésta normativa, que impone un gran desafío a los órganos de la Administración del Estado en cuanto al ejercicio de sus funciones. En específico, se destacará su ámbito de aplicación; así como las entidades que caen bajo su regulación. En este mismo sentido, se expondrá latamente acerca del principio de transparencia; tanto en su vertiente activa como pasiva, poniendo el acento en el procedimiento que contempla la ley para que cualquier particular que se sienta vulnerado en su derecho de acceder a la información, pueda reclamar ante la institucionalidad que corresponda.

Por último pero no por eso menos importante, recalcaremos la gran novedad que presenta la LAIP, en torno a la creación en nuestro derecho, de un órgano autónomo y especializado en el acceso a la información

pública, como lo es el CPLT; y las causales de secreto o reserva en las cuales puede fundamentar la Administración su denegación a la información.

### **1.- Ámbito de regulación de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

El ámbito de regulación de la LAIP se encuentra contenido en su artículo 1º, el cual dispone que “La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”<sup>25</sup>.

Sobre éstos cuatro tópicos se encuentra estructurada la ley; norma que no obstante su aparente taxatividad reglamenta otras materias que exceden el ámbito competencial del artículo recién transcrito, y que a título meramente ejemplar contiene disposiciones relativas al CPLT.

---

<sup>25</sup>CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia.2008. Art. 1º ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública, agosto 2008.

## **2.- Entidades reguladas por la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Un aspecto central y de importancia en la presente investigación, dice relación con las entidades que caen bajo la regulación de la LAIP; ya la Comisión Nacional De Ética Pública, antes de que existiera una ley de acceso a la información, señaló en su informe la necesidad de acceder a la información emanada de la Administración Pública. Así esgrimió que “a partir de tal convencimiento, la Comisión estima necesario legislar sobre el acceso a la ciudadanía a la información, estadísticas e informes sobre materias públicas que hayan sido generados en, u obren en poder de la Administración Pública”<sup>26</sup> (esta misma línea de opinión, adscribió el proyecto de ley “Sobre acceso a la Información Pública” de los Senadores Larraín y Gazmuri, restringiendo la aplicación del principio de transparencia a la sola Administración del Estado).

Las entidades que quedan regidas por la LAIP quedaron finalmente comprendidas en su artículo 2º, el cual señala que:

---

<sup>26</sup> COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA, Op. cit., p. 246.

“Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.

También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente”.

La regulación de las entidades que se aprecia en el artículo recién transcrito, ha sido objeto de innumerables críticas, por el sesgo arbitrario y

restringido que presenta. En este sentido María Josefina Hernández sostiene que “la ley de Transparencia tiene un ámbito de aplicación que se aleja de una regulación ideal. Debiera poder aplicarse de manera íntegra respecto de la totalidad de las entidades públicas, incluyendo poderes Ejecutivo, legislativo y Judicial, además de toda otra entidad, pública o privada, que desarrolle actividades de “interés público”; agregando que “hubiese sido de gran utilidad práctica el someter a la ley de Transparencia a algunas instituciones que cumplen el rol de Auxiliares de la Administración de Justicia, tales como Notarías, Conservador de Bienes Raíces, Archivo Judicial, entre otras. Por el volumen de información de gran importancia en la vida cotidiana de la actividad comercial”<sup>27</sup>.

Como se puede apreciar claramente del artículo 2° de la LAIP, ésta viene a establecer dos sistemas o regímenes de aplicación de la misma: Un sistema de aplicación plena de las disposiciones de la LAIP; y otro en el cual se consagra un sistema de aplicación especial o parcial, dependiendo del tipo de entidad u organismo de que se trate.

---

<sup>27</sup>HERNÁNDEZ MORALES, María. Análisis crítico de la ley N° 20.285 de Transparencia de la Función Pública Acceso a la Información de la Administración del Estado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2010. p. 51.

## **2.1.-Sistema de aplicación total.**

Este régimen se encuentra consagrado en el inciso primero del art. 2º, el cual establece un catálogo de organismos de la Administración Pública, entre los cuales podemos mencionar a título ejemplar los ministerios, intendencias, municipalidades, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad y en general los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa; y a los cuales les son aplicables la totalidad de las disposiciones de LAIP. En dicho inciso, no se mencionan la totalidad de entidades que quedan bajo la regulación íntegra de la mencionada ley, por lo cual se hace necesario cotejar esta norma con la establecida en el art. 1º numeral 5 de la misma, la cual viene a definir qué se entiende por órganos o servicios de la Administración del Estado. De la lectura de la disposición, ésta nos remite a “los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”<sup>28</sup>. Del mencionado artículo de la ley de Bases, se puede desprender que quedarían sometidas al sistema de

---

<sup>28</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

regulación total de la LAIP, los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa; incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por la ley.

Como se puede apreciar, según esta norma orgánica constitucional la Contraloría, el Banco Central y las empresas públicas creadas por ley, deberían quedar bajo el régimen de aplicación total de las disposiciones de la LAIP; pero que por disposición expresa de sus incisos 2 y 3 del art. 2º, finalmente se les aplica un régimen parcial. Hecho no menos importante, considerando que dichos organismos o entidades de la Administración Pública constituyen sujetos pasivos del derecho otorgado a los particulares para acceder a la información pública, quedando bajo la supervigilancia y autoridad del CPLT.

## **2.2.-Sistema de aplicación especial o parcial.**

El sistema de regulación especial se encuentra consagrado en los incisos segundo y tercero del art. 2° de la LAIP, que hacen excepción a la aplicación completa y total de la misma.

El inciso segundo del mencionado artículo, abarca a la Contraloría General de la República y al Banco Central, que de acuerdo a la ley de Bases de la Administración obedecerían a un sistema de aplicación total de la ley; pero que por disposición expresa de la LAIP, dichos organismos se rigen por reglas especiales<sup>29</sup>.

De acuerdo a esta normativa dichos organismos se ajustarán a las disposiciones de la LAIP, en la medida de que expresamente ésta lo señale, y además, se sujetarán a las normas de sus respectivas leyes orgánicas que

---

<sup>29</sup> Respecto a otros órganos autónomos constitucionales, como el Ministerio Público y el Consejo Nacional de Televisión, también resulta aplicable la LAIP. Respecto del Ministerio Público el Oficio N° 205/2009 de la Fiscalía Nacional fija “ Instrucciones Generales sobre la aplicación de la ley N° 20.285 sobre transparencia de la función pública, en el Ministerio Público”, mediante la presente normativa se desprende que el órgano persecutor penal está obligado a informar, a través de su página web institucional, ciertos aspectos del quehacer administrativo (Transparencia Activa) y a la obligación de entregar información a quien lo solicite, sobre aspectos del quehacer administrativo, estableciéndose un mecanismo de control judicial vía Corte de Apelaciones, en caso de no responder en forma oportuna o negarse a ello sin causa justificada ( Transparencia Pasiva), estando sujeta la información a las mismas causales de secreto o reserva que contempla la LAIP. El Consejo Nacional de Televisión se encuentra sujeto a obligaciones de transparencia activa de los artículos 6° y 7° de la LAIP. Por último, en lo que respecta a otras entidades como el Tribunal Constitucional, el Congreso, el Tribunal Calificador de Elecciones y el Poder Judicial también se les aplica la LAIP en lo que ella expresamente señale.



versen sobre el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”<sup>30</sup>. En lo que respecta a la Contraloría, la LAIP en su artículo quinto transitorio, modifica la ley N° 10.336, relativa a la Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, incorporando el artículo 155°. Respecto del Banco Central, el artículo séptimo transitorio de la LAIP modifica la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, contenido en el artículo primero de la ley N° 18.840, introduciendo el art. 65°bis.

Si se observan ambas disposiciones, tanto el arts. 155° y el 65°bis, establecen respecto de estas dos instituciones lo siguiente:

Ambas instituciones se van a regir por el principio de la transparencia en el ejercicio de la función pública. Y que en lo que se refiere a la publicidad y acceso a la información, se regirán en lo que fuere pertinente por el Título II de la LAIP, denominado “De la Publicidad de la Información de los Órganos de la Administración del Estado”. Por lo cual

---

<sup>30</sup>Art. 2° inc.2, Ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

podemos inferir, que tanto la Contraloría como el Banco Central deberán ajustarse a este título para determinar si su información tiene el carácter de pública o no.

También se regirán por el Título III de la ley, denominado “De la Transparencia Activa”, con lo cual tienen la obligación de publicar la información requerida por el legislador; en específico la contenida en su art. 7°. En consecuencia deben de responder a las reclamaciones que un particular aduzca ante el CPLT, sino se informa lo prescrito.

Ha ambas instituciones les son aplicables además los artículos 10° al 22° del Título IV, llamado “Del Derecho de Acceso a la Información de los Órganos de la Administración del Estado”. Por lo cual, se constituyen en sujetos pasivos de tal derecho. Sin embargo, respecto del Banco Central existen particularidades respecto a la prórroga de la calificación de una materia como secreta o reservada por el Presidente del Banco, así como la obligación de llevar un catastro especial de información, respecto la cual deben guardar secreto. Como contrapartida, ambas instituciones se encuentran exentas de mantener un índice actualizado de los actos y documentos calificados como “secretos y reservados”, contenida en el art.

23° de la LAIP, y tampoco se verán sometidas a las normas que regulan la acción de amparo del derecho de acceso a la información ante el CPLT. Sólo se contempla un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva, en el caso que vencido el plazo para la entrega de la información ésta no sea otorgada, o se deniegue por algunas de las causales autorizadas por la ley.

Como se puede apreciar “la Contraloría sólo se somete parcialmente a las normas del Consejo para la Transparencia, en lo relativo a las normas de la Transparencia Activa, excluyéndose la potestad del Consejo de resolver las acciones de amparo del derecho de acceso a la información, materias que se entregan de manera directa a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones respectiva”<sup>31</sup>.

El inciso 3° del art. 2° de la LAIP recoge un régimen de aplicación parcial, respecto de algunas empresas vinculadas con el Estado. Esta dispone que “También se aplicaran las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación

---

<sup>31</sup> HERNÁNDEZ MORALES. Op. cit., p. 44.

accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”<sup>32</sup>.Aquí quedan comprendidas la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, Televisión Nacional de Chile; Corporación Nacional del Cobre o Banco Estado, las cuales deben sujetarse a las obligaciones de Transparencia Activa, debiendo mantener determinada información a disposición del público en sus sitios webs.

El inciso final del art. 2º, finalmente consagra una regulación residual aplicable a los “demás órganos del Estado”, los cuales se regirán por las normas de sus leyes orgánicas referidas al principio de transparencia, del derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

### **3.- El principio de la Transparencia de la Función Pública.**

La reforma constitucional del año 2005, vino a consagrar expresamente el principio de “publicidad” en el inciso 2º del artículo 8º de

---

<sup>32</sup> Art. 2 inc. 3º, Ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

la Constitución, al señalarnos que, “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que 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”<sup>33</sup>. Suele utilizarse los términos publicidad y transparencia como equivalentes, pero no representan cuestiones idénticas. Como señala Domingo Hernández, la publicidad “se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”, mientras que la transparencia “se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas”<sup>34</sup>.

La LAIP también recoge el principio de transparencia en su art. 5°; disponiendo que “los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirven

---

<sup>33</sup> Art. 8 inc. 2° de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>34</sup> HERNANDEZ, Domingo. Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional del 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, en la Constitución reformada de 2005, Ed. Humberto Nogueira, 2005 p.33 citado por BELTRÁN, Enrique en Bases Constitucionales del principio de Transparencia. Revista de Derecho Público N° (73):45-53, 2010.

de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”. Asimismo es pública, “la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos a que esté sujeta a excepciones señaladas”<sup>35</sup>. La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas.

Por último, el propio Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 1800-10, ha diferenciado ambos conceptos, señalando que la publicidad “se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”, mientras que la transparencia “se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas”.

---

<sup>35</sup> Art. 5° incisos. 1° y 2° Ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

Como podemos notar ambos conceptos no representan cuestiones idénticas, pero que tienen una importancia capital, para alcanzar un efectivo control de la Administración del Estado. Tanto es así, que actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que busca otorgar rango constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública, al cual haremos referencia en el capítulo final de éste trabajo<sup>36</sup>.

### **3.1.- De la Transparencia Activa y Pasiva.**

#### **3.1.1- Transparencia Activa.**

En el Título III de la LAIP denominado “De la Transparencia Activa”, se recoge la dimensión positiva del principio de transparencia; la cual consiste en el deber u obligación de los órganos de la Administración

---

<sup>36</sup> V. Capítulo V. Reformas en materia de publicidad y correos electrónicos. subtítulo 2.- Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública, de esta Memoria de Grado, p. 306.

del Estado de poner a disposición del público información relevante sobre la gestión pública sin mediar requerimiento alguno<sup>37</sup>.

En el artículo 7° se menciona un catálogo de informaciones que los organismos de la Administración deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos; actualizados al menos una vez al mes”. Estas son:

- Su estructura orgánica.
- Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.
- Su planta de personal y el personal a contrata y a honorarios.
- Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.
- Información sobre el presupuesto asignado, entre muchas otras.

El antecedente de esta transparencia activa, radica directamente del instructivo presidencial N° 008/2006, sobre la transparencia activa y publicidad de la información de la Administración del Estado el cual “exigió que los órganos públicos informaran en sus webs, su estructura interna, sus contrataciones y contratistas, sus transferencias a terceros, su

---

<sup>37</sup> RAJEVIC MOSLER, Enrique. Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la ley 20.285, de 2008. Gaceta Jurídica. (338): p. 8, 2008.



personal, su marco normativo y los actos y resoluciones que dictasen afectando a terceros. Para ello cada sitio web despliega un banner llamado “gobierno transparente”<sup>38</sup>. En el evento que algunas de las entidades regidas por la LAIP, no pongan a disposición del público la información que el artículo dispone; se concede una acción popular de reclamación ante el Consejo de Transparencia. En este sentido se establece que “cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si algunos de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior”<sup>39</sup>.

En el caso de incumplimiento injustificado por parte de los órganos públicos, de las normas del Título III, el CPLT aplicará una multa de 20% a 50% de las remuneraciones del infractor<sup>40</sup>.

Como podemos observar la consagración por parte del legislador de la transparencia activa, impone a los órganos de la Administración del Estado, el invertir y desarrollar constantemente procesos de modernización en sus plataformas cibernéticas, de manera de responder a las necesidades crecientes y constantes de la ciudadanía, perfeccionando los mecanismos y

---

<sup>38</sup>.Ibíd., p.9.

<sup>39</sup> Art. 7° Ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

<sup>40</sup> Art. 47° Ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

procedimientos de difusión y entrega de información, de manera de mejorar la gestión pública.

El tratamiento de la transparencia puede ser abordado asimismo desde una vertiente negativa; que posiciona al particular como un sujeto activo del derecho de información.

### **3.1.2- De la Transparencia Pasiva.**

La transparencia pasiva, ha sido conceptualizada por la doctrina como el “deber de entregar información en poder de la Administración Pública a quien lo requiera, conforme a los mecanismos legales”<sup>41</sup>. En el Título IV de la LAIP, denominado “Del Derecho de Acceso a la Información de los órganos de la Administración del Estado”, se consagra la transparencia pasiva. Sobre éste punto, María Josefina Hernández nos señala que se “viene en consagrar esta garantía (la de acceso a la información pública) más no en un rol protagónico de garantía

---

<sup>41</sup> RAJEVIC MOSLER, op. cit. , p.8.

fundamental, sino en subordinación al principio de transparencia, ya que de acuerdo a este diseño corresponde a la faz pasiva del mismo”<sup>42</sup>.

En él se viene a consagrar el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y con las condiciones que establece la ley.

Este apartado de la LAIP, no ha estado exento de las críticas formuladas por la doctrina por la manera de regular dicha garantía fundamental. Éstos han sostenido, que “las normas de este capítulo consagran sucintamente este derecho de acceso a la información pública, más su escueta consagración deja entrever que el énfasis regulatorio no ésta puesto en la garantía propiamente tal sino en el procedimiento destinado a hacer efectivo el acceso a la información pública a impulso de los particulares”. Agregando que “en lo concreto lo que hace este título es regular un procedimiento de solicitud y entrega de información, previo requerimiento particular ... que más que delinear y precisar el ejercicio de dicho derecho fundamental, vienen a encuadrar el comportamiento que

---

<sup>42</sup> HERNANDEZ MORALES. Op cit., p 37.

debe tener la autoridad dentro del procedimiento de acceso a la información pública”<sup>43</sup>.

#### **4.- Del Consejo para la Transparencia.**

Unas de las mayores innovaciones que introduce la LAIP a nuestra legislación, es la creación de un organismo técnico encargado de resguardar y fomentar el principio de transparencia denominado “Consejo para la Transparencia”. En el Título V de la LAIP, se estatuyen una serie de normas que se refieren a dicho organismo.

Esta institución es una corporación autónoma de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con domicilio en la ciudad de Santiago, cuya labor principal es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de la normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, p. 38.

#### **4.1.-Composición del Consejo para la Transparencia.**

En lo que se refiere a la administración y dirección del Consejo, se encuentra entregado a un Consejo Directivo, integrado por cuatro consejeros nombrados por el Presidente de la República con previo acuerdo del Senado<sup>44</sup>. Los consejeros durarán en sus cargos seis años, pudiendo ser designados sólo para un nuevo período. Renovándose por parcialidades cada tres años.

A la cabeza del Consejo Directivo se encuentra un Presidente, el cual es elegido entre los miembros consejeros. En el evento de que no exista acuerdo para su elección, ésta se efectuará por sorteo. La presidencia será rotativa, durando el Presidente del Consejo 18 meses en el cargo, sin posibilidad de reelección para lo que le reste en su período como consejero.

Los consejeros sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a petición del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por la mayoría simple, o a petición de diez Diputados, por las siguientes causales:

---

<sup>44</sup> La designación de los consejeros se hará a proposición del Presidente de la República en un sólo acto, debiendo pronunciarse el Senado respecto a la propuesta como una unidad. Los nombramientos de los consejeros serán aprobados por el Senado por los dos tercios de los Senadores en ejercicio.

- a) Incapacidad.
- b) Mal comportamiento.
- c) Negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

Además de estas causales de remoción, los Consejeros podrán cesar en sus cargos por:

- a) Expiración del plazo por el cual fue designado.
- b) Renuncia ante el Presidente de la República.
- c) Postulación a un cargo de elección popular.
- d) Incompatibilidad sobreviniente.

#### **4.2.-Funciones y Atribuciones del Consejo para la Transparencia.**

El art. 33° de la LAIP, contiene las funciones y atribuciones que corresponde desarrollar al CPLT para la fiscalización, promoción y protección del principio de transparencia, tanto en su faz activa como pasiva. Las cuales se pueden categorizar en funciones de:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la LAIP y aplicar las infracciones que correspondan en caso de contravención.
- b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados en conformidad a la ley.
- c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.
- d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que se ajusten sus procedimientos y sistemas de atención al público a dicha legislación.
- e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado, tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.
- f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, Las normas, instructivos y demás perfeccionamientos

normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

- g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.
- h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.
- i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de la LAIP.
- j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforma a la Constitución y a la ley tengan el carácter secreto o reservado.
- k) Colaborar con y recibir cooperación de los órganos públicos y personas jurídicas y naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.
- l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Y,



m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

#### **4.3.-Acuerdos del Consejo para la Transparencia.**

El Consejo Directivo adoptará sus acuerdos por la mayoría de sus miembros y en el evento de un empate, resuelve su Presidente. Debiendo funcionar con un quórum mínimo de instalación de tres consejeros.

#### **5.-Procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública y de su amparo.**

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos centrales regulados por la LAIP, y que viene a dotar de materialidad al derecho de acceso a la información pública; es aquel que dice relación con el procedimiento para la obtención de dicha información. En el Título IV de la ley, denominado

“Del derecho de acceso a la información de los órganos del Estado”, se contienen una serie de normas que regulan el procedimiento al que deben sujetarse los particulares para la obtención de información que obre en poder de la Administración Pública; así como su actuación en caso de denegación injustificada ante el requerimiento respectivo. En las siguientes líneas se destacarán, a grandes rasgos sus aspectos sustanciales.

La solicitud que formule una persona deberá presentarse por escrito o a través de los sitios electrónicos del servicio requerido, debiendo contener el nombre y apellidos del solicitante, así como su domicilio particular, y el nombre del apoderado, en su caso. En esta presentación el particular deberá identificar claramente la información que requiere, al órgano al cual se dirige y contener su firma.

En el caso que la solicitud no contenga algunos de los requisitos recién señalados, el solicitante tendrá un plazo de 5 días para subsanar la falta<sup>45</sup>. De manera que si no subsana las faltas, en el plazo fatal establecido se le tiene por desistido de su petición.

---

<sup>45</sup> Dicho plazo se contará desde la respectiva notificación de los vicios de la solicitud, bajo el apercibimiento de que así no lo hiciere se le tendrá por desistido de su petición. Art. 12° inc. 2 Ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

Frente a la solicitud que cumpla con todos los requisitos legales, la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, en el plazo de 20 días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud<sup>46</sup>, podrá asumir alguna de las siguientes actitudes:

a) Pronunciarse sobre la solicitud, entregando la información solicitada:

En este caso la información solicitada se entregará en la forma, y por el medio que el solicitante hubiere señalado, siempre que no irroque gastos excesivos o no previstos por el órgano requerido; caso en el cual la información será entregada por los medios disponibles del servicio. No pudiendo el órgano requerido imponer restricciones o condiciones sobre el uso de dicha información, salvo las que contempla la ley.

b) Pronunciarse, negándose al acceso de la información: Dicha

oposición del órgano requerido, sólo podrá fundarse en que la solicitud de acceso a la información pública contenga información que pueda afectar los derechos de terceros concurriendo la oposición de éstos; o por el hecho de haberse incurrido en alguna de las

---

<sup>46</sup> Plazo que puede prorrogarse por 10 días más, en caso que las circunstancias hagan difícil reunir la información solicitada.

causales de reserva o secreto que establece la LAIP, las cuales serán desarrolladas más adelante.

c) No pronunciarse en el plazo que le concede la ley.

Una vez vencido el plazo para la entrega de la información, o denegada la petición, el requirente tiene derecho a recurrir ante el CPLT, para efectos de solicitarle “amparo” a su derecho de acceso a la información. Dicha reclamación deberá contener el:

- Señalamiento de la infracción cometida y los hechos que la configuran.
- Acompañar medios de prueba, en su caso.

La reclamación deberá presentarse dentro del plazo de 15 días, contados desde la notificación de la denegación al acceso a la información; o desde que venza el plazo para la entrega de la información.

Ante esta reclamación, el CPLT, notificará al órgano requerido o al tercero involucrado según corresponda, por medio de carta certificada. A partir de dicha notificación y por un período de 10 días, hábiles, el órgano reclamado o el tercero, podrán presentar sus descargos u observaciones a la reclamación, adjuntando antecedentes y pruebas de que dispongan. El

Consejo, a petición de parte o de oficio, podrá fijar audiencias para recibir los antecedentes o medios de prueba que acompañen las partes.

Dentro del quinto día hábil, de vencido el plazo para que el órgano requerido o el tercero involucrado hagan sus descargos u observaciones; se hayan efectuado éstos o no, el CPLT deberá resolver la reclamación, mediante su “decisión de amparo”.

Si la resolución del Consejo accede a la entrega de la información, fijará un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido. En el caso que deniegue el acceso a la información pública, la LAIP concede al particular el derecho de presentar una reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva<sup>47</sup>. El mismo derecho se concede al órgano de la Administración del Estado por la resolución del Consejo que accede a la entrega de la información, cuando la denegación se hubiere fundado en cualquier otra causal que no sea la de afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.

---

<sup>47</sup> La Corte de Apelaciones competente para conocer del reclamo de ilegalidad será la del domicilio del reclamante. Art 28° ley N° 20.285: Sobre Acceso a la Información Pública.

Dicho reclamo deberá ser presentado en el plazo de 15 días corridos, contados de la notificación reclamada, y deberá contener:

- Los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya.
- Las peticiones concretas que se formulan a la Corte.

La interposición del reclamo, suspende la entrega de la información cuando ésta sea procedente, estando vedado para la Corte el decretar cualquier medida que permita el acceso a ella o su conocimiento.

### **5.1.- Procedimiento del Reclamo de Ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones.**

La Corte dispondrá que el reclamo de ilegalidad sea notificado por cédula al Consejo y al tercero interesado, en su caso, concediéndoles a ambos un plazo de 10 días para presentar sus descargos y observaciones.

Evacuado el traslado, o una vez vencido el plazo para los descargos u observaciones, la Corte mandará traer los autos en relación, agregando la causa extraordinariamente en la tabla de la audiencia más próxima, previo

sorteo de la sala. La Corte cuando lo estime conveniente, podrá abrir un término probatorio por el espacio de 7 días, y escuchar los alegatos de las partes.

La sentencia de la Corte de Apelaciones deberá ser pronunciada dentro del término de 10 días, contados desde que quede ejecutoriada la resolución que declare vencido el término probatorio, o desde la celebración de la audiencia antes mencionada; sin que sea procedente recurso alguno en contra de ella.

En el caso de que se acoja el reclamo de ilegalidad por denegación de la información, la sentencia señalará un plazo prudencial para su entrega.

## **6.- De las excepciones a la publicidad de la información pública.**

El art. 8° de la Constitución, establece como regla general la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como

los fundamentos y los procedimientos de los que éstos se valgan. Constituyendo el secreto o reserva, la excepción a dicha publicidad.

Para establecer los casos de reserva o secreto administrativo, el art. 8° de la Constitución establece dos condiciones:

- i. Que 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. Y,
- ii. Que así lo declare una ley de quórum calificado.

El art. 21° de la LAIP, señala y desarrolla las causales de reserva o secreto, que el órgano del Estado requerido podrá valerse para denegar total o parcialmente el acceso a la información.

### **6.1.- Causales de secreto o reserva.**

1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido: El mismo legislador se encarga de desarrollar esta causal, por medio de ejemplos, al



establecer que “particularmente”, se afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano, cuando la publicidad vaya:

- a) En desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
- b) Cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de la publicidad de sus fundamentos cuando sean adoptados.
- c) Cuando se trate de requerimientos de carácter genérico, referido a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2.-Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afectare los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico: En esta causal el legislador se encarga de resaltar una serie de derechos fundamentales, que pueden verse vulnerados por la divulgación de la información que obre en poder de los órganos de la Administración

del Estado. Norma que debe ser concordada con el art. 20° de la misma LAIP.

3.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o a la mantención del orden público o la seguridad pública; En este numeral el legislador hace mención a conceptos jurídicos indeterminados, que podrían complicar la configuración de la causal.

4.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos y comerciales del país.

5.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Respecto de estas causales, no es suficiente que órgano requerido invoque la causal de secreto o reserva para que ella se configure, siendo necesario que el organismo la acredite debidamente. Así el Consejo se ha pronunciado diciendo que, “la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no

acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación”<sup>48</sup>. Además no basta la existencia de una relación entre la información solicitada con algunas de las materias sujetas a secreto o reserva, sino que “debe demostrarse que la publicidad de aquella afecta al bien jurídico que el art. 8° admite proteger por la ley de quórum calificado”<sup>49</sup>.

Para ello el Consejo sugiere dos caminos: la doctrina comparada de la técnica de la “prueba de daño” o bien analizar la situación a la luz del principio de la proporcionalidad<sup>50</sup>.

El test del daño consiste en “realizar un balance entre el interés en retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”<sup>51</sup>; en cuanto al principio de la

---

<sup>48</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de amparo rol N° A39-09, Considerando 5°.

<sup>49</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo rol N° A45-09, Considerando 6°.

<sup>50</sup> CAMACHO CEPÉDA, Gladys. El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho Público (74): p.233, 2011.

<sup>51</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de amparo rol N° A45-09, Considerando 8°.

proporcionalidad, exige lograr una correcta adecuación entre la satisfacción del derecho de acceso a la información con la finalidad o interés público que protege la decisión de reserva o secreto por parte de la autoridad<sup>52</sup>.

También como señalamos anteriormente, cuando la solicitud de acceso de a la información pública recaiga sobre documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar derechos de terceros, el órgano requerido deberá comunicar por carta certificada a éstos, su derecho a oponerse a la entrega de los documentos solicitados.

Los terceros afectados podrán ejercer este derecho, dentro del plazo de 3 días hábiles contados desde la notificación, por escrito y con expresión de causa.

Deducida la oposición, el órgano requerido queda inhibido de proporcionar la información solicitada, salvo resolución en contrario del CPLT.

Las excepciones a la publicidad de la información, de las que pueden valerse los órganos del Estado resultan trascendentales para el desarrollo de nuestra investigación. En especial cuando son usadas para denegar el

---

<sup>52</sup> CAMACHO CEPÉDA, op. cit. p233.

acceso a los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos, aduciendo causales de reserva o secreto. Tema que será abordado latamente en los próximos capítulos.

### **CAPÍTULO III. DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA PUBLICIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS ENVIADOS O RECIBIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DESDE CUENTAS INSTITUCIONALES.**

#### **1.- Introducción y planteamiento del problema.**

Como ya hemos señalado, el caso que nos llevó a realizar esta investigación fue el de la solicitud de acceso a la información que realizó conforme a la LAIP, Mario Gebauer Bringas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, a través de los Oficios N° 102 y 123, a la Subsecretaría del Interior, ingresados con fecha 9 y 17 de febrero de 2011. El motivo de la petición fue solicitar información relativa a diversos actos realizados con ocasión al terremoto de febrero del año 2010.

El caso – que detallaremos más adelante – fue conocido por el CPLT, la Corte de Apelaciones de Santiago y el Tribunal Constitucional, contiene los puntos de discusión característicos en todos los casos de igual naturaleza, los que principalmente son:

- Conflicto entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Las posturas son contrapuestas: hay quienes consideran que la divulgación de los correos electrónicos enviados y recibidos por funcionarios públicos desde cuentas de correo institucionales durante el ejercicio de sus funciones, implicaría una vulneración al derecho a la privacidad (N° 4 art.19 CPR), en relación con la inviolabilidad de las comunicaciones privadas (N°5 art. 19 CPR). Por otra parte, hay quienes sostienen que los correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas, son información pública debido a que, principalmente, caben dentro del concepto de información pública que señala el artículo 5° de la LAIP, y en la medida que no se acredite la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva, cualquier ciudadano puede acceder a su conocimiento, por esto, la no divulgación de aquellos correos, conllevaría una vulneración al derecho de acceso a la información pública, cualquiera que sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

- Discusión sobre la naturaleza de los correos electrónicos. En un primer momento, nace la duda sobre en torno a si deben ser caracterizados como “comunicación privada” o “información pública”.
- El privilegio deliberativo. Se sostiene que los correos en discusión son de naturaleza deliberativa, por tanto, constituyen una excepción al acceso a la información, debido a que la entrega de esta información perturbaría la toma de decisiones y el ejercicio de las funciones que corresponden a las autoridades.

Este es un tema polémico que parecía haberse zanjado con las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en recursos de inaplicabilidad que han declarado la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° de la LAIP. Pero la discusión se ha abierto nuevamente producto de lo resuelto por la Corte Suprema que, con fecha 6 de noviembre del 2013, acoge un recurso de queja presentado por el CPLT en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, señor Juan Muñoz Pardo y señora Amanda Valdovinos Jeldes y de la Abogado Integrante, señora María Cristina Gajardo Harboe, quienes dictaron sentencia definitiva en autos rol N° 5077-2011 acogiendo el reclamo de ilegalidad planteado por el



Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y de la respectiva Subsecretaría en contra de la decisión de amparo, dictada por el CPLT en el Amparo Rol C1482-11, la cual fue dejada sin efecto, negando la entrega de los correos electrónicos solicitados. De esta manera, la Corte Suprema valida lo resuelto por el CPLT y ordena la entrega de los correos electrónicos solicitados. Ante la variedad de resoluciones dictadas por los tribunales y aprovechando que en el Congreso se iniciaba la tramitación de un proyecto que modifica la LAIP, el gobierno de Sebastián Piñera presentó una serie de indicaciones que buscan solucionar problema generado por las solicitudes de acceso a los correos electrónicos enviados o recibidos por funcionarios públicos desde cuentas de correos institucionales. El proyecto será abordado en el último apartado de este trabajo.

En las diversas decisiones del CPLT y sentencias de los tribunales sobre el asunto que estamos investigando, hay criterios que se repiten, lo que nos permite poder identificar claramente dos posiciones contrarias, de las cuales, ninguna es unánime. Expondremos los criterios utilizados por ambas posiciones.

## **1.1.- Marco Conceptual preliminar.**

Antes de entrar de lleno a la discusión de que trata este trabajo, y para lograr su mayor comprensión, creemos que es necesario desarrollar un marco conceptual que reúna algunos de los términos más importantes del tema a tratar. Sin embargo, es necesario aclarar que cada uno de los conceptos será definido de forma breve, esto debido a que la mayoría de ellos son tan amplios que cada uno podría ser desarrollado en un trabajo individual.

Los conceptos que van a ser definidos son: i) Correos electrónicos; ii) Información Pública; iii) Derecho a la vida privada; iv) Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas; v) Principios de publicidad y transparencia.

### **1.1.1.- Los correos electrónicos.**

El correo electrónico se ha convertido en una de las herramientas comunicacionales más utilizadas en el último tiempo, esto gracias a la

potente penetración de internet en la sociedad<sup>53</sup>. Diversas son las ventajas que han producido la predilección por este medio de comunicación, entre ellas, su rapidez, lo que permite el envío de información de forma casi instantánea, y de bajo costo. Dichas características han producido que los medios de correspondencia tradicionales sea cada vez menos empleados.

A pesar de ser un instrumento de uso masivo y cotidiano, es difícil encontrar una definición clara que no caiga en tecnicismos que la hagan incomprensible. En el área del Derecho, no son muchos los autores que han tratado sobre este medio de comunicación, destaca Daniel Álvarez, quien describe al correo electrónico como “un conjunto de instrucciones redactadas bajo un protocolo predeterminado, en el cual se transportan contenidos determinados por un remitente, los que son entregados a destinatarios definidos previamente por éste. Este conjunto de información es fragmentada en varios paquetes etiquetados con la indicación de su origen y destino. Los paquetes viajan a través de las redes y sistemas de Internet, por diversas vías, hasta encontrarse en los equipos del destinatario,

---

<sup>53</sup>Particularmente en Chile, a Septiembre de 2013, la penetración de internet llegó a 44,4% por cada 100 habitantes según el Informe Series Estadísticas del primer semestre de 2013 elaborado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

lugar donde son reagrupados automáticamente, posibilitándose su lectura”<sup>54</sup>.

Como podemos ver, el correo electrónico es usado para enviar y recibir mensajes entre dos o más individuos, es decir, tiene una finalidad comunicativa. Sin embargo, más adelante daremos cuenta si los correos electrónicos pueden ser considerados como comunicaciones privadas y abarcaremos la discusión, respecto los correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas, en torno a su consideración como información pública.

### **1.1.2.- Información Pública.**

Para definir este concepto es necesario remitirnos a la Constitución y a la LAIP. Nuestra carta fundamental en su artículo 8 inciso 2° dispone: “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una

---

<sup>54</sup> ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático (5): pp. 196-197, 2004.

ley de quórum calificado podrá establecer el secreto o reserva de aquellos 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”<sup>55</sup>. Esta norma consagra el principio de probidad de la función pública y eleva a un rango constitucional el principio de publicidad, el cual busca que todos los actos de los órganos estatales, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, conocido por todos, y que cualquier persona tenga el derecho a acceder a esta información en razón de que un Estado Democrático debe propender a la mayor transparencia de sus actos.

El primer inciso del artículo 5° de la LAIP<sup>56</sup> es similar a la norma constitucional, consagra el principio de la transparencia en la función pública. Existen algunas diferencias entre estas dos normas; el inciso 1° del artículo 5° de la LAIP, respecto de la publicidad de los documentos y fundamentos de los actos o resoluciones de los Órganos de la

---

<sup>55</sup> Artículo 8°, Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile.

<sup>56</sup> LAIP en el inciso 1° del artículo 5° dispone: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.

Administración del Estado, agrega el requisito de que estos les sirvan de sustento o complemento esencial. Otra diferencia entre la carta fundamental y la LAIP, es que esta última se refiere a los “Órganos de la Administración del Estado” mientras que el artículo 8° de la Constitución menciona a los “Órganos del Estado”. La precisión no es baladí ya que, como se indica en la historia de la LAIP en la discusión en el primer trámite constitucional, la expresión que utiliza la Constitución es más amplia<sup>57</sup> aplicándose a todos los órganos estatales mientras que la LAIP es más específica pues se refiere a los Órganos de la Administración del Estado.

Ahora, más allá de los principios establecidos en estos artículos, ellos contienen la noción de lo que el legislador considera información pública, por esto es necesario un análisis en detalle de lo que dispone la norma y nos centraremos en desmenuzar el artículo 5° de la LAIP; pues es la que se aplica al tema que se está tratando. Su inciso primero dispone que son públicos:

- Los actos de los órganos de la administración del Estado.

---

<sup>57</sup> Historia de la Ley N° 20.285. Op. cit., p. 125.

- Las resoluciones de los órganos de la administración del Estado.
- Los fundamentos de dichos actos o resoluciones.
- Los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial de los actos o resoluciones.
- Los procedimientos utilizados para la dictación de los actos o resoluciones.

En cuanto al inciso 2° del Artículo 5°<sup>58</sup>, agrega a lo anterior, que debe entenderse como pública:

- La información elaborada con presupuesto público.
- La información que obre en poder los órganos de la Administración del Estado.

Así sin más, podríamos decir que las normas son bien claras, y que la noción de información pública es notoria. Sin embargo, se ha dado un debate en cuanto a la delimitación de lo que se debe entender como información pública. Ha contribuido a la incertidumbre acerca de los alcances de este concepto, el inciso 2° del artículo 5 de la LAIP, ya que la

---

<sup>58</sup> LAIP en el inciso 2° del artículo 5° dispone: “Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

norma amplía de gran manera el contenido del concepto de información pública. Respecto de esta discusión, daremos a conocer las posiciones de la profesora Gladys Camacho y del profesor Luis Cordero.

En primer lugar, Gladys Camacho analiza la definición del concepto de “público o pública” que contiene el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y se refiere a 3 acepciones en el lenguaje técnico jurídico, estas son: la subjetiva, la normativa y en referencia a la carga que conlleva su calificación como pública<sup>59</sup>.

En primer lugar, publico en sentido subjetivo significa “pertinente o relativo a la comunidad (pueblo o nación), porque las normas del Ordenamiento así califican a los sujetos de las relaciones jurídicas y, en consecuencia, también califican sus hechos, actos, bienes, etc”<sup>60</sup>. Explica la autora que la información pública es un bien público, debido a que corresponde a la Administración del Estado, que es un sujeto calificado como público.

En segundo lugar, lo público en sentido normativo “alude a un régimen aplicable contenido en un subordenamiento que se define por

---

<sup>59</sup> CAMACHO CEPEDA, Gladys. La delimitación de la noción de información pública y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. *Gaceta Jurídica* (73): p. 13, 2011.

<sup>60</sup> *Ibíd.*



ciertas especiales características y que se denomina en general derecho público”<sup>61</sup>. La información que posee la Administración del Estado está sometida al tratamiento que le da la normativa del derecho público, ergo, es pública.

Por último, en cuanto al punto de vista de la carga que se impone a la información calificada como pública, produce que “esta información en principio es susceptible de ser conocida por toda la ciudadanía como consecuencia de que está afectada por las obligaciones de publicidad y transparencia, salvo que se encuentre en alguna de las excepciones a la publicidad que el Ordenamiento reconoce”<sup>62</sup>.

Luego, en relación a lo que señala la LAIP, la autora sostiene que debe estudiarse de forma especial. Respecto del inciso 1° del artículo 5, no hay mayores problemas pues es similar al artículo 8° de la Constitución, por tanto, son públicos los actos administrativos, los fundamentos de los mismos y los procedimientos administrativos.

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

En cuanto al inciso 2° del Artículo 5°, Camacho sostiene que de él se desprenden dos criterios respecto al alcance del concepto de información pública.

Un criterio o sentido estricto en que se refiere como información pública aquella que ha sido elaborada con presupuesto público, es decir, ésta información es pública debido a que para su producción se han utilizado recursos del Estado; esta circunstancia le otorgaría al Estado una titularidad sobre la información y la facultad para disponer de la misma. Respecto de esto, la autora hace un alcance en relación a aquella información que pudo haber sido obtenida con recursos del Estado pero el titular de la información sea privado, como el caso de los datos personales que gozan de una protección especial establecida en nuestro ordenamiento jurídico.

El criterio o sentido lato se refiere a la información que obre en poder de los órganos de la Administración, de esta manera comprende no sólo la información que ha sido producida con recursos del Estado sino que también a la información que la Administración tiene en su poder. La diferencia con el criterio anterior es que es independiente del origen o

procedencia de la información, es decir, no distingue si la información ha sido elaborada con presupuesto público, proporcionada por particulares o terceros con obligaciones de información que pueden ser personas naturales o jurídicas.

En razón de lo anterior, la noción de información pública en el sentido lato debe ser caracterizada considerando su subordinación al principio de publicidad antes que el criterio de la titularidad de la Administración sobre la información, comprendiendo la información de la que es titular la Administración, pues es elaborada con recursos públicos, y aquella información que el Estado posee pero su titularidad es de privados, es decir, el Estado es un mero detentador de ella. Todo lo señalado es información pública, salvo las excepciones legales.

La autora concluye que “la noción de información pública se refiere más a la información que reviste cierta relevancia pública y que está en poder de la Administración del Estado, fundamentalmente, contenida a través de archivos y registros públicos. Coexistiendo bajo este concepto tanto la información de titularidad pública (por ser de propiedad del Estado) como de titularidad privada, pero que ha sido recopilada para el

cumplimiento de las funciones públicas encomendadas por el Ordenamiento”<sup>63</sup>.

Por otro lado, Luis Cordero sostiene que para entender la noción de información pública que establece la LAIP hay que analizar los artículos 3º, 4º y 5º de la misma. Según lo dispuesto en estos, concluye que son públicos: “i) decisiones adoptadas en ejercicio de funciones públicas ii) actos o resoluciones de la Administración iii) procedimientos utilizados para su dictación iv) sus fundamentos v) documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial. La LAIP determina, en consecuencia, que los instrumentos públicos serán aquellos que produzcan efectos jurídicos, junto con sus procedimientos y fundamentos”<sup>64</sup>. Además, señala que para poder acceder a los fundamentos y procedimientos “debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentre en el expediente administrativo y que sirva de base al acto terminal en donde debe constar los fundamentos de la decisión”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> CAMACHO. La delimitación..., Op. cit., p. 23.

<sup>64</sup> CORDERO VEGA, Luis. Informe en Derecho Sobre la improcedencia del Acceso a la Información Pública en el Caso de Correos Electrónicos, p. 11.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 12.

Respecto del inciso 2° del artículo 5° de la misma ley, para que su interpretación sea armónica con los artículos 3°, 4° y 5° inciso 1°, se debe entender que “viene a incluir aquella información de carácter oficial que, estando en manos de la administración, por sus características y contenido, no será parte de un procedimiento administrativo ni derivara en acto jurídico alguno”<sup>66</sup>.

Cordero sostiene con esta interpretación, que la información, ya sea aquella elaborada con presupuesto público o proporcionada por terceros y que se encuentra en manos de los órganos de la Administración, debe ser oficial y, además, debe estar en poder de la Administración para el ejercicio de su función<sup>67</sup>.

La Contraloría General de la República, a través de sus dictámenes, ha delimitado el contenido de lo que se debe entender como información pública. Respecto a los términos usados en los artículos 8° de la CPR y en de la LAIP, ha señalado en cuanto a la locución “actos y resoluciones” que “debe entenderse como comprensiva de aquellos actos administrativos de carácter decisorio y que corresponden a la definición en sentido estricto de

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 19.

acto administrativo, cual es la que consagra el inciso segundo del artículo 3° de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, que previene que “se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”, a lo cual agrega su inciso tercero que “los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.”<sup>68</sup>. Estos actos pueden ser de trámite o terminales, y se puede tener acceso a ellos aunque se encuentren en trámite de toma de razón, ya que este procedimiento solo otorga eficacia al acto administrativo<sup>69</sup>.

En cuanto a los fundamentos, documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencia, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, ha sostenido que se puede acceder a estos una vez dictado el acto administrativo, como se desprende lo siguiente: “Asimismo, debe dejarse constancia que los interesados pueden tener acceso a las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes a una licitación

---

<sup>68</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República n° 20.242 de 4 de abril de 2013.

<sup>69</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República n° 7.355 de 13 de febrero de 2007.

pública, una vez dictado el acto administrativo que resuelve la adjudicación de la propuesta, considerando que las ofertas técnicas o económicas de que se trata no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta, como tales, son documentos que pueden conocer quienes tengan interés en los mismos, en la oportunidad señalada.”<sup>70</sup>. Además, no constituyen documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial a un acto administrativo, aquellos borradores o elementos de juicio de carácter interno previos a la dictación de un acto administrativo, que no contienen, en sí mismos, una decisión sobre materias que deben ser resueltas a través de un pronunciamiento formal<sup>71</sup>.

Continuando en su razonamiento, si existe un procedimiento disciplinario, estos serán secretos hasta que se encuentran totalmente tramitados, en ese momento los documentos que les sirvan de sustento, el expediente sumarial, dejan de ser secretos y les es aplicable el principio de publicidad<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República n° 31.451 de 8 de julio de 2007.

<sup>71</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República n° 22.500 de 14 de mayo de 2008.

<sup>72</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República n° 1.731 de 22 de febrero de 2012.

Por último, respecto de la información en poder de Órganos de la Administración del Estado, la Contraloría sólo ha sostenido que no existe una obligación de mantener dichos documentos de forma indefinida, es competencia del Presidente de la República o del jefe superior de servicio, según corresponda, determinar qué documentos se mantendrán y cuales se eliminarán. Sin embargo, no se pueden eliminar los documentos necesarios para la tarea fiscalizadora de la Contraloría<sup>73</sup>.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado respecto a este tema. De gran importancia es lo resuelto por este tribunal, en este apartado solo trataremos lo que ha señalado respecto a la información pública, más adelante abordaremos lo resuelto en torno a los correos electrónicos institucionales. Lo primero que aclara el Tribunal Constitucional es que la Constitución no habla de información, este es un concepto introducido por la LAIP<sup>74</sup>.

En cuanto al alcance de lo dispuesto en el artículo 8° de la carta fundamental, son públicos:

---

<sup>73</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República n° 16.896 de 18 de marzo de 2011.

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 58°.



Primero, los actos y resoluciones, esto incluye a los actos administrativos, sea que decida o no. La expresión resoluciones, incluye las municipales, las que emanan de los jefes de servicio, los reglamentos regionales y las sentencias<sup>75</sup>.

Segundo, los fundamentos de dichos actos, esto es, las motivaciones, las que pueden formar parte el acto mismo, como ocurren con las sentencias, actos administrativos desfavorables, resoluciones que resuelven recursos administrativos y las que ponen término a un procedimiento, en estos casos la notificación o publicación del acto conlleva su conocimiento. En caso de los actos y resoluciones que no llevan en sí mismos sus fundamentos, la ley procura que las personas puedan acceder a ellos. La oportunidad en que debe hacerse público el fundamento, la Constitución nada dice, por lo tanto, puede conocerse simultáneamente con el acto o con posterioridad<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1990, 5 de junio del año 2012, Considerando 21°.

<sup>76</sup> *Ibíd.*

Tercero, son públicos los procedimientos que utilizan los órganos del Estado para adoptar sus decisiones. Lo que implica acceder al expediente, donde constan los trámites realizados para tomar una decisión<sup>77</sup>.

Continuando en el análisis de lo que debe entenderse como información pública, el Tribunal Constitucional se refiere a lo que prescribe el artículo 5° inciso segundo de la LAIP, específicamente, a la información elaborada con presupuesto público y la que obre en poder de los órganos de la administración, y sostiene: “En primer lugar, la “*elaborada con presupuesto público*”. Con eso se permite el acceso no sólo a actos y resoluciones, a fundamentos o documentos vinculados a éstos, o a los procedimientos en que se dictaron, sino también a cualquier registro, de cualquier tipo, que haya sido financiado con dineros públicos. La norma exige tres requisitos para configurar la hipótesis que regula. El primero es que se trate de información. Esta expresión es comprensiva de documentos, archivos, folletos, datos que estén registrados. El segundo requisito es que la información haya sido elaborada por la Administración. Es decir, que haya sido hecha, que sea producto de un trabajo que la origine. El tercer

---

<sup>77</sup> *Ibíd.*

requisito es que esa elaboración sea financiada con el presupuesto de la Nación.

En segundo lugar, el precepto habla de información “*que obre en poder de los órganos de la administración*”. Se trata, en consecuencia, de información que debe cumplir las siguientes condiciones. Desde luego, no tiene que ser hecha por la Administración, sino por otras entidades, privadas, internacionales, etc. Da lo mismo su procedencia. De lo contrario estaríamos en la información anterior. Enseguida, esa información tiene que estar “*en poder*” de los órganos de la Administración. Es decir, que esté bajo su cuidado, depósito o disposición;”<sup>78</sup>.

Según el Tribunal Constitucional, el artículo 5 inciso segundo amplía la información a la que se puede tener acceso, en relación a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, resultando difícil que haya información que no sea comprendida en alguna de las categorías que estos artículos establecen, a primera vista, toda ella sería pública, independientemente si está o no relacionada con el comportamiento o las funciones de los órganos del Estado<sup>79</sup>. Sin embargo, el tribunal sostiene que

---

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2246, 31 de enero del 2013, Considerando 78°.

<sup>79</sup> *Ibíd.*, Considerando 79°.

esta situación no es lo que quiso el legislador<sup>80</sup>, ni tampoco es una interpretación armónica con lo que prescribe el artículo 8° de la Constitución<sup>81</sup>. Esto nos lleva a concluir, que el carácter público de información elaborada con presupuesto público y que obre en manos de los órganos del Estado, debe determinarse a la luz de lo que prescribe la Constitución.

A nivel internacional, la CIDH ha señalado que, en virtud del principio de máxima divulgación, toda información en poder del Estado se presume pública y accesible, las excepciones a la publicidad deben ser limitadas y toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, debiendo el Estado probar la imposibilidad de revelar la información<sup>82</sup>.

### **1.1.3.- Derecho a la vida privada.**

---

<sup>80</sup> *Ibíd.*, Considerando 80°.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, Considerandos 81° y 82°.

<sup>82</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010. Párrafo 230.

Ya en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) se dio el debate acerca del concepto de vida privada. En dicha comisión el concepto es relacionado con la vida íntima de un individuo<sup>83</sup>, la relación de cada quien con sus seres queridos y familiares<sup>84</sup>, la vida interna, dentro del hogar, entre algunas. Finalmente, se decidió por dejar la tarea de su desarrollo, como principio, a la jurisprudencia y a la legislatura<sup>85</sup>. Por esto, el Tribunal Constitucional ha considerado que es un derecho personalísimo y no absoluto, que se configura como expresión de la dignidad humana<sup>86</sup>.

La doctrina ha definido a la vida privada como “el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”<sup>87</sup>. También se ha señalado como “aquella que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna, particular y personal de cada individuo,

---

<sup>83</sup> Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (CENC), Sesión N° 129, p. 7.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 6.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 389, 28 de octubre de 2003, Considerandos 18°, 20° y 21°.

<sup>87</sup> CEA EGAÑA., José Luis. Derecho Constitucional Chileno, Tomo II. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, p. 178.

que no es propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares”<sup>88</sup>. Asimismo, se ha dicho que la vida privada está compuesta por “aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta ese conocimiento”<sup>89</sup>.

Dentro de las definiciones dadas por la doctrina nacional, parece más completa la formulada por Hernán Corral, que da un concepto de vida privada como bien jurídico que consiste en “la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”<sup>90</sup>. Este concepto abarca todo tipo de relaciones, ya sea con cosas u otras personas, y no reduce la vida privada al

---

<sup>88</sup> SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 188.

<sup>89</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. Derecho a la vida privada y libertad de información, 4ª. Edición. México, Editorial Siglo XXI, 1989, p. 49.

<sup>90</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación. Revista Chilena de Derecho, Vol. 27 (2): p. 347, 2000.

hogar o vida familiar. Además, establece la no intromisión o difusión de agentes externos a la interioridad o a las relaciones. La ajenidad de estos agentes debe ser apreciada sobre la base de la razonabilidad de un hombre medio, ponderando factores como la costumbre imperante, conducta anterior del sujeto y las circunstancias en las que se desenvuelve la relación<sup>91</sup>. Creemos que estos factores son los que se deben analizar en el caso objeto de esta investigación.

Ahora, la anterior definición se hizo considerando a la vida privada como bien jurídico, esto es diferente a concebir un derecho a la vida privada. Estas dos concepciones tiene diferencias importantes y así lo expresa el autor, cuando señala que la privacidad “merece tutela a través de mandatos legales, provisiones administrativas, o incluso sanciones penales. Pero a la vez puede construirse como un derecho de la persona de manera de habilitarlo para prevenir, inhibir o reparar una injerencia indebida mediante el auxilio de la institucionalidad jurídica aun cuando no haya provisión normativa concreta que cubra esa situación”<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup>Ibíd., pp. 347-348.

<sup>92</sup> Ibíd., p. 349.

Cabe mencionar en este apartado, la distinción que se hace entre vida privada e intimidad. En la CENC se discutió la situación cuando Silva Bascuñan propuso reunir, en una sola norma, la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia y todo lo relativo a la intimidad de la persona. Su propuesta decía: “Nº... El respeto a la intimidad y al honor de la persona y de su familia, y la inviolabilidad del hogar y de la correspondencia cualquiera que sea el medio en que ésta se realice.

El hogar sólo puede allanarse o la correspondencia abrirse, Interceptarse o registrarse en virtud de orden de autoridad competente, fundada en un motivo especial determinado por la ley.”<sup>93</sup>.

Silva Bascuñan concebía a la intimidad como un santuario al que había que resguardar para evitar el peligro de generar una sociedad masificada y que se pierdan los valores superiores del individuo.

Posteriormente, Jorge Ovalle propone redactar dos normas, una para la inviolabilidad del hogar y la correspondencia, y otra para la honra, pero nada para la intimidad. Respecto de la honra, su propuesta decía: “La ley asegura la protección de la honra personal” —o la honra de la persona— “y

---

<sup>93</sup> Actas de la CENC. Op. cit., p. 3.



de su familia”<sup>94</sup>. El mismo Ovalle reformula su propuesta, sugiere agregar a continuación de la protección a la honra que “Toda injerencia arbitraria en la vida privada de las personas será sancionada por la ley” o bien, “La protección en su vida privada, su honra y la de su familia”.

A continuación, Jaime Guzmán sostiene que en vez de hablar de “intimidad”, es más adecuada la noción de “privacidad” ya que ésta “envuelve el ámbito de una zona de la vida de la persona que debe quedar precisamente excluida de la noticia o de la invasión externa.”, en cambio, la intimidad “es todavía una zona más profunda y sensible que la privacidad. Es algo todavía más sutil y, por lo tanto, de menor alcance en su extensión.”<sup>95</sup>. Guzmán prefería la noción de “privacidad” en vez de “vida privada”, pues la primera expresaba un valor, mientras que la segunda sólo designaba una realidad de hecho. Finalmente, como sabemos, la expresión elegida fue “vida privada”, ya que la palabra “privacidad” no era reconocida por el Diccionario de la Real Academia Española.

En cuanto a lo que ha señalado la doctrina, el profesor Humberto Nogueira da cuenta de la leve diferencia entre ambos conceptos al señalar

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p. 5.

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 6.

que “La vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad. La intimidad es el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana.”, y continua, “El derecho a la privacidad comprende el derecho de la intimidad que tiene un carácter más estricto y dimensión individual que abarca como aspectos básicos la concepción religiosa e ideológica, la vida sexual, el estado de la salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros.”<sup>96</sup>.

A pesar de esta distinción, la mayoría de la doctrina en nuestro país, incluido Nogueira, utiliza ambos conceptos de forma indiferente: Corral identifica el concepto de vida privada, dado anteriormente, con el concepto de intimidad<sup>97</sup>, para José Luis Cea el artículo 19 número 4 busca “asegurar el derecho a la intimidad”<sup>98</sup>, y Eduardo Novoa sostiene que “No se advierte la necesidad de hacer una diferenciación entre lo privado y lo íntimo”<sup>99</sup>, por señalar algunos casos.

---

<sup>96</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Derecho a la Privacidad y a la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Ius et Praxis* (4): p. 68, 1998. [en línea]:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740206>> [Consulta: 14 de abril de 2015]

<sup>97</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial. *Revista de Derecho Univ. Católica del Norte* (8): p. 160, 2001.

<sup>98</sup> CEA, José Luis. El Derecho Constitucional a la Intimidad. *Revista Gaceta Jurídica* (194): p. 27, 1996.

<sup>99</sup> NOVOA MONREAL. Op. cit., p. 26

En cuanto al ordenamiento jurídico, son pocas las leyes que se refieren a la voz “intimidad”, entre ellas: el Código del Trabajo en su artículo 5° que dice “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.”; la ley N° 19.970 que crea el Sistema de Registro de ADN, en su artículo 2° inciso final prescribe “Bajo ningún supuesto el Sistema podrá constituir base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna.”; la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada , en su artículo 2°, letra g), define la noción de datos sensibles, los que corresponden a “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.”.

En todas estas disposiciones parece diferenciarse “vida privada” de “intimidad”, y se considera a esta última como un aspecto de la primera.

#### **1.1.4.- Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas.**

Este derecho está consagrado por la Constitución, en su artículo 19° n°5, donde asegura a todas las personas “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. También hay instrumentos internacionales, ratificados por Chile, que establecen este derecho, como el Pacto de San José de Costa Rica, en cuyo artículo 11° dispone “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. En términos similares, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17° establece “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia,

ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Este conjunto de normas configura el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en nuestro ordenamiento jurídico. Representa un bloque constitucional de derechos fundamentales que representan, como lo establece el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, un límite al ejercicio de la soberanía del Estado<sup>100</sup>.

Sin perjuicio de las normas ya citadas, para esclarecer en qué consiste este derecho, es necesario un concepto. Dentro de la doctrina nacional, Daniel Álvarez define este derecho como “aquella derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada. Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad de la persona humana, siendo por ello necesario su

---

<sup>100</sup>ÁLVAREZ. Op. cit., p. 193.

reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancionen su vulneración”<sup>101</sup>.

### **1.1.5.- Principios de Publicidad y Transparencia.**

Como ya señalamos anteriormente, publicidad y transparencia son dos conceptos que está muy ligados entre sí, por ende, es muy fácil confundirlos. Para saber a qué se refiere cada uno, es necesario acudir a la Ley de Reforma Constitucional N°20.050, en cuya tramitación se indicó que existen diferencias entre la publicidad y la transparencia, así lo señaló el profesor Rolando Pantoja cuando dice “en general, explicó, la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que se le dio en la mencionada Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y de tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de esos actos.

---

<sup>101</sup> ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel y CERDA SILVA, Alberto. Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas: Ley n°19.927 que tipifica los delitos de pornografía infantil. Anuario de Derechos Humanos: p. 139, 2005

Esos serían los distintos niveles en esta materia, añadió”<sup>102</sup>. Igualmente, el profesor Humberto Nogueira también diferencia entre los dos términos cuando sostiene “respecto del principio de transparencia, expresó que él dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática”<sup>103</sup>. Por último, el Senador Hernán Larraín sostuvo que “los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad, y finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información, con las restricciones que establecerá la ley”<sup>104</sup>.

Igualmente, el Tribunal Constitucional, conociendo sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por

---

<sup>102</sup> Historia Fidedigna de la ley N°20.050, Reforma constitucional que introduce diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República, p. 15.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, pp. 18-19.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 20.

TVN, realiza la diferenciación entre ambos principios, citando a los mismos autores del párrafo anterior y agregando: “Que de este modo, como ha señalado un autor, la publicidad *“se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios”*, mientras que la transparencia *“se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas”*. (Hernández E., Domingo, “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, en “La Constitución Reformada de 2005”, Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 33)”<sup>105</sup>.

Finalmente, la ley N°20.050 introdujo un nuevo artículo 8° en la Constitución de la República, en cuyo inciso 2° establece que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que 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

---

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1800, 21 de junio de 2011, Considerando 10°.



la Nación o el interés nacional”. Se ha entendido que en este artículo se consagra expresamente la publicidad de los actos de los órganos del Estado, pero no se define el principio de publicidad.

Nosotros creemos que el principio de publicidad es aquel que consiste en la obligación o deber del Estado en orden a que los actos que dictan sus órganos, los fundamentos en que se basan y los procedimientos que se utilizan para adoptarlos, sean notorios y no secretos, que sean dados a conocer y estén a disposición de las personas.

En cuanto al principio de transparencia, a él se refiere expresamente la LAIP en el artículo 4 inciso 2° y lo describe como aquel que “consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

Como se puede advertir, el principio de transparencia conlleva una actividad del Estado, tanto negativa como positiva, que consiste en abstenerse de realizar cualquier acción que pueda afectar la publicidad de los actos señalados, así como también, prevenir la consecución de dicha

publicidad y poner a disposición de las personas las herramientas necesarias para acceder a la información pública.

Respecto de este tema, cabe señalar el proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública, que se tramita actualmente en el Congreso, donde se abordan estos conceptos. Nos referiremos al proyecto en el último capítulo de este trabajo.

## **2.- Postura del Consejo para la Transparencia sobre los correos electrónicos institucionales.**

El CPLT, a través de su numerosa jurisprudencia ha venido consolidando su visión sobre el tema en cuestión, mostrándose partidario del acceso al conocimiento de los correos electrónicos institucionales de los funcionarios, excluyendo cualquier tipo de información que se vincule a la intimidad o vida privada que éstos pudieran contener.

En las siguientes líneas, se abordará cuáles son los criterios en que se basa dicha institución para acoger el amparo de acceso a este tipo de información; y que adelantando conclusiones guarda una estrecha vinculación con la interpretación del inciso 2° del artículo 5° de la LAIP.

Se expondrán además los fundamentos esgrimidos por el CPLT para rechazar el amparo de acceso a los correos electrónicos. Finalizaremos esta parte, con la visión minoritaria de algunos consejeros, en orden a no considerar pública este tipo de información.

Antes que desarrollemos las materias señaladas en el párrafo anterior, describiremos brevemente el caso que nos motivó a elaborar esta memoria. El caso produjo un gran revuelo público, lo que dio pie a un enriquecedor debate. Creemos que es importante detallarlo pues tiene todos los elementos controversiales de la discusión.

## **2.1.- Decisión Amparo Rol 406-11.**

Como ya hemos dicho en la introducción y en el capítulo dos de éste trabajo, el caso surge a raíz de la solicitud de acceso a la información conforme a la LAIP que hizo Mario Gebauer Brigas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, a través de los Oficios N° 102 y 123, a la Subsecretaría del Interior. La información requerida fue aquella relativa a gastos que en que incurrió la Gobernación Provincial de Melipilla con ocasión del terremoto del 27 de Febrero de 2010, fondos entregados por el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla, rendición de gastos de esta Gobernación al Ministerio del Interior por la reconstrucción, ordenes de devolución que hiciera el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla, en relación a los fondos entregados y transferidos por el Ministerio del Interior, todo esto - como hemos dicho - por concepto del terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010. Respecto de esta información, se solicitó la entrega de oficios, memorándums y, lo que nos interesa, correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla y, desde la Gobernación Provincial de Melipilla al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaria del Interior, además, se pidieron los

correos de las cuentas de correo electrónico de la Gobernadora Provincial y del Subsecretario.

La Subsecretaria dio respuesta a la solicitud de Mario Gebauer Brigas, Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, por medio del Oficio N° D 5917, de 10 de marzo de 2011, donde se le proporcionó una serie de documentos e información como resoluciones exentas, oficios, circulares, rendición de gastos, entre otros. La Subsecretaria negó la entrega de correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio del Interior a la Gobernación de Melipilla, y desde este órgano al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaria del Interior. Se invocó la causal de secreto o reserva del artículo 21° N° 2 de la LAIP, indicando que la entrega de esta información vulneraría la esfera de la vida privada de las autoridades aludidas o funcionario público designado al efecto debido a que esta transgresión significaría una afectación directa a los derechos de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, consagrado en los numerales 4° y 5° del artículo 19° de la Constitución.

Ante esta negativa, Mario Gebauer Brigas, el 30 de marzo de 2011, dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra la de

Subsecretaría del Interior. Entre los argumentos se indica que la información requerida es de interés público y se refiere a comunicaciones entre autoridades públicas sostenidas a través de cuentas de correos institucionales, financiada con fondos públicos, y no a información contenida en correos privados.

El CPLT acordó admitir a tramitación este amparo, trasladándolo mediante Oficio N° 827, de 6 de abril de 2011, al Subsecretario del Interior. El 28 de abril de 2011, la Subsecretaria del Interior (S), evacuó el traslado y solicitó rechazar, en todas sus partes, el amparo. Su solicitud se basó principalmente en:

- El artículo 21° de la LAIP reconoce como causal de secreto o reserva de la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecta los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”, lo que es reiterado por el artículo 7°, N° 2, del Reglamento de la Ley.
- Conforme a lo dispuesto en los artículos 10° y 5° de la misma ley, no se puede estimar que estos correos electrónicos sean públicos.

Finalmente, el CPLT en su decisión amparo rol 406-11 acogió lo solicitado por el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla y, en consecuencia, ordenó la entrega de los correos electrónicos en cuestión. Para adoptar ésta decisión, el CPLT se basó en la mayoría de los criterios que detallaremos en seguida. Los mismos criterios son empleados en casi la totalidad de las decisiones del Consejo relativas a la materia estamos tratando.

## **2.2.- Criterios del Consejo para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

A.- En virtud del artículo 5° inciso 2° de la LAIP es pública toda información elaborada con presupuesto público o que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Este criterio constituye la piedra angular, en la cual ha sostenido su argumentación el Consejo, para permitir la publicidad de los correos

electrónicos institucionales. Es así, que en la mayoría de sus decisiones de amparo, ha recurrido a este criterio para acoger el derecho de acceso a la información.

Atendiendo a la materia y contenido de los correos electrónicos solicitados, estos deben considerarse, en principio, documentos públicos, pues la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a alguna causal legal de secreto o reserva.

Establece que en el caso de los correos electrónicos institucionales constituyen información elaborada con presupuesto público, por lo tanto, al tenor del artículo 5° de la LAIP, es pública.

Los correos electrónicos que solicitan los particulares en general, no son privados pues versan sobre materias vinculadas con el ejercicio de funciones y atribuciones de los órganos de la Administración del Estado.

Así sostiene en una decisión de amparo, que “los correos electrónicos de autoridades o funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional, y en el ejercicio de funciones públicas; esto es, los que no tengan que ver con su vida privada o personal, son



información, en principio pública conforme al citado artículo 5°, inciso 2° de la ley de Transparencia, a menos que concurra alguna de las causales del artículo 21° del mismo cuerpo legal”<sup>106</sup>.

B.- Cuando los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos fueron sustento o complemento directo y esencial para la dictación de un Acto Administrativo.

Respecto de este punto, el CPLT en su decisión de amparo, en la cual se solicitó que se proporcionara copia de los expedientes administrativos, que llevaron a la acreditación de ciertas universidades entre los años 2006 y 2012, incluidas solicitudes, **correos electrónicos**, informes intermedios, constancias, documentos aportados por la partes y toda otra documentación que se adjunte a él; sostuvo que “respecto de los correos electrónicos solicitados, y que formarían parte de los respectivos expedientes administrativos de acreditación ... en tanto se trataría de correos que fueron sustento o complemento directo y esencial para la dictación del acto administrativo que resolvió sobre cada una de las acreditaciones corresponde igualmente su entrega al reclamante, en caso de existir tales

---

<sup>106</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° C-33-12, Considerando 1° . Mismo criterio desarrollado por el Consejo en las decisiones Roles C-406-11; C-83-10.

correos, por tratarse de información pública en conformidad a lo dispuesto en el artículo.5° de la ley de Transparencia”<sup>107</sup>.

C.- Aplicación del artículo 11° letra c) de la LAIP que consagra el principio de apertura o publicidad.

El Consejo ha dicho que “teniendo por origen la misiva de un particular dirigida a un funcionario público, razón por la cual ésta debe en principio, considerarse pública, toda vez que conforme al principio de apertura o transparencia consagrado en la letra c) del art. 11° de la LAIP “la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”<sup>108</sup>.

D.- Aplicación del artículo 11° letra e) que consagra el principio de divisibilidad.

En virtud de tal principio si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que deba denegarse por alguna causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda. Así el Consejo ha señalado “ que con todo, tenerse presente que si los correos

---

<sup>107</sup>Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° C-17-13, Considerando 9°. Mismo criterio desarrollado por el Consejo en las decisiones Roles N°C-864-12; C- 1320-12 y C-1328-12.

<sup>108</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° C-83-10, Considerando 3°.

electrónicos que se requieren exponen algún antecedente acerca de la intimidad o privada de su emisor, su receptor o un tercero, o no se relacionen con el ejercicio de funciones públicas, debe aplicarse el principio de divisibilidad, consagrado en la misma ley de Transparencia, conforme al cual, cuando un documento contiene información que pueda ser conocida e información que deba denegarse en virtud de causa legal, deberá darse acceso a la primera y no a la segunda”<sup>109</sup>.

E.- Por aplicación de la ley N° 19.799, los mensajes enviados a través de los correos electrónicos institucionales son documentos electrónicos que equivalen funcionalmente a los escritos en soporte papel.

Así, cuando un particular requirió a la SEREMI de obras públicas de Aysén que prestara información (mails institucionales, memos, oficios, cartas, etc.) vinculada a la evaluación técnica de la segunda adenda del proyecto hidroeléctrico Hidroaysén, incluyendo informe de profesionales y técnicos evaluadores, el Consejo sostuvo que “como se resolvió en la decisión C-124-11, los mensajes enviados a través de los correos electrónicos institucionales son, al tenor de los artículos 2°, literal d), y 3°

---

<sup>109</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° C-33-12, Considerando 1°. Mismo criterio desarrollado por el Consejo en decisiones Roles N° C-406-11; C-1101-11 y C-1482-11.

inciso 1°, de la ley N°19799, de 2002, documentos electrónicos que equivalen funcionalmente a los escritos en soporte de papel, lo que refuerza el artículo 10° de la ley de Transparencia al extender el derecho de acceso a las informaciones contenidas en cualquier soporte, y el art 3°, literal e) de su reglamento”<sup>110</sup>.

F.-En la práctica los correos electrónicos entre funcionarios públicos, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración.

Sobre este punto el CPLT ha dicho que “los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración, siendo estos últimos, en principio, públicos, a menos que contengan información que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República,

---

<sup>110</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° 109-11, Considerando 3°. Mismo criterio desarrollado por el Consejo en las decisiones Roles N° C-640-10; C-377-11; C-126-11 y C-122-11.

así como en el artículo 21° de la Ley de Transparencia, deba considerarse secreta o reservada”<sup>111</sup>.

### **2.3.- Casos en que el Consejo ha denegado el acceso a los correos electrónicos institucionales.**

Respecto de este punto, debemos destacar que constituyen casos excepcionalísimos dentro de la profusa jurisprudencia del Consejo en que se ha denegado el amparo de acceso a este tipo de información, y que obedecen primordialmente a las hipótesis de secreto o reserva consagradas en el artículo 21° de la LAIP. Otras veces, sin negar lugar a la petición de dicha información, le ha sido imposible alcanzar su entrega por parte del órgano requerido, por el hecho de haber sido borradas de las plataformas tecnológicas de las distintas reparticiones públicas. Finalmente, los propios vicios en la formulación del requerimiento de la información, constituyen las causas en las cuales se ha fundado el Consejo para denegarlas.

---

<sup>111</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° 406-11, Considerando 4°.

En un requerimiento de amparo, en el cual la divulgación de los correos electrónicos afectó los derechos fundamentales de particulares, el CPLT sostiene que “sin embargo, el servicio también divulgó mensajes de correo electrónico que daban cuenta de antecedentes de la intimidad de sus funcionarios –estado de salud–, así como otros datos personales de terceros (tales como su RUT, domicilio, teléfono y su situación ante la TGR). Esta última actuación supone una infracción del deber de resguardo de los datos personales que establecen los artículos 4º, 7º, 10º y 11º de la Ley N° 19.628, sobre protección de los datos personales, particularmente de aquellos datos considerados sensibles, por referirse a la intimidad de las personas”<sup>112</sup>.

En otro caso, en la cual se solicitó una gran cantidad de correos electrónicos, el Consejo sostuvo que “en efecto, se solicitó una cantidad indeterminada de correos electrónicos, intercambiados entre diversos funcionarios y ex funcionarios del órgano reclamado dentro de distintos períodos de tiempo (desde 13 meses y hasta 5 años). Si bien fue posible determinar el universo de correos incluidos e incluso se entregaron a este Consejo, su elevado número dificulta revisar su contenido”, agregando “en

---

<sup>112</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de amparo, Rol N° C-97-12, Considerando 9º.

la especie, la cantidad de correos electrónicos comprendidos en la solicitud de información y su contenido heterogéneo hacen que determinar si serían o no públicos (o qué parte lo sería) constituya una distracción indebida. Basta una revisión preliminar para apreciar que los mensajes dicen relación con las más diversas materias y contienen, en algunos casos, datos personales de emisores y receptores e, incluso, de contribuyentes”<sup>113</sup>.

En otros casos la poca claridad de los correos electrónicos solicitados por el peticionario hace que el Consejo deniegue el derecho de amparo; así ha declarado que “no es posible determinar las características de la información solicitada, en tanto no señala los tipos de documentos o soportes que se refiere, ni la fecha o periodo por el que se extiende el requerimiento, agregando que “el requerimiento no contiene la especificidad suficiente que lo haga completamente inteligible en los términos exigidos por el artículo 12° de la ley de Transparencia”<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Consejo para la Transparencia. Decisiones de Amparo, Roles N° C-217-12; C-218-12 y C-219-12, Considerandos 8° y 9°.

<sup>114</sup> Consejo para la Transparencia. Decisión de Amparo, Rol N° C-16-12, Considerando 9°.

**2.4.- Posición minoritaria de algunos consejeros, en orden a no considerar pública la información contenida en correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos.**

Resulta interesante para la presente investigación, el destacar los votos de disidencia sostenidos por los señores consejeros Jorge Jaraquemada y José Luis Santa María, quienes afirman que los correos electrónicos de los funcionarios públicos se encuentran protegidos por la garantía Constitucional del artículo 19° N° 5°, lo que implicaría el deber de protección de ese espacio de intimidad. Prohibiendo todo tipo de acciones u omisiones que pudieran afectar el núcleo esencial de este derecho o su libre ejercicio, como sería que el órgano requerido, a fin de recabar la información solicitada, revisara las comunicaciones electrónicas de personas y funcionarios; lo que constituiría una invasión de la intimidad únicamente admisible en los casos y formas que prescribe la ley. Continúan exponiendo que “la ley N° 20.285 no tiene la especificidad ni la determinación que exige la Constitución para restringir el derecho que proteger las comunicaciones vía correos electrónicos, pues no determina



los casos ni las formas en las que sería admisible su limitación, en función de resguardar al máximo posible la intimidad y la vida privada”<sup>115</sup>.

### **3.- Postura de los Tribunales Ordinarios sobre la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

#### **3.1.- Posición de las Cortes de Apelaciones sobre el tema en investigación.**

Las Cortes de Apelaciones han conocido sobre el tema en cuestión a través de casos en que la parte afectada, aquella obligada a la entrega de los correos electrónicos solicitados por la parte interesada, interpone, en virtud del artículo 28° de la LAIP, un reclamo de ilegalidad contra la decisión del CLPT que ordena poner a disposición del solicitante dichos correos.

A continuación daremos a conocer los criterios usados por los tribunales de alzada para rechazar o acoger los reclamos de ilegalidad, es

---

<sup>115</sup> Consejo para la Transparencia. Votos de disidencia en Decisión de Amparo, Rol N° C-33-12. Sostenido también en Decisión de Amparo, Rol N° C-406-11.

decir, apoyar la teoría del CPLT en cuanto a la publicidad de los correos electrónicos requeridos, o refutarla considerando que no son información pública o bien que su divulgación conllevaría una vulneración a los derechos establecidos en los numerales 4° y 5° del artículo 19° de la Constitución.

### **3.1.1.- Criterios de las Cortes de Apelaciones para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

A.- En virtud del artículo 5° inciso 2° de la LAIP, se considera pública la información elaborada con presupuesto público o que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones establecidas en la LAIP u otras leyes de quórum calificado.

De acuerdo a la norma señalada, los correos electrónicos enviados o recibidos por funcionarios públicos desde cuentas de correos institucionales, que han sido entregadas para el desempeño de sus

funciones, son información pública ya que están en poder de un órgano de la Administración del Estado. Así lo ha sostenido la Corte de Apelaciones de Santiago al expresar que estos correos electrónicos son “información que está en poder de un órgano de la Administración, en un soporte distinto del papel, pero considerado también por la ley, y que ha circulado electrónicamente entre funcionarios públicos del Servicio de Impuestos Internos, empleando para ello las cuentas de correo institucional para el desempeño de sus funciones públicas” y agrega “de lo anterior, se desprende que es una información que la ley mira como pública, aun cuando ciertamente en estos casos pueda contenerse información de interés personal o privado”<sup>116</sup>.

En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha sostenido respecto de estos correos electrónicos que “en este caso se trata de información que ha sido elaborada con presupuesto público y se ha emitido en ejercicio de una función pública, mediante aparatos

---

<sup>116</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1766-2013, 11 de septiembre de 2013, Considerando 5°.

computacionales de un órgano del Estado, de modo que no tiene un carácter privado”<sup>117</sup>.

B.- Correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos considerados fundamento o fueron sustento o complemento directo y esencial para la dictación un acto administrativo.

Este criterio basado en lo prescrito por los artículos 8° inciso 2° de la Constitución y 5° inciso 1° de la LAIP, fue aplicado por la Corte de Apelaciones de Santiago en un caso que ya citamos en el acápite dedicado a los criterios utilizados por el CLPT para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales. En el mismo, el interesado solicitó a la CNA, copia de los antecedentes administrativos que llevaron a la decisión de acreditación, entre los años 2006 a 2012, de diversas universidades, entre ellas, la universidad UNIACC, debiendo incluirse las solicitudes, correos electrónicos, informes intermedios, actas de visitas de inspección, constancias, documentos aportados por las partes y toda otra documentación anexa en él. La universidad UNIACC se opuso a la entrega de la información requerida, razón por la cual el interesado recurrió de

---

<sup>117</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 2055-2012, 16 de enero de 2012, Considerando 4°.

amparo ante el CLPT. Luego del correspondiente proceso, el Consejo acogió la solicitud del interesado, ordenando la entrega de la información en cuestión. El caso llegó a conocimiento de la Corte de Apelaciones, debido al reclamo de ilegalidad interpuesto por la universidad. El reclamo fue rechazado, por tanto, la CNA debía hacer entrega de la información solicitada, entre la que se encontraba aquella contenida en los correos electrónicos enviados a los funcionarios de la dicha institución. El tribunal señaló que “cabe entonces tener por establecido que la UNIACC, en forma voluntaria, ingresó al sistema público a fin de obtener un pronunciamiento de la autoridad administrativa pertinente, CNA, proporcionando al efecto del pronunciamiento buscado, todos los antecedentes necesarios para la decisión, requeridos por la normativa y la Comisión, erigiéndose por tanto dicho cúmulo de información, en la base, fundamento y sustento de las decisiones emanadas del órgano señalado, en los elementos de juicio que alimentaron sus actos y resoluciones, conformando en tal entendido un todo justificativo de su actuar público administrativo”<sup>118</sup>. Continuando en su razonamiento, el tribunal sostiene que en razón de lo anterior y en virtud de lo prescrito por los artículos 8° inciso 2° de la Constitución y 5° inciso 1° y

---

<sup>118</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1396-2013, 15 de julio de 2013, Considerando 7°.

10 de la LAIP, no cabe duda “que la información entregada por la casa de estudios que reclama, tiene la calidad de pública y por ende se constituye, en principio, en aquella susceptible de ser solicitada por los ciudadanos que la requieran, sin expresión de causa”<sup>119</sup>.

### C.- Aplicación de los principios de transparencia y divisibilidad.

En cuanto al principio de transparencia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha hecho aplicación de lo que prescribe el artículo 11° letra c), al sostener que “hay una presunción de ser pública la información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones establecidas en la ley de transparencia u otras leyes de quórum calificado”<sup>120</sup>. Luego, la presunción de publicidad de la información debe ser desvirtuada por quien alega su privacidad<sup>121</sup>, esto debido a que la regla general es la publicidad<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*, Considerando 9°

<sup>120</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1766-2013, 11 de septiembre de 2013, Considerando 5°.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, Considerando 6°.

<sup>122</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 2055-2012, 16 de enero de 2014, Considerando 4°.

Respecto del principio de divisibilidad, la Corte de Apelaciones ha respaldado su aplicación por parte del CLPT en relación a los contenidos de los correos electrónicos institucionales. El tribunal ha resuelto que ante el desconocimiento del contenido – público o privado – de los correos electrónicos solicitados “ello no impide que el Consejo dispusiera su publicidad o su entrega, en la medida que haciendo uso del principio de divisibilidad (Art.11) ordenó entregar la información con exclusión de cualquier correo que exponga algún antecedente acerca de la intimidad o vida privada, tanto de su emisor, como del receptor o tercero”<sup>123</sup>.

D.- Los correos electrónicos no son privados per se.

En línea con la presunción de publicidad de la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, la Corte de Apelaciones de Santiago ha considerado que para determinar el carácter de información privada o pública de los correos en discusión, debemos atender al contenido y no al continente. En razón de lo anterior, el tribunal ha señalado que “tampoco cabe entender que por el solo hecho de tratarse de correos electrónicos quedarían amparados por la reserva. En verdad ese

---

<sup>123</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1766-2013, 11 de septiembre de 2013, Considerando 6°.

argumento plantea el carácter privado per se de esas comunicaciones, y no el amparo de una reserva en la ley de Transparencia que no sería atinente"<sup>124</sup>. En este mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto que “de ahí que no se pueda sostener que cualquier correo electrónico por el hecho de ser tal tenga una naturaleza de carácter privada, como lo entiende el órgano reclamante, pues ello dependerá del tipo de comunicación que contenga, de su origen y su generación”<sup>125</sup>.

### **3.1.2- Criterios de las Cortes de Apelaciones para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales.**

A.- Los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos deben ser entendidos como comunicaciones privadas, en consecuencia, se encuentran amparados por las garantías fundamentales de los numerales 4° y 5° del artículo 19° de la Constitución Política de la República.

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*, Considerando 7°.

<sup>125</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 2055-2012, 16 de enero de 2012, Considerando 4°.



La Corte de Apelaciones de Santiago, mientras conocía de un reclamo de ilegalidad interpuesto por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, ha seguido este criterio cuando en la sentencia que acoge el reclamo sostiene que “el correo electrónico está englobado en el concepto de comunicación privada. En el caso de los funcionarios públicos, también se aplica la garantía constitucional y sólo una ley –que no se ha dictado- podría establecer una suerte de reducción de la privacidad. De esta manera, la inviolabilidad de la comunicación, cualquiera sea su contenido, es eficaz respecto de terceros, esto es, para distinguir si una comunicación es pública o privada, lo constituye la intención de publicidad o privacidad ya sea que emanen de un servidor público o privado, se refieran al ejercicio de sus funciones o hechos de su vida privada”<sup>126</sup>. La intención de privacidad en los correos institucionales de funcionarios públicos se basa en que existe una legítima expectativa de privacidad de los contenidos de los correos en entredicho. Lo anterior es debido a que no existe un archivo o registro de las comunicaciones electrónicas de los funcionarios del

---

<sup>126</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5077-2012, 12 de junio de 2013, Considerando 6°.

órgano de la Administración del Estado, tampoco hay una obligación de archivar o entregar los correos<sup>127</sup>.

En igual sentido, el mismo tribunal en conocimiento de un reclamo de ilegalidad interpuesto por el Ministerio de de Desarrollo Social, ha sostenido que “los correos referidos pueden ser entendidos como una especie dentro de las denominadas comunicaciones privadas a las que alude el artículo 19 N° 5 de la Constitución tal como lo ha entendido la doctrina (Cea, José Luis; Derecho constitucional chileno, tomo 2, 2a edición, Santiago, 2012, p. 217) y el Tribunal Constitucional (entre otras en sentencias STC 1894/2011 y en STC 2153/2011) encontrándose cubiertos por esa garantía fundamental.

Todo ello entonces con independencia de quien y dónde lo realiza, esto es sea que emane de un particular o de un funcionario público o en el correo de su domicilio particular o en el de la repartición dónde trabaja”<sup>128</sup>.

B.- Los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos no son información pública conforme a los artículos 8° de la Constitución y 5° de la LAIP.

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, Considerando 5°.

<sup>128</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1086-2013, 11 de octubre de 2013, Considerando 10°.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones de Santiago ha resuelto que estos correos no deben ser considerados actos administrativos per se, y en consecuencia, públicos. Esto debido a que, por un lado, no son realizados con intención de que sean públicos, y por otro lado, los correos referidos deben ser considerados como comunicaciones privadas<sup>129</sup>.

En segundo lugar, el ya citado tribunal ha determinado que estos correos electrónicos no deben ser considerados como documentos que sirvan de sustento a un acto o resolución administrativa ya que no constan en algún expediente administrativo, en consecuencia, no pueden ser información pública<sup>130</sup>.

Por último, respecto a la información elaborada con presupuesto público, las sentencias analizadas no se extienden más allá de señalar que “lo que determina el carácter público o privado de un acto no es que sea financiado por el presupuesto público sino la intención con que se realiza”<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> *Ibíd.*

<sup>130</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5077-2012, 12 de junio 2013, Considerando 5°. En el mismo sentido, Rol N° 2496-2012, Considerando 11°.

<sup>131</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1086-2013, 11 de octubre de 2013, Considerando 10°.

C.- Los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos vienen a reemplazar las llamadas telefónicas o comunicaciones informales.

Así como las llamadas telefónicas, la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que los correos electrónicos pueden contener opiniones o juicios de valor confidenciales por razones institucionales o de la naturaleza del cargo, por lo tanto, se encontrarían protegidos por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Igualmente, es importante destacar que de ser considerados como tal, se encontrarían amparados por el privilegio deliberativo que la propia LAIP reconoce como causal de reserva en su artículo 21 número 1 letra b<sup>132</sup>.

D.- Aplicación del principio de proporcionalidad.

Como dice el profesor Humberto Nogueira, este principio constituye una técnica que es utilizada en los casos de intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales, con el fin de evitar abusos o arbitrariedades del poder estatal. Igualmente, es empleado como un principio de interpretación por el juez para resolver problemas de compatibilidad o conformidad en la concretización de las normas

---

<sup>132</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 5077-2012, 12 de junio de 2013, Considerando 5°. En el mismo sentido, Rol N° 2496-2012, Considerando 11°.

constitucionales en relación con las normas legales y administrativas. Se compone por tres subprincipios: el de adecuación o idoneidad de los medios; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto<sup>133</sup>.

En otras palabras, el principio de proporcionalidad “cumple una función argumentativa en la interpretación de los principios fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen. El examen de los subprincipios de la proporcionalidad es el método lógico por el cual se construye una interpretación de las disposiciones constitucionales y legales relevantes al caso, formulando en último término una norma de precedencia a favor de alguno de ellos, en no pocas ocasiones por la “reformulación” de aquéllas en términos más precisos que consideren los elementos concretos del problema”<sup>134</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago, aplicando esta técnica, en los casos que ha decidido acoger los reclamos de ilegalidad que han sido sometidos a su conocimiento, ha resuelto que la solicitud de acceso a los

---

<sup>133</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Uso de del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales (1): p. 120, 2011.

<sup>134</sup> SANCHEZ GIL, Rubén. El principio de proporcionalidad. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. pp 20-12. [en línea]<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/7.pdf>>[consulta: 11 de Abril de 2015].

correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos no es aceptable en razón de los subprincipios de necesidad y proporcionalidad. En cuanto al primero, el tribunal ha sostenido que existen otras formas menos lesivas de derechos fundamentales, para acceder a la información que se busca. Respecto de la proporcionalidad, ha dicho que “el acceso a la información pública no es un fin en sí mismo, sino un medio para consolidar la transparencia de los actos de la Administración del Estado, lo que no se encuentra escarbando en las comunicaciones privadas de sus funcionarios, aun cuando estén contenidas en casillas de correos de quienes ejercen la función pública”<sup>135</sup>.

En el análisis efectuado por la Corte de Apelaciones, se concluye que los efectos negativos que produciría la difusión de los correos electrónicos solicitados son mayores que sus beneficios.

### **3.2.- Postura de la Corte Suprema sobre la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

---

<sup>135</sup> Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2496-2012, 23 de julio de 2013, Considerando 10°.

Son pocas las ocasiones en que la Corte Suprema (la tercera sala) se ha referido a la discusión objeto de este trabajo. Ha participado del debate gracias a los recursos de queja sometidos a su conocimiento. Hemos estudiado las resoluciones –específicamente 4–, de las cuales extraeremos los principales criterios utilizados para negar o apoyar la publicidad de los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos.

### **3.2.1.- Criterios de la Corte Suprema para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

En este apartado no desglosaremos los criterios utilizados por el máximo tribunal para apoyar la publicidad de los correos electrónicos institucionales, esto debido a que en sólo uno de los recursos de queja se apoya esta teoría y en otros dos se hace presente en los votos de minoría y de forma muy sucinta. Por lo tanto, solo daremos a conocer lo más destacado de las resoluciones.

La sentencia que acoge el recurso de queja Rol N°4060-2013, ordena la entrega de las copias de los correos electrónicos institucionales enviados

o recibidos por los funcionarios públicos respectivos, tal como lo había declarado el CLPT en su decisión de amparo, la cual había sido dejado sin efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago.

El señalado caso es el único donde se apoya la posición del CPLT, y el fundamento para hacerlo se encuentra en el considerando 8°, en el cual se sostiene que los correos electrónicos requeridos son información pública debido a que la propia Administración reconoce, en la resolución que deniega la solicitud de acceso a los correos, que ellos contienen información que servirá de base o como fundamento para la dictación de un acto administrativo. Luego, si dichos correos llegaran a tener información anexa a la solicitada, que se refiera a la intimidad o vida privada de los funcionarios que la emiten o reciben, no deberá ser divulgada, aplicando el principio de divisibilidad<sup>136</sup>.

Del fundamento descrito podemos reconocer criterios que ya hemos expuesto en anteriores apartados de nuestro trabajo. Lo primero que podemos notar es que la Corte Suprema, en esta sentencia, adhiere a la postura que considera que los correos electrónicos no son privados per se.

---

<sup>136</sup> Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 4060-2013, 6 de noviembre de 2014, Considerando 8°.



En consecuencia, para determinar el carácter privado o público de los correos electrónicos, es necesario remitirse al contenido de los mismos.

En el mismo sentido, el Ministro Pedro Pierry, en el voto de minoría del recurso de queja Rol 7484-2013, sigue la misma posición al expresar que “el Servicio de Impuestos Internos ha reconocido de modo explícito que ignora el contenido de los correos electrónicos de que se trata, de lo que se sigue que no ha podido invocar fundadamente las causales del artículo 21 de la Ley de Transparencia y del artículo 35 del Código Tributario, desde que el desconocimiento de la información que ellos comprenden le impide sostener de manera razonable que su divulgación afectará el debido cumplimiento de sus funciones, o la vida privada o derechos de carácter comercial o económico de las personas o siquiera que incidan en alguno de los datos señalados en el inciso segundo del artículo citado en último lugar”<sup>137</sup>.

Por otro lado, la Corte Suprema apoya la aplicación del principio de divisibilidad por parte del CPLT. De esta manera, se evita la divulgación de información relativa a la vida privada de los funcionarios públicos o de

---

<sup>137</sup> Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 7484–2013, 15 de enero de 2014, voto de minoría Pedro Pierry, Considerando 3°.

aquellos que les enviaron correos electrónicos a sus casillas institucionales, por lo tanto, no se infringe el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas<sup>138</sup>.

Por otra parte, el Ministro Sergio Muñoz también ha expresado su posición en votos de minoría. En uno de ellos, el Ministro ha sentenciado que si bien es posible una interpretación que considere a los correos electrónicos, enviados o recibidos por funcionarios públicos desde cuenta institucionales, como una forma de comunicación privada, entendida de manera formal y no substancialmente, y por lo tanto, se encuentren amparados por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, ella no es deseable pues produciría un efecto dañino a la democracia en cuanto importarían “una restricción a la declaración fundamental contenida en el artículo 4° de la Constitución Política de ser Chile una república democrática, cuyo principio fundamental es la responsabilidad de todas sus autoridades ante la ciudadanía, puesto que de esta manera la autoridad estará al margen del escrutinio público, puesto que la ciudadanía y demás autoridades no tendrá derecho al acceso a la información pública relevante, estando impedida de conocer los actos y resoluciones de los órganos del

---

<sup>138</sup> Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 4060-2013, 6 de noviembre de 2014, Considerando 8°.

Estado, así como sus fundamentos y procedimientos cuando ellos estén contenidos en correos electrónicos”<sup>139</sup>.

### **3.2.2.- Criterios de la Corte Suprema para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales.**

A.- Los correos electrónicos solicitados no pueden ser definidos como actos o resoluciones de los órganos del Estado. De igual manera, no pueden ser entendidos como fundamentos de estos, ni como los procedimientos utilizados para su dictación.

El máximo tribunal ha sostenido que en razón de la naturaleza de los correos electrónicos en cuestión, no pueden ser considerados como actos o resoluciones de los órganos del Estado ya que “su misma sustancia se opone a tal caracterización, de lo que dan cuenta, por ejemplo, la calificación de formal o informal de unos y otros, o la fuente de la que emanan, esto es, simples funcionarios públicos o autoridades con facultad para tomar decisiones que se enmarcan dentro del ámbito propio de

---

<sup>139</sup> Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 9563-2012, 22 de mayo de 2013, voto de minoría Sergio Muñoz, Considerando 7°.

actividad del organismo estatal respectivo, etc.”<sup>140</sup>. Tampoco pueden ser los fundamentos de los actos y resoluciones o los procedimientos que se utilizaron para su dictación, esto debido a que “los primeros deben formar parte del mismo acto o resolución que sustentan o, en su defecto, han de constar en el proceso administrativo respectivo, el que cuenta con su propio soporte, sea en papel o virtual, pero en ningún caso se habrá de radicar en un correo electrónico. En cuanto al procedimiento utilizado, valga lo dicho respecto del proceso administrativo, que es su sede por naturaleza”<sup>141</sup>.

De esta manera, no pueden ser información pública ya que no caben dentro de alguna de las categorías que señala el artículo 8° de la Constitución.

B.- Los correos electrónicos requeridos son comunicaciones y documentos privados.

El carácter señalado deriva de las siguientes características: i) Son mensajes intercambiados entre individuos determinados; ii) Los mensajes

---

<sup>140</sup> Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 7484–2013, 15 de enero de 2014, Considerando 10°.

<sup>141</sup> *Ibíd.*

son dirigidos a cuentas de correo específicas a las que sólo pueden acceder sus titulares<sup>142</sup>.

En consecuencia, se encuentran amparados por la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N°5.

C.- La calidad de funcionario público no altera la protección que la Constitución otorga a sus comunicaciones privadas.

Los derechos fundamentales son plenamente aplicables a los funcionarios del Estado como a la población en general, sin distinción. Por lo tanto, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones ampara el contenido de sus comunicaciones privadas<sup>143</sup>.

Con tan pocos casos conocidos por la Corte Suprema, es difícil identificar una postura mayoritaria o hablar de contradicción en sus decisiones. Lo que ha hecho este tribunal, es pronunciarse sobre casos determinados y concretos. Ahora, lo resuelto en algunos casos ha llamado la atención, ya que se ha instalado una idea entorno a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en cuanto a los efectos de las declaraciones de inaplicabilidad que ha dictado, que pareciera otorgarles un efecto absoluto

---

<sup>142</sup> *Ibíd.* Considerando 11°.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, Considerando 12°.

en vez del correspondiente efecto relativo, esto es, lo resuelto por el Tribunal Constitucional se refiere ciertos correos electrónicos de funcionarios públicos, no a todos ellos.

#### **4.- Postura del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

##### **4.1.- Los correos electrónicos de los funcionarios públicos constituyen información privada protegidos por la Constitución.**

El Tribunal Constitucional en sentencias roles N° 2153-12; N° 2246-13 y N° 2379-13 ha plasmado su visión sobre el tema en debate, declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2° del artículo 5° de la LAIP, estableciendo que los correos electrónicos institucionales no constituyen información pública. Para comprender la forma en que el Tribunal Constitucional llegó a tal conclusión, es necesario señalar los elementos interpretativos en los cuales se basó principalmente para resolver los requerimientos:

A.- Los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales.

Así el Tribunal Constitucional razona que el régimen estatutario de los funcionarios se limita a regular la actividad funcional y no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona.

La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19° comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de derechos fundamentales que ella asegura<sup>144</sup>.

Reconociendo que las limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, se refieren únicamente a derechos muy específicos, que requieran una expresa consagración normativa.

B.- Que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto.

---

<sup>144</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 12°.

En este punto el Tribunal Constitucional, plantea que la finalidad del mandato de publicidad es “garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y a dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad<sup>145</sup> .

Teniendo en consideración aquello, y al tenor del artículo 8° de la Constitución, sólo serían públicos determinados aspectos de la actuación administrativa. Así, ha manifestado “que el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o que tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información”<sup>146</sup> .

C.- Que los correos electrónicos no son necesaria e inequívocamente actos administrativos.

El tercer criterio interpretativo que utiliza la magistratura constitucional es que “para que estemos en presencia de un acto administrativo producido

---

<sup>145</sup> *Ibíd.*, Considerando 15°.

<sup>146</sup> *Ibíd.*



por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia una firma electrónica. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley N° 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico”<sup>147</sup>.

D.- La Constitución Política debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.

Es así que el tribunal constitucional, concluye que para resolver los requerimientos de inaplicabilidad, es necesario realizar un proceso hermenéutico para interpretar los preceptos constitucionales, en el contexto de una sociedad cada vez más tecnológica, lo cual “ implica incorporar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales y considerar que nuestra constitución recoge no sólo la libertad de prensa común y corriente, sino

---

<sup>147</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2379, 29 de enero del año 2014, Considerando 26°. Mismo criterio interpretativo sostenido en STC Roles 2153-2012, 2246-2013.

también la libertad de prensa electrónica, la libertad de reunión electrónica, la inviolabilidad de la comunicaciones electrónicas”<sup>148</sup>.

#### **4.1.1- Criterios del Tribunal Constitucional para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales.**

A.- Los correos electrónicos son comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19° N° 5 de la Constitución, por lo cual el inciso segundo, del artículo 5° de la LAIP vulneraría dicho precepto.

Entre las razones que expone el Tribunal Constitucional, para concluir aquello se encuentran:

1.- Que los correos electrónicos quedan enmarcados dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19° N° 5 de la Constitución. Así razona que “estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y receptores acotados. Por lo mismo, hay una expectativa

---

<sup>148</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 28°.

razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros”<sup>149</sup>.

Agregando que “no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos pues estos no están exentos de protección. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado”<sup>150</sup>.

1.2.- No hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejar al margen de esta garantía a los correos electrónicos de funcionarios públicos.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que “si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19° N° 5, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones”. Agregando que “sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la

---

<sup>149</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 42°. Mismo razonamiento sostenido en Considerando 30°. STC Rol N° 2379-13 y STC 2246-2013.

<sup>150</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 43°. Mismo razonamiento sostenido en Considerando 31°. STC Rol N° 2379-2013 y STC 2246-2013.

seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común”<sup>151</sup>.

1.3.- Nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

Es así que sostiene que “nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse”. Agregando que “el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distinto propósito... bienes destinados al ejercicio de la función pública”<sup>152</sup>.

2.- Una segunda razón por la cual el Tribunal Constitucional sostiene que el inciso segundo, del artículo 5° de la LAIP vulneraria, en su aplicación, el artículo 19° N° 5 de la Constitución, es que la LAIP no se

---

<sup>151</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 43° párrafo tercero. Mismo razonamiento sostenido en Considerando 31°. STC Rol N° 2379-2013 y STC 2246-2013.

<sup>152</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 43° párrafos tercero y cuarto. Mismo razonamiento sostenido en Considerando 31°. STC Rol N° 2379-2013 y STC 2246-2013.

ajusta a los estándares que la Constitución establece para acceder a las comunicaciones privadas.

En este punto, el Tribunal Constitucional discrepa con la visión del CPLT, en orden a considerar que la LAIP constituiría uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellos.

Entre las razones que afirma esta magistratura esta que:

2.1.- Que nada haría suponer que la intención del legislador con la dictación la LAIP fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. Así sostiene que “el procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige “casos y formas determinados”. También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011)”<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 46°. Mismo razonamiento sostenido en Considerando 33°. STC Rol N° 2379-2013 y STC 2246-2013.

2.2.- “No tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N° 20.285. Si se autorizara el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento”<sup>154</sup>.

2.3.- En tercer lugar argumenta el Tribunal Constitucional, que nuestro legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19° N° 5 de la Constitución. Por lo cual sostienen que invocar el artículo 8° de la Constitución, no constituye argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°.

---

<sup>154</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 46° párrafo cuarto. Mismo razonamiento sostenido en Considerando 33° párrafo segundo. STC Rol N° 2379-2013 y STC 2246-2013.

3.- Una tercera razón que emplea el Tribunal Constitucional para señalarmos que el inciso 2° del artículo 5° de la LAIP, vulneraría, en su aplicación, el artículo 19° N°5, estaría dado porque los actos que enumera el artículo 8° de la Constitución no son de aquellos que se transmiten por canales cerrados, sino de aquellos que se publican, notifican y que se encuentran incorporados a un expediente administrativo.

4.- Por último se argumenta que no existe subordinación del artículo 19° N°5 al 8° de la Constitución.

4.1.- Entre los motivos que arguye esta magistratura, están, en que no por el hecho de encontrarse consagrado el artículo 8° de la Constitución en su capítulo I , va a tener supremacía por sobre todas las demás disposiciones de la carta fundamental.

4.2 Porque el bien común exige “el pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, entre los cuales se encuentra el artículo 19° N° 5.

4.3 Plantea además que cuando nuestra Constitución ha querido plantear una subordinación lo ha señalado expresamente. Por ejemplo en la función social del derecho de dominio.

4.4 Finalmente porque la publicidad que consagra el artículo 8° de la Constitución, se encuentra limitada por la causales de secreto o reserva calificadas por el legislador.

B.- Dichas comunicaciones estaban protegidas por el privilegio deliberativo.

El privilegio deliberativo entendido como “aquella potestad de la autoridad pública para resolver un asunto, eximiéndose temporalmente de su deber de publicidad respecto del acto y sus fundamentos, con el objeto de propiciar la libre búsqueda de una solución de política pública”<sup>155</sup>, constituye uno de los argumentos sostenidos por Tribunal Constitucional, para declarar el carácter reservado del correo institucional, ya que, manifiestan que su entrega, afecta el privilegio deliberativo de la autoridad, obligándolo a una divulgación prematura de información.

Agregan que el privilegio deliberativo constituye uno de los casos que hacen excepción a la publicidad de la información, expresamente

---

<sup>155</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 2246, 31 de enero de 2013 Voto de Minoría, Considerando 26°.



reconocido por la misma LAIP en su artículo 21° N° 1 letra B, anteriormente citado en esta memoria<sup>156</sup>.

C.- El inciso segundo, del artículo 5° de la LAIP, excede lo establecido en el artículo 8° de la Constitución.

Este último criterio, que emplea el Tribunal Constitucional para sostener el carácter reservado de la información contenida en correos electrónicos institucionales, se basa en que la LAIP al incorporar el concepto de “información”; sea aquella elaborada con presupuesto público o que obre en poder de los órganos de la Administración, viene a extender la información a la cual se tendría acceso, apartándose completamente de si dicha información es o no un acto, resolución, fundamento, o algún documento que forme parte de un procedimiento.

Así sostiene que dicha interpretación del CPLT resulta contraria a lo buscado por el legislador al dictar la LAIP. Agregando “ que si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o éste en poder de la Administración no hubiera utilizado las expresiones “actos”,

---

<sup>156</sup> Ver en el acápite de causales de secreto o reserva del Capítulo II, p. 92.

“resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público”<sup>157</sup>.

#### **4.2.- Voto de minoría.**

En la STC rol 2153-12, se pronunció un voto de minoría por parte de los Ministros Fernández, García y Viera-Gallo; al cual solo nos referiremos en lo atinente al derecho a la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones.

Este voto plantea “que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en el artículo 19 N° 5° de la Constitución, es una manifestación especial del derecho al respeto de la vida privada y de la libre comunicación. Por tanto, su contenido constitucionalmente queda comprendido en el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N°

---

<sup>157</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Considerando 63°. Mismo razonamiento en STC Roles 2379-2013 y 2246-2013.

4º, que es la regla general y residual, a la vez, de la protección de la privacidad”<sup>158</sup>.

El voto afirma que existiría una eventual colisión entre el derecho a la privacidad y el acceso a la información pública; para el cual debe procederse a un juicio de razonabilidad.

Más adelante, los señores ministros esbozan, que debe aplicarse un juicio de proporcionalidad respecto del acceso a la información contenida en correos electrónicos, concluyendo que la petición del Alcalde de Melipilla satisface el juicio de idoneidad (porque para conseguir el fin, es una vía idónea el acceso a los correos); el juicio de necesidad (pues el acceso a la información pública es la forma fijada por la ley de obtener la información) y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (porque la petición es precisa y delimitada y la información es divisible)<sup>159</sup>.

Señala que lo relevante para determinar la publicidad o reserva de la información, es atender a su contenido y no al soporte, medio material o formato de ésta. Por ello, no toda información de un correo personal es

---

<sup>158</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Voto de Minoría, Considerando 11º.

<sup>159</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de septiembre del año 2012, Voto de minoría, Considerandos 31º, 32º y 33º.

reservada, como tampoco toda información de una entidad pública es pública<sup>160</sup>. En este mismo sentido resulta interesante destacar a su vez, el voto de minoría, sostenidos por los Ministros García y Hernández en sentencia rol 2246-13; en la cual a partir de una interpretación dogmática del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, concluyen que dicha garantía tiene como finalidad proteger el proceso de comunicación mientras éste se realice, por lo cual, una vez concluida la comunicación, y quedando respaldada en un registro público como lo es el correo electrónico, entrarían a pugnar otras garantías y derechos fundamentales en la situación jurídica creada.

Así sostienen que “antes de terminada la acción de comunicación virtual por e-mail se protegía todo el espacio intangible del correo electrónico. Por tanto, se protegía plenamente el continente del medio por su riesgo y vulnerabilidad. Sin embargo, terminada la acción de comunicar, el estatuto constitucional de sus resultados pasa a depender de su contenido”<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2153, 11 de Septiembre del año 2012, Voto de minoría, Considerandos 35° y 36°.

<sup>161</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 2246, 31 de enero del año 2013, Voto de Minoría, Considerando 31°.

Como podemos observar el tema es complejo, dada la calidad de los argumentos sostenidos por los señores ministros, que incluso admiten matices entre los argumentos para acoger los requerimientos de inaplicabilidad del inciso 2 del art 5° de la LAIP. Así algunos lo acogen pero con prevención, concurriendo a la resolución sólo por estimar que dicho artículo excede el artículo 8° de la Constitución, y no por considerar que dichas comunicaciones se encuentran protegidas por el artículo 19° N° 5° de la carta fundamental. Así ocurre con las prevenciones de los Ministros Francisco Fernández (que en sentencia anterior rechazó el recurso de inaplicabilidad sobre estas materias) y Juan José Romero en las sentencias roles 2246-13 y 2379-14, respectivamente.

## **5.- Posiciones de la doctrina respecto de la publicidad de los correos electrónicos institucionales.**

### **5.1.- Improcedencia del acceso a la información pública en el caso de los correos electrónicos institucionales.**

Luis Cordero, en su informe en derecho “Sobre la improcedencia del acceso a la información pública en el caso de correos electrónicos”, manifiesta su opinión en el sentido de sostener que los correos electrónicos entre autoridades no se encuentran dentro de las hipótesis de acceso a la información pública, estructurando su argumentación en tres pilares fundamentales; a saber:

- a) Porque los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos no constituyen información pública, en conformidad a la LAIP, teniendo en consideración los fines o propósitos que se propuso alcanzar el legislador con su dictación.
- b) Porque los correos electrónicos entre autoridades públicas, no asociados a actos administrativos, constituyen comunicaciones que se encuentran cubiertas por el privilegio deliberativo consagrado en la LAIP.
- c) Porque los correos electrónicos enviados al margen de un procedimiento administrativo, con un destinatario en específico, constituye un caso de comunicación privada protegido por la Constitución Política en los arts. 19° N 4 y 5.

El profesor Cordero plantea, que tratándose de los correos electrónicos entre funcionarios públicos enviados y recibidos por o a través sus casillas electrónicas institucionales, no constituirían información pública en los términos consagrados en los artículos 8° de la Constitución y 5° de la LAIP, por no ser expresiones formales de la actividad administrativa, en las hipótesis que ella establece. En virtud de ambas disposiciones, sólo constituirán información pública las “i) decisiones adoptadas en ejercicio de funciones públicas ii) actos o resoluciones de la administración iii) procedimientos utilizados para su dictación iv) sus fundamentos v) documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial. La Ley “Sobre Acceso a la Información Pública” determina, en consecuencia que los instrumentos públicos serán aquellos que produzcan efectos jurídicos, junto con sus procedimientos y fundamentos”<sup>162</sup>.

Continúa el autor exponiendo, que el artículo 5° inciso 2 de la LAIP sería una norma que aparentemente ampliaría el objeto de información pública, constituyendo la hipótesis principal, en la cual se ha apoyado el CPLT para justificar el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos. Sin embargo, ésta disposición debe interpretarse en armonía con

---

<sup>162</sup> CORDERO VEGA. Op. cit., p. 11.

otras disposiciones de la LAIP (en específico con los artículos 3°,4° y 5° inciso primero), en la cual se viene a incorporar “aquella información de carácter oficial que, estando en manos de la Administración, por sus características y contenido, no será parte de un procedimiento administrativo ni derivará en acto con efecto jurídico alguno”<sup>163</sup>.

Añadiendo, que en ausencia del art. 5° inciso 2, “el ejercicio de funciones de fiscalización, la formulación de bases de datos, estadísticas y otras actividades regulares de la Administración que no deriven necesariamente en actos administrativos, quedarían excluidas de las normas de acceso a la información pública, sin que exista justificación para ello”<sup>164</sup>.

Siguiendo su línea argumental, existiría una segunda razón para denegar el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, es que en tanto, dichos mails formen parte de un proceso de discusión para la adopción de una decisión, o propio de un intercambio de ideas en el arte del gobernar, se encontrarían resguardadas por el “privilegio deliberativo”.

En virtud de este privilegio deliberativo, que salvaguarda el proceso de discusión previo a la adopción de una decisión, la misma LAIP autoriza

---

<sup>163</sup> *Ibíd.*, p 18.

<sup>164</sup> *Ibíd.*



el denegar la información, cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política<sup>165</sup>.

Pero dicho privilegio deliberativo no puede conceptualizarse en términos amplios y absolutos, teniendo como límites la obligación constitucional de publicitar los fundamentos de los actos y resoluciones.

De esta manera, la LAIP distingue entre los fundamentos o motivaciones particulares, de las decisiones y las comunicaciones propias del privilegio deliberativo.

De este modo, los correos electrónicos entre los funcionarios públicos quedan resguardados por el privilegio deliberativo, permitiendo una abierta y honesta discusión entre las autoridades públicas destinadas a la toma de una decisión evitando su divulgación prematura. Lo que no significa de modo absoluto, que una vez que se ha tomado la decisión se podrá acceder a sus fundamentos y motivaciones, en la medida que formen parte integrante del expediente administrativo.

---

<sup>165</sup> Art. 21 de la ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública: Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes...b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicas una vez que sean adoptadas.

Por lo cual, la única forma en que se podrá tener acceso al correo electrónico institucional de un funcionario público en el marco de un requerimiento de información, es cuando dicha comunicación se inserta en un expediente administrativo. Pues solo en éste caso, viene a formar parte como elemento para la adopción de la decisión final.

Por tanto afirma que “lo que no forme parte de él (expediente administrativo), no puede ser invocado por la Administración en su decisión final. Por tal motivo, los correos electrónicos solo pueden ser objeto de información pública, precisamente cuando sirven de base a una decisión y deban estar incorporados en el expediente administrativo”<sup>166</sup>.

Por último, como argumento que cierra el debate, y que constituye el principal argumento que la doctrina especializada y la autoridad requerida de información arguye, para denegar el acceso a los correos electrónicos, dice relación con la protección constitucional que otorga el legislador a la inviolabilidad de la correspondencia.

El correo electrónico sería una comunicación privada, ergo, se encontraría protegido por el artículo 19° N° 5 de la Constitución. Respecto

---

<sup>166</sup> CORDERO VEGA. Op. cit., p.28.

de este derecho, los instrumentos internacionales <sup>167</sup> se refieren a “correspondencia”, esto comúnmente es relacionado con la correspondencia epistolar, cartas escritas en papel. Esta situación no debe llevar a una interpretación restrictiva de este derecho pues la idea central de la correspondencia es la comunicación. En razón de esto, Álvarez sostiene que “la protección que le brindan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a la correspondencia es una especificidad dentro de la protección otorgada a la vida privada de toda persona, lo cual, conforme a la interpretación extensiva que debe hacerse de los derechos y libertades fundamentales, nos permite sostener que la protección se refiere a la comunicación en sí misma, no importando el medio por el cual se realicen”<sup>168</sup>.

Nuestra Constitución no presentaría la misma situación de los tratados mencionados, esto debido a que muestra una suerte de “neutralidad tecnológica”. Ello sería consecuencia de la preocupación que se le dio a la comunicación en sí misma, independiente del medio por el cual se realiza.

---

<sup>167</sup> Nos remitimos a los señalados en el marco conceptual, específicamente, en lo referido a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

<sup>168</sup> ÁLVAREZ. Op. cit., p. 194.

Para sostener la idea anterior, se recurre a las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), en cuya discusión se señaló que “la idea es la comunicación privada: puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen”<sup>169</sup>. También se indicó que “la redacción del texto tiende a cubrir toda forma de correspondencia, o sea, toda forma de comunicación espiritual y material entre dos individuos proyectado el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata”<sup>170</sup>.

El tipo de comunicación amparada por este derecho es aquella que tiene el carácter de privada. Nuevamente se acude a las actas de la CENC para dilucidar a qué se refiere la Constitución respecto de las comunicaciones privadas. Por comunicación privada, Silva Bascuñan entiende “Aquel tipo de comunicación en que el remitente escoge singularizadamente la persona que la recibe”<sup>171</sup>. A esta definición, Guzmán agrega “con el evidente propósito de que sólo él la reciba”<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> Actas de la CENC. Op. cit., p. 10.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p.11.

<sup>172</sup> *Ibíd.*

Álvarez define a la comunicación privada como aquella “comunicación verbal, escrita, o por medio de señas, que tiene un carácter personal, que no es pública, en la que se proyecta la intimidad de una persona hacia otro (que puede ser una o varias personas) que ha sido escogido de manera singular por el emisor y donde no importa la forma o medio por el cual se materialice la comunicación”<sup>173</sup>. El mismo autor establece los elementos necesarios para que una comunicación sea objeto de protección del bloque constitucional compuesto por el artículo 19° N° 5 de la Constitución y las normas de los tratados internacionales ya señalados, estos son: i) sea una acción comunicativa entre personas, y, ii) sea un acto no público, entre personas determinadas o determinables<sup>174</sup>.

Como consecuencia de lo señalado anteriormente, esta parte de la doctrina sostiene que la LAIP no contiene requisitos específicos o un procedimiento establecido, en virtud del cual se puedan intervenir las comunicaciones privadas. Ello porque “el legislador jamás se representó la utilización de esta normativa como medio para acceder a las

---

<sup>173</sup> ÁLVAREZ. Op. cit., p. 195.

<sup>174</sup> ÁLVAREZ y CERDA. Op. cit., p. 141.

comunicaciones privadas de los funcionarios y autoridades administrativas, como da cuenta la historia de la LAIP”<sup>175</sup>.

Este argumento también es esgrimido por el profesor Salvador Mohor, quien argumenta que “los correos electrónicos institucionales no forman parte del proceso formal de generación de una decisión pública, pues conceptualmente no son actos o resoluciones de autoridad, tampoco constituyen sus fundamentos, no son ordinariamente parte de su procedimiento de elaboración”<sup>176</sup>.

Agregando que “por su propia naturaleza jurídica al ser canales cerrados de comunicación los transforma en comunicaciones privadas, y consecuentemente se encuentran amparados por el secreto o reserva que fluye del artículo 19° N° 5° de la Constitución, el cual asegura a todas las personas la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, independientemente de la calidad de sus emisores y receptores, de su contenido o financiamiento”<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> CORDERO VEGA. Op cit., p. 36.

<sup>176</sup> MOHOR ABUAUAD, Salvador. Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, artículo 5° inciso 2°, ley N° 20.285 Sobre Acceso a la información pública (rechazada).Revista de Derecho Público. Vol. 78: p.228, 2013.

<sup>177</sup> *Ibíd.*, p. 228.

## **5.2.- Doctrina sobre la procedencia del acceso a la información pública en el caso de los correos electrónicos institucionales.**

Esta visión doctrinaria, se ha construido en base a los dictámenes del CPLT, relativos a la naturaleza pública de la información contenida en correos electrónicos de funcionarios públicos, y por los argumentos de disidencia sostenidos en el Tribunal Constitucional, relativos a la inaplicabilidad del artículo 5° inciso 2 de la LAIP. A los cuales nos remitimos en gran medida.

Así el profesor José Antonio Viera-Gallo, afirma la existencia de un derecho a la información pública en el artículo 8° de la Constitución, “descartando en la especie esté en juego la garantía del artículo 19 N° 5° de la Constitución Política, remitiéndose al método de la ponderación para resolver una posible antinomia entre tal derecho y la protección de la vida privada”<sup>178</sup>.

Reafirma la validez del sistema contemplado en la LAIP, “en orden a que el Consejo para la Transparencia puede definir cuáles son los correos

---

<sup>178</sup> VIERA-GALLO, José Antonio. El tribunal constitucional y el derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho sobre Transparencia y acceso a la información Universidad Finis- Terrae (1): p. 206, 2013.

electrónicos o partes de ellos que sean de dominio público y cuáles no, dependiendo de la naturaleza de la información que contengan, decisión que puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones correspondiente”<sup>179</sup>.

También Rodolfo Figueroa, analizando la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2153-12, crítica duramente el fallo por apartarse de la interpretación que la unanimidad de la doctrina chilena entiende del artículo 19° N° 5 de la Constitución, como extensión del derecho de privacidad, y sostiene que el Tribunal Constitucional “está enarbolando una tesis inédita en nuestro medio: que el N° 5 del Artículo 19° no se funda ni proviene del N° 4 es decir, que la inviolabilidad de las comunicaciones no se funda en la privacidad”<sup>180</sup>.

Apoyándose en el voto de minoría, el autor sostiene que “la conclusión del voto minoría en el considerando 42° es categórica: ¿cómo la revelación de correos sobre el uso de fondos públicos para la reconstrucción va a afectar la vida privada del subsecretario?”<sup>181</sup>.

---

<sup>179</sup> *Ibíd.*, pp. 206-207.

<sup>180</sup> FIGUEROA G, Rodolfo. Inviolabilidad de los correos electrónicos. Comentarios del Fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Público: p. 180, 2013.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, p.185.



Concluye que el apoyo del Tribunal Constitucional en la doctrina española es incomprensible, dado que la Constitución Española y el artículo 19º N° 5 de nuestra Carta Fundamental son diferentes; en España se garantiza el secreto de las comunicaciones, en tanto que nuestra Constitución se asegura la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

De este modo “todo ello llevó al tribunal (constitucional) a concluir que la situación jurídica de un funcionario público, actuando en el ejercicio de su cargo sobre un asunto de interés público, es equivalente a la de un particular, actuando como tal sobre un asunto netamente privado. Dicho de otro modo: un correo electrónico que versa sobre un aspecto de la vida privada de un particular, que sea enviado por él a otro particular, tiene el mismo tratamiento jurídico, sostiene el Tribunal Constitucional, que un correo enviado por un funcionario público a otro funcionario, sobre un asunto de interés público. Esto parece un despropósito”<sup>182</sup>.

A su vez, Tomas Vial en su informe sobre la “Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración y su relación con la información entregada por particulares”, acompañado al Tribunal Constitucional, se

---

<sup>182</sup> *Ibíd.*, p. 188.

muestra partidario de la publicidad de este tipo de información. Dicho autor, nos señala que el del derecho de acceso a la información debe analizarse desde una concepción amplia; lo cual estaría refrendado por la normativa comparada y la jurisprudencia internacional, quienes se muestran contrarios a que dicho derecho sólo se restrinja a los actos del Estado.

Vial sostiene en su informe, que existen dos clases de información de particulares que se pueden encontrar en manos de la Administración: “información personal” e “información constitucionalmente protegida”, que es aquella que estaría salvaguardada por algún derecho constitucional como la privacidad, el derecho de propiedad o la libertad económica. Teniendo como base esto último, sostiene que ni las causales de secreto reserva que contemplan las normas legales o constitucionales, ni los derechos de terceros pueden concebirse como absolutas, pues ello supondría que el derecho de acceso a la información tendría límites absolutos. Por lo cual es necesario recurrir al juicio de ponderación o proporcionalidad para resolver el conflicto de derechos, considerando el interés público presente en la publicidad o en el secreto; procedimiento que es el universalmente aceptado por los tribunales o cortes internacionales.

## 6.- Cuadro resumen.

Para facilitar el entendimiento de la materia expuesta en este capítulo, reunimos los criterios de las dos posiciones contrapuestas en el siguiente cuadro.

<b>Criterios para sostener la publicidad de los correos electrónicos institucionales.</b>	<b>Criterios para sostener la privacidad de los correos electrónicos institucionales</b>
1) En virtud del artículo 5° inciso 2 de la LAIP, los correos electrónicos de autoridades o funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional, y en el ejercicio de funciones públicas, son información pública, ya que deben ser considerados, en principio, documentos públicos, pues la información en poder de los órganos	1) Los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos deben ser entendidos como comunicaciones privadas, en consecuencia, se encuentran amparados por las garantías fundamentales de los numerales 4 y 5 del artículo 19° de la Constitución Política de la República. Las razones son las siguientes:

<p>de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a alguna causal legal de secreto o reserva. Además, constituyen información elaborada con presupuesto público.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Lo que determina que la comunicación sea pública o privada, es la intención de publicidad o privacidad que emane de quien se comunica, con independencia de quien y dónde lo realiza.</li> <li>- Lo que protege la garantía constitucional es la comunicación privada, la cual se transmite por canales cerrados y tienen emisores y receptores acotados. Por lo mismo, hay una legítima expectativa de privacidad.</li> <li>- Los correos electrónicos deben ser resguardados, independiente si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado.</li> </ul>
<p>2) Son públicos los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos, que hayan sido fundamento o fueron sustento o complemento directo y esencial para</p>	<p>2) La LAIP no tiene la especificidad que exige la Constitución para acceder a las comunicaciones privadas.</p>

<p>la dictación un acto administrativo.</p>	
<p>3) En virtud del artículo 11° letra c) de la LAIP que consagra el principio de apertura o publicidad, se presume pública toda la información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones establecidas en la LAIP u otras leyes de quórum calificado.</p>	<p>3) Los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos no son información pública conforme a los artículos 8° de la Constitución y 5° de la LAIP.</p> <p>Las razones dadas por los tribunales son diversas, entre ellas están:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No deben ser considerados como actos administrativos per se, esto debido a que son comunicaciones privadas, ya que de ellos no emana una intención de que sean públicos.</li> <li>- No son documentos que sirvan de sustento a un acto o resolución administrativa ya que no constan en algún expediente administrativo.</li> <li>- Lo que determina el carácter de público o privado de un acto, no es que haya sido financiado con presupuesto público, sino que la intención con la que se realiza.</li> </ul>

	<p>- Los instrumentos públicos serán aquellos que produzcan efectos jurídicos, junto con sus procedimientos y fundamentos.</p> <p>- El artículo 5° inciso 2 de la LAIP, viene a incorporar aquella información de carácter oficial que, estando en manos de la Administración, por sus características y contenido, no será parte de un procedimiento administrativo ni derivará en acto con efecto jurídico alguno.</p>
<p>4) Por aplicación del artículo 11° letra e), que consagra el principio de divisibilidad, si los correos electrónicos institucionales contienen información que pueda ser conocida e información que deba denegarse en virtud de causa legal, deberá darse acceso a la primera y no a la segunda</p>	<p>4) Los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos vienen a reemplazar las llamadas telefónicas o comunicaciones informales.</p>
<p>5) Por aplicación de la ley N° 19.799, los mensajes enviados a través de los</p>	<p>5) La calidad de funcionario público no altera la protección que la</p>

<p>correos electrónicos institucionales son documentos electrónicos que equivalen funcionalmente a los escritos en soporte papel.</p>	<p>Constitución otorga a sus comunicaciones privadas.</p>
<p>6) En la práctica los correos electrónicos entre funcionarios públicos, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración.</p>	<p>6) Los correos electrónicos en discusión están protegidos por el privilegio deliberativo. El cual es una excepción a la publicidad de la información, expresamente reconocido por la misma LAIP en su artículo 21° N° 1 letra b.</p>
<p>7) Los correos electrónicos no son privados per se, para determinar la publicidad o reserva de la información, es necesario atender a su contenido y no al soporte, medio material o formato de ésta.</p>	<p>7) El inciso segundo, del artículo 5° de la LAIP, en su aplicación al caso, excede lo establecido en el artículo 8° de la Constitución.</p>
<p>8) El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones protege el acto comunicativo mientras éste se realice, momento en el cual se protege plenamente su contenido, una vez</p>	<p>8) En razón del principio de proporcionalidad, la solicitud de acceso a los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos no es aceptable.</p>

<p>terminada la comunicación, es necesario determinar el carácter público o privado de la información.</p>	<p>La solicitud no se ajusta los subprincipios de necesidad (existen otros medios para obtener la información que se busca) y proporcionalidad (el acceso a la información pública es un medio para consolidar la transparencia, lo que no se logra infringiendo la privacidad de los funcionarios públicos).</p> <p>Los efectos negativos que produciría la difusión de los correos electrónicos solicitados son mayores que sus beneficios.</p>
<p>9) La garantía prescrita en el artículo 19° N° 5 de la Constitución, debe ser entendida como una extensión del derecho de privacidad, por lo tanto, es necesario determinar si la revelación del contenido de los correos electrónicos en cuestión, afecta la privacidad de los involucrados en la comunicación.</p>	
<p>10) Los correos electrónicos enviados</p>	



<p>o recibidos por funcionarios públicos en sus casillas institucionales, son información pública si así se determina luego de realizado un juicio de razonabilidad y de proporcionalidad.</p>	
--	--

## **CAPÍTULO IV. DE LA PUBLICIDAD DE LA INFORMACIÓN DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS INSTITUCIONALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO.**

El siguiente capítulo de esta investigación, tiene por objeto otorgar al lector una visión de la legislación extranjera y la forma en que los organismos internacionales y determinadas jurisdicciones, sean o no jurisdiccionales, han abordado el tema de la privacidad o publicidad de la información contenida en correos electrónicos de funcionarios públicos. Para ello, abordaremos desde un inicio la visión del Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos sobre el tema en cuestión. Enseguida, haremos referencia a la posición que ha manifestado el Derecho Comparado sobre los correos electrónicos de funcionarios públicos, para efectos de otorgar una visión global de la materia.

### **1.- Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no ha existido un pronunciamiento específico sobre el tema en cuestión; solo existiendo un desarrollo indirecto vinculado a la libertad de expresión y al derecho de acceso a la información. Esto no obsta, a que los criterios fijados por la Corte Interamericana en general, y ciertos desarrollos normativos de organismos técnicos, puedan darnos luces sobre el estado y orientación de la discusión planteada en este trabajo.

## **1.1.-Órganos interamericanos vinculados al Derecho de Acceso a la Información.**

### **1.1.1- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>183</sup>.**

Fue creada por la Organización de Estados Americanos en 1959; y que junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, configura el sistema de protección de los derechos humanos a nivel americano.

---

<sup>183</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. [en línea] <[www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp](http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp)> [consulta: 17 de Agosto 2014].

La CIDH, es un órgano principal y autónomo de la OEA, compuesto por 7 miembros que se encarga de desempeñar las siguientes funciones:

1. La función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. Por tanto,
2. Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos.
3. Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado miembro, cuando lo considera apropiado.
4. Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del continente.
5. Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos; entre otras muchas más.

### **1.1.2.- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión<sup>184</sup>.**

Constituida por la CIDH en 1997; actualmente funciona como una oficina permanente e independiente que actúa dentro del marco de la CIDH, para fomentar el derecho a la libertad de expresión, así como la protección, garantía y promoción de los demás derechos humanos.

Dentro de las funciones principales que desarrolla la Relatoría, se encuentran las de:

1. Asesorar a la CIDH en la evaluación de los casos y solicitudes de medidas cautelares; así como en la preparación de informes.
2. Realizar actividades de promoción y educación sobre temas vinculados a la libertad de expresión.
3. Realizar informes específicos y temáticos.
4. Promover la adopción de medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que sean necesarias para hacer

---

<sup>184</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.[en línea], <[www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2)> [consulta:17 de Agosto 2014].

efectivo el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

5. Coordinar acciones de verificación y seguimiento de las condiciones del ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los Estados miembros con las defensorías del pueblo o las instituciones nacionales de derechos humanos.
6. Prestar asesoría técnica a los órganos de la OEA; entre otras.

El documento de mayor trascendencia elaborado por la Relatoría para la finalidad de esta investigación, es la “Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión”.

### **1.1.3.- Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Constituye el órgano jurisdiccional por excelencia de la OEA, encargado de conocer y juzgar los casos en que se alegue la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana por parte de los Estados miembros.

Ninguna persona, grupo o entidad está facultada para presentar casos ante la Corte; facultad sólo privativa de los Estados. Es necesario además, haber agotado todos los medios judiciales y procedimientos consagrados en el derecho interno de cada país, alegando la violación de derechos, antes de acudir a la Corte. Las Resoluciones que esta última pronuncia son definitivas, obligatorias e inapelables.

## **1.2.- Marco Jurídico Interamericano sobre Acceso a la Información Pública.**

El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental protegido por el artículo 13° de la Convención Americana, el cual prescribe: “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”<sup>185</sup>.

En el mismo sentido que el artículo recién transcrito encontramos al Principio 2 de la Declaración de Principios que consagra que “toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana”, y que “todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información”<sup>186</sup>. Así mismo, el principio 4 de la Declaración de Principios establece el derecho de acceso a la información, como derecho fundamental de los individuos, debiendo cada uno de los Estados garantizar el ejercicio de este derecho.

---

<sup>185</sup> Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>186</sup> RELATORIA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION. 2000. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. [en línea], Washington D.C <[www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2)> [consulta: 17 de Agosto 2014].



**1.2.1.- El derecho de acceso a la información es la regla general y el secreto la excepción.**

La Corte Interamericana y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión han señalado repetitivamente que el derecho de acceso a la información no se instituye como un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a ciertas limitaciones. Dichas limitaciones sin embargo, deben dar cumplimiento estricto a los requisitos contemplados en el artículo 13.2 de la Convención Americana. Los cuales son: A) Verdadera excepcionalidad; B) Consagración Legal; C) Objetivos Legítimos y D) Estricta Proporcionalidad<sup>187</sup>.

Debiendo cada Estado demostrar que al establecer las restricciones al acceso a la información bajo su poder, ha cumplido con los requisitos señalados precedentemente. Por ello las excepciones a la publicidad no pueden convertirse en la regla general, siendo la publicidad la regla y el secreto la excepción. También han señalado que “en la legislación interna debe resultar claro que la reserva se mantendrá solamente mientras la

---

<sup>187</sup> Organización de los Estados Americanos. Derecho de Acceso a la información en el marco Jurídico Interamericano[enlínea]<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf> [ consulta: 20 de Agosto de 2014].

publicación pueda efectivamente comprometer los bienes que se protegen con el secreto. En este sentido, el secreto debe tener un plazo razonable, vencido el cual, el público tendrá derecho a conocerla respectiva información<sup>188</sup>.

A continuación nos referiremos a cada uno de los requisitos que deben cumplir las limitaciones al derecho de acceso a la información.

#### **A) Carácter excepcional de las limitaciones.**

Sobre este punto, la Relatoría para la Libertad de Expresión, ha señalado que en cumplimiento de uno de los principios rectores del acceso a la información, como lo es, el de máxima divulgación, los Estados miembros y sus leyes internas deben garantizar que el ejercicio del acceso a la información pública sea lo más amplio y efectivo posible. En el evento que se consagren excepciones a la publicidad, éstas no deben convertirse en la práctica en la regla general.

Asimismo dicha excepcionalidad implica que el régimen de excepciones, tiene que ser interpretado en forma restrictiva debiéndose

---

<sup>188</sup> *Ibíd.*

favorecer la publicidad en caso de conflictos o dudas, o a falta de regulación expresa sobre determinada materia.

### **B) Consagración legal de las excepciones.**

Las limitaciones al derecho a buscar, recibir y difundir información que obre en poder de la Administración del Estado deben estar contempladas en forma previa y expresamente consagradas en la ley. Su objetivo es cautelar que no queden al arbitrio del poder público; o que por no resultar lo suficientemente claras o precisas en su consagración, confieran una excesiva discrecionalidad a las autoridades requeridas de información. En criterio de la Corte Interamericana, tales leyes deben haber sido dictadas por razones de interés general, en función del bien común en tanto elemento integrante del orden público en un Estado democrático”<sup>189</sup>.

El principio 6 de la resolución del Comité Jurídico Interamericano estatuye que “las excepciones al derecho de acceso a la información deben estar establecidas por la ley, ser claras y limitadas”<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Párrafo 89.

<sup>190</sup> Comité Jurídico Interamericano. Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información [ en línea ] <[http://www.oas.org/cji/CJI-RES\\_147\\_LXXIII-O-08.pdf](http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf)> [ consulta: 20 de Agosto de 2014].

### **C) Objetivos legítimos bajo la Convención Americana.**

Este requisito apunta a que las limitaciones al acceso a la información pública deben responder a los objetivos consagrados en la Convención Americana; en específico asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, el orden público, proteger la seguridad nacional, la salud o la moral públicas. El alcance de estos conceptos debe ser definido en las leyes internas de cada Estado en forma clara y precisa.

### **D) Necesidad y proporcionalidad de las limitaciones.**

Este punto se refiere a que las limitaciones al acceso a la información, tienen que ser sólo aquellas necesarias en una sociedad democrática para satisfacer un interés público dominante. Por ello cada uno de los Estados signatarios a la Convención, deben elegir la opción que afecte en menor medida el derecho protegido para alcanzar este objetivo. La restricción al acceso a la información, ha dicho la Relatoría para la Libertad de Expresión debe: “(i) ser conducente para alcanzar su logro; (ii)

ser proporcional al interés que la justifica; e (iii) interferir en la menor medida posible en el ejercicio efectivo del derecho”<sup>191</sup>.

En lo que respecta a la proporcionalidad la Comisión Interamericana de derechos humanos establece que cualquier restricción al acceso de información en manos del Estado, debe cumplir con un test de proporcionalidad de 3 pasos.

Paso 1: La limitación al acceso a la información debe necesariamente vincularse con uno de los objetivos legítimos que la justifican.

Paso 2: Debe demostrarse por la Institución requerida de información, que la eventual divulgación de la información efectivamente amenace con causar perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo.

Paso 3: Debe demostrarse que el perjuicio al objetivo por el cual se estableció la restricción resulta mayor al interés público en la divulgación de la información.

Por último toda excepción a la publicidad debe tener un plazo temporal, vencido el cual la información debe ser consultada por el público en general. Por lo cual la reserva sólo subsiste mientras exista el riesgo

---

<sup>191</sup> ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Derecho de Acceso..., Op. cit., p. 18.

cierto que su publicidad afecte a algunos de los bienes consagrados en el artículo 13.2 de la Convención Americana.

### **1.2.2.- De la información reservada o secreta y la protección de datos personales.**

También ha existido un pronunciamiento de los órganos interamericanos sobre esta materia; así la Declaración Conjunta de 2004 los Relatores para la libertad de expresión de la ONU, OEA y la OSCE han señalado que “cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes, sin embargo, las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación ‘secreta’ para evitar la divulgación de información que es de interés público, por lo cual las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar

documentos como secretos, y también deberán establecer límites generales con respecto al período de tiempo durante el cual los documentos pueden mantenerse secretos”<sup>192</sup>.

En lo que se refiere al acceso a datos personales, constituyen uno de los límites al derecho de acceso a la información, en el entendido que éstos sólo pertenecen a su titular y que su divulgación a terceros podría afectar su intimidad.

Por lo cual en principio solamente su titular podría acceder a aquel dato sensible en manos de la Administración. Este hecho es reconocido por el principio 3 de la Declaración de Principios, que dispone que “toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”.

## **2.- Sistema Europeo de Derechos Humanos.**

---

<sup>192</sup> Declaración Conjunta de 2004 de los Relatores de la Libertad de expresión de la ONU, OEA y OSCE.

## **2.1.- Corte Europea de Derechos Humanos.**

La Corte Europea de Derechos Humanos es una institución creada por la Convención Europea sobre la misma materia, con la finalidad de asegurar el cumplimiento irrestricto de la misma. Las decisiones que ésta adopta, son vinculantes para los Estados miembros que han aceptado su jurisdicción.

Dentro de la visión de la Corte sobre el tema en cuestión podemos distinguir dos periodos claramente diferenciados; el primero es aquel en que la Corte no reconoce un derecho general de acceso a la información, subsumiéndolo por regla general a otros derechos fundamentales, cuando la naturaleza de la información solicitada resulta de interés público, pertenece al solicitante o permite el ejercicio de otros derechos. El segundo periodo, comienza el 18 de Junio del 2009, con la aprobación de la “Convención sobre Acceso a Documentos Públicos”, que permite en principio el acceso a los mails de los funcionarios públicos, siempre y cuando no se afecte su privacidad, y los procesos deliberativos entre autoridades. Nos referiremos brevemente a cada periodo.



### **2.1.1.- Primer Período.**

Como ya puntualizamos anteriormente, éste periodo se caracteriza por la falta de un reconocimiento expreso en la Convención Europea (DD. HH.) de un derecho de acceso a la información pública; existiendo sólo pequeños esfuerzos en avanzar en su desarrollo. Entre los antecedentes que podemos reseñar se encuentra en principio, un borrador de protocolo adicional de la década de los 70's, destinado a incluir el derecho de acceso a la información dentro del artículo 10° de la Convención sobre Derechos Humanos<sup>193</sup>. Con posterioridad, es el Comité de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros, los que emitieron la recomendación N° R (81) 19 sobre acceso a la información en poder de las autoridades públicas, posteriormente reemplazada por la recomendación rec (2002) 2 de febrero de éste año.

---

<sup>193</sup> COPPEL, Philip. Information Rights: Law and Practice. Portland Oregon, Hart Publishing, 2010. p. 79, citado por Covarrubias Cuevas y Díaz de Valdés, en su informe en derecho "Algunas experiencias relevantes del derecho comparado sobre el acceso a la información pública en relacion a los correos electronicos de los funcionarios públicos".

Entre los lineamientos principales que fija esta última recomendación, y que guardan relación con la investigación en desarrollo, podemos destacar los siguientes:

La recomendación define a los documentos oficiales, como “toda información registrada en cualquier forma, redactada o recibida, y en poder de autoridades públicas, y que se vincula a cualquier función pública o administrativa, exceptuando los documentos en preparación”<sup>194</sup>.

También la recomendación se encarga de fijar las limitaciones al derecho de acceso a la información, que tienen por finalidad proteger los siguientes intereses:

- a) La seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales.
- b) La salud pública.
- c) La prevención, investigación y enjuiciamiento de actividades criminales.
- d) La privacidad u otros intereses privados legítimos.
- e) La economía, así como las políticas monetarias y cambiarias del Estado.

---

<sup>194</sup> TEXTO DE LA RECOMENDACIÓN [en línea ] < [>](http://www.coe.int/t/standardsetting/media/doc/H-Inf(2003)003_pdf(13/1/2012))[consulta: 20 de Agosto 2014].

- f) La confidencialidad de las deliberaciones con o entre autoridades públicas durante la preparación interna de una materia.
- g) Intereses comerciales y económicos entre otros.

Tal reglamentación, además autoriza al órgano requerido de información para rechazar la solicitud respectiva, “si la información contenida en el documento en cuestión causaría, o sería probable que causara, daño a los intereses mencionados previamente, a menos que el interés público en su entrega sea preponderante”<sup>195</sup>.

Como podemos observar, según los términos que desarrolla la recomendación, los correos electrónicos de funcionarios públicos quedarían sujetos en principio al derecho de acceso a la información; ya que aquella se puede encontrar en cualquier formato, incluidos los emails. Sin embargo resulta indispensable para determinar la publicidad o privacidad del correo el conocer el contenido del mismo, para efectos de poder ponderar si cae bajo las diferentes clases de excepciones que ahí se consagran.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Europea en este primer periodo, ha señalado repetitivamente que los correos electrónicos se

---

<sup>195</sup> COVARRUBIAS, Ignacio y DIAZ DE VALDES, José Manuel. Informe en Derecho: Algunas experiencias relevantes del Derecho Comparado sobre el derecho de acceso a la información pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos. p. 62.

encuentran protegidas por la garantía 8° de la Convención, referida a la vida privada y familiar. Dicho artículo dispone que:

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”<sup>196</sup>.

Bajo tal disposición los correos electrónicos de funcionarios públicos, quedarían comprendidos en las nociones de “vida privada” y “correspondencia” utilizadas por éste artículo. Dicha garantía protegería a

---

<sup>196</sup> Artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos.

todos los emails enviados y recibidos, tanto en el ámbito laboral o profesional, incluidos los de los funcionarios públicos<sup>197</sup>.

Sin embargo la garantía del artículo 8º de la Convención no está consagrada en términos absolutos, permitiéndose la intromisión a éste derecho fundamental, cuando aquella se encuentra prevista por la ley, constituya una medida necesaria para una sociedad democrática; o persiga una finalidad superior como la seguridad nacional, el bienestar económico del país, la protección de la salud o moral pública, entre otras.

### **2.1.2.-Segundo Periodo.**

Con la aprobación del Convenio de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de Junio del 2009,<sup>198</sup> comienza una etapa de reconocimiento real y efectivo al derecho de acceso a la información en el Consejo de Europa; la que viene a fijar las directrices y principios que debe

---

<sup>197</sup> Liberty v United Kingdom 58243/00 para 56; Copland v United Kingdom 2617/00 para41; Kennedy v United Kingdom 26839/05 para 118. Vid: Mutatis Mutandi, Halford v United Kingdom 20605/92 para 44y Amannv Switzerland 27798/95 para. 44.

<sup>198</sup> Convención sobre Acceso a Documentos Públicos, aprobada en Tromzo el 18 de Junio, Texto traducido por Manuel Sánchez de Diego / Helen Darbshire / Victoria Anderica. [ en línea ]<[http://www.accessinfo.org/documents/Access\\_Docs/Advancing/Council\\_of\\_Europe/Convention\\_on\\_Access\\_to\\_Official\\_Documetnts\\_CofE.\\_es.pdf](http://www.accessinfo.org/documents/Access_Docs/Advancing/Council_of_Europe/Convention_on_Access_to_Official_Documetnts_CofE._es.pdf)> [consulta: 21 de Agosto 2014].

alcanzar este derecho, no sólo a nivel europeo sino que en la legislación interna de cada Estado que lo haya aprobado, adoptado, adherido o ratificado.

Especial relevancia tiene para nuestro trabajo la sección primera, que se encarga de desarrollar conceptos primordiales sobre el acceso a los documentos oficiales. Así destacaremos los siguientes:

En el artículo I Número 2º letra b se encarga de definir lo que debe entenderse por Documento Oficial; "significa toda la información registrada (archivada) de cualquier forma, elaborada o recibida y en posesión de las autoridades públicas".

Dicha definición, se encarga de simplificar la elaborada en la recomendación, al excluir la parte que señalaba que debía vincularse a la actividad pública o administrativa, exceptuando los documentos oficiales<sup>199</sup>.

Otras de las novedades que presenta la convención, es que entre los posibles límites al acceso a los documentos públicos; si bien se encarga de reiterar los señalados en la recomendación, modifica la última excepción,

---

<sup>199</sup> Confróntese con definición de "documentos Oficiales" de la Recomendación rec (2002) 2 Del Comité de Ministros Europeo.

de manera de proteger las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas sobre el examen de una materia, y no como antes se establecía "durante la preparación interna de una materia".

Como podemos concluir, dada la nueva estructura del derecho de acceso a la información en este segundo periodo, se podría acceder por cualquier ciudadano de los Estados signatarios, a los correos electrónicos de funcionarios públicos siempre y cuando no concurriese alguna excepción expresa, principalmente vinculada a la afectación de la intimidad del funcionario o a procesos deliberativos entre autoridades.

## **2.2.- Corte de Justicia de la Unión Europea<sup>200</sup>.**

Si bien no existe un pronunciamiento expreso sobre el tema en cuestión, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia acepta la

---

<sup>200</sup> La Corte de justicia es una institución de la Unión europea creada en 1952, cuya última transformación se llevó a cabo por el Tratado de Lisboa del 2009. Las decisiones que ella adopte son obligatorias para las instituciones de la Unión Europea y para sus Estados Miembros. Tiene una estructura compleja integrada por una corte general, que tiene competencia genérica en primera instancia; una corte de Justicia encargada de resolver los asuntos que se promuevan en primera como segunda instancia y finalmente Cortes especiales con competencia específica sobre determinados asuntos. Para evitar cualquier tipo de inconvenientes se referirá a todos los tribunales mencionados anteriormente como la Corte Europea de Justicia.

existencia de un derecho de acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos. Sin embargo, el ejercicio de tal derecho debe sujetarse al cumplimiento estricto de dos condiciones 1) Que los correos electrónicos de los funcionarios públicos puedan clasificarse como “Documentos Públicos”; según la normativa vigente de la Unión Europea, referidos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución respectiva. Y 2) Que no concurra alguna de las excepciones a la publicidad contemplada en dicha normativa.

Es así que desde la aprobación del Tratado de Lisboa del 2009; la Unión Europea cuenta con dos normativas de capital importancia en materia de acceso a la información pública. Estas son:

i) La Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 42º, dispone que “Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las



instituciones, órganos y organismos de la unión, cualquiera que sea su soporte”<sup>201</sup>.

ii) Tratado Consolidado de Funcionamiento de la Unión Europea, que consagra en su art. 15º numeral 3º que “Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho de acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado”<sup>202</sup>.

Es en virtud del mandato expreso contenido en éste último inciso, que el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea dictaron el reglamento (EC) N° 1049/2001, cuyos aspectos relevantes son el carácter amplio de la consagración del derecho de acceso a los documentos; pues se aplica a todos los documentos en poder de las instituciones, elaborados o recibidos por ellas, y que se encuentren en su posesión. Entendiendo por documento, “todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión

---

<sup>201</sup> CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)> [consulta: 21 de Agosto 2014].

<sup>202</sup> TRATADO CONSOLIDADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] <<http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>> [consulta: 21 de Agosto 2014]

papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean de competencia de la institución”<sup>203</sup>.

Dicho reglamento se encarga también de desarrollar excepciones al derecho de acceso a la información, distinguiendo entre excepciones absolutas y relativas. Las primeras obligan a las instituciones de la Unión Europea requeridas de información, a denegar la entrega de la documentación, cuando la divulgación suponga un perjuicio para la protección del interés público o a la intimidad e integridad de la persona. Las relativas impiden dar acceso a la documentación requerida en principio; salvo que exista un interés público superior en su divulgación. Por lo cual requiere un test de proporcionalidad para determinar su publicidad o privacidad.

Respecto de las excepciones contempladas en el reglamento, éstas sólo pueden cubrir determinadas secciones del documento, debiendo el resto ser divulgado<sup>204</sup>, teniendo además la reserva un límite temporal en su

---

<sup>203</sup>REGLAMENTO (CE) N° 1049 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y de la Comisión. [en línea] <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_es.pdf)> [consulta :21 de Agosto 2014].

<sup>204</sup>Criterio confirmado por la Corte Europea de Justicia en Access InfoEurope v Consejo de la Unión Europea T-233/09 para 56.

aplicación, pues sólo proceden mientras exista la necesidad de su subsistencia, que en principio no podrá exceder los 30 años. Dicho plazo, puede ser prorrogado para efectos de cautelar la intimidad, intereses comerciales o documentos sensibles y resulte necesaria su subsistencia.

### **3.- Derecho Comparado sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos.**

#### **3.1.- Estados Unidos<sup>205</sup>.**

En las siguientes líneas se expondrá la visión del ordenamiento jurídico norteamericano sobre el tema en investigación, tomando en consideración su derecho vigente y las particularidades propias de un sistema como el CommonLaw. En especial debe considerarse el carácter

---

<sup>205</sup> Esta parte de la investigación se hizo tomando como referencia principal el informe en Derecho, elaborado por Ignacio Covarrubias y José Manuel Díaz de Valdés, denominado “Algunas experiencias relevantes del Derecho Comparado sobre el derecho de acceso a la información pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos”; y acompañado a la causa Rol 2153-2011 del Tribunal Constitucional.

vinculante y la aplicación general que recibe la jurisprudencia de las Cortes Federales y Estatales en el desarrollo y evolución de su derecho.

### **3.1.1.- Marco Jurídico sobre el Acceso a la Información Pública.**

#### **A) Freedom of Information Act de 1966 (FOIA).**

Constituye la norma legal, de mayor trascendencia en los Estados Unidos, referida al acceso a la información pública. Dicha normativa tiene como sujeto pasivo de la misma a todos los órganos del poder ejecutivo federal, incluidas las agencias reguladoras (especies de Superintendencias Chilenas).

#### **A.1) Órganos excluidos de la FOIA.**

La FOIA no se aplica respecto del poder judicial del gobierno federal, al poder legislativo, gobiernos estatales, municipalidades y otros

entes públicos locales, quedando sólo circunscrita a la rama ejecutiva del gobierno. Es importante destacar que se excluye de su aplicación, al grupo de asesores directos del Presidente, tales como el Consejo de Seguridad y el Vice- Presidente.

**A.2) Objetivo y procedimiento para acceder a la información en la FOIA.**

El principal objetivo que se pretendió con la promulgación de la FOIA, era permitir que los particulares pudieran acceder a los documentos públicos y archivos de las agencias federales, del modo que ella establecía. Para ejercer éste derecho, no se requiere señalar motivo o interés alguno en la información requerida, pagando sólo un pequeño monto por la solicitud, el cual será devuelto, si en los hechos la solicitud es finalmente admitida.

Dentro de los antecedentes susceptibles de ser requeridos por vía de la FOIA, se encuentran todos aquellos documentos públicos y antecedentes que se encuentran en poder o a disposición de las mencionadas agencias, y que no se encuentran disponibles al público de forma alguna.

La solicitud de acceso a la información requiere ser formulada por escrito, indicando el nombre del requirente, incluida su dirección postal y número telefónico disponible.

Recepcionada la solicitud de acceso a la información, cada agencia federal se encargará de gestionarla, por el funcionario a quien se designe al efecto; debiendo en todo caso justificar en caso de negativa la excepción a la publicidad invocada, indicando específicamente los motivos que la configuran. De la decisión de órgano requerido, se podrá apelar ante las Cortes Federales, recayendo la carga de la prueba en la agencia federal que denegó la información.

### **A.3) Informaciones excluidas de acceso por la FOIA (Excepciones).**

Se contemplan nueve tipos de informaciones que se excluyen del derecho de acceso a la información pública. Las cuales son:

- 1. Información vinculada a la Seguridad Nacional:** Esta excepción protege todo tipo de información vinculada a la política de defensa

nacional y extranjera desarrollada por los Estados Unidos, y que haya sido declarada confidencial.

2. Normativa interna de cada organismo: Se refiere a todo tipo de información de uso normal y cotidiano, y que por su volumen supondría distraer indebidamente al órgano requerido de las funciones encomendadas por ley.
3. Información expresamente exenta por otras leyes: Un ejemplo de aquella, es la información excluida por la Privacy Act o la Critical Infrastructure Information Act, que regula el uso y eventual divulgación de información entregada al Ministerio de Seguridad Interna, por motivos de riesgos u amenaza a la “infraestructura crítica”. definida esta última como “el sistema y activos, sean físicos o virtuales, tan virtuales para los Estados Unidos, que la inutilidad o destrucción de tales sistemas o activos generaría un debilitamiento en la seguridad nacional, en la estabilidad económica, en la salud pública, o en la combinación de éstas materias”<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> Patriot Act. 2001. Section 1016, citado por Covarrubias, Ignacio; Díaz de Valdez, José Manuel en su informe en derecho.

4. Información referida a secretos comerciales, de carácter comercial o financiera: Se refiere a todo tipo de información obtenida por el gobierno de los Estados Unidos, que sea confidencial. Ej. Cuentas Corrientes Bancarias.
5. Información contenida en memorandos o correspondencia (cartas) emanadas de las agencias federales: Se refiere a aquella información que no se encuentra a disposición del público por alguna causa legal; entre la que podemos mencionar por ejemplo, la relativa a algún proceso legal que lleva una persona en contra de alguna agencia federal.
6. Información de carácter personal o privada: En esta excepción quedan englobadas todas aquellas informaciones de carácter sensible para los particulares, cuya divulgación pública configuraría una injustificada violación a su privacidad, tales como documentos vinculados a su estado de salud, relativos a la profesión de ciertos credos o religiones o cualquier otro documento o archivo vinculado a su intimidad.



7. Documentos relativos a investigaciones efectuadas con propósitos disciplinarios: Se refiere a cualquier tipo de documentación cuya divulgación anticipada, pudiera perturbar la aplicación, eficacia e imparcialidad, de los procedimientos y técnicas disciplinarias; o afectar la seguridad y privacidad de los individuos sujetos a aquellos.
8. Antecedentes en manos de instituciones financieras: En esta excepción se contiene todo tipo de información personal, que se encuentra en poder de instituciones bancarias o financieras.
9. Información geográfica o geofísica, incluidos los mapas, concernientes a pozos.

#### **B) Leyes Estatales sobre Acceso a la Información Pública.**

Cada uno de los Estados en los cuales se encuentra dividido Norteamérica, tiene sus propias leyes sobre acceso a la información pública, que en la mayoría de los casos son análogas a la FOIA. Así el Estado de Arizona, cuenta con la “Public Records Law” (Ley de

documentos públicos); y Missouri con la “SunshineLaw (ley de la luz), que permite a los particulares acceder a los documentos gubernamentales de los órganos públicos, que despliegan sus funciones dentro de su territorio jurisdiccional.

Estas leyes estatales no difieren en mayor medida de nuestra LAIP, estableciéndose en ambas, una presunción de publicidad respecto de todos aquellos documentos e informaciones, que obren en poder o a disposición de los órganos regidos por aquellas; contemplándose reservas o excepciones a la publicidad las cuales deben interpretarse restrictivamente en su aplicación. En todas estas leyes, se prevén acciones de reclamación judicial ante el Tribunal Estatal respectivo en caso de denegación de la información solicitada.

### **C) Otras Legislaciones Pertinentes.**

Vinculada a la FOIA existe una serie de legislaciones, que en la mayoría de los casos por el marco de su regulación han venido a coartar el derecho de acceso a la información, teniendo un impacto negativo al

desincentivar su ejercicio, o hacerlo en la práctica inoperante. Entre éstas podemos mencionar las siguientes:

- i ) The Federal Advisory Committee Act de 1972.
- ii) The Sunshine Act de 1976.
- iii) The Critical Infrastructure Information Act de 2002.
- iv) The Intelligence Authorization de 2003.

### **3.1.2.- Jurisprudencia de las Cortes Americanas sobre la privacidad o publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos.**

#### **A) Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.**

Si bien no existe un pronunciamiento oficial de éste tribunal referido directamente a los correos electrónicos de funcionarios públicos, a través de su jurisprudencia relativa a la aplicación de la FOIA se puede

comprender la forma en que dicho órgano jurisdiccional, resuelve los conflictos entre el derecho de acceso a la información pública y la excepción de privacidad señalada el numeral sexto de la FOIA.

#### **A.1) U.S Dept. of the AIR Force v Rose (1976).**

**i) Antecedentes del caso:** Este caso se origina con la solicitud presentada por estudiantes de Derecho en contra de las Academias Militares de los Estados Unidos. Los estudiantes solicitaban acceder a las audiencias sobre eventuales violaciones al Código de Honor y Ética de la Fuerza Aérea por parte de cadetes de dichas instituciones. La Fuerza Aérea se negó a proporcionar dicha información alegando la excepción sexta de la FOIA; argumentando que la revelación de dicha información estigmatizaría a los afectados por el resto de sus carreras en la institución.

**ii) Decisión de la Corte:** El máximo tribunal acogió la solicitud, argumentando que concurre un interés público en conocer los engaños y otras infracciones disciplinarias acaecidas al interior de las Academias de la

Fuerza Aérea; ya que estas comprometerían la obediencia y confiabilidad, virtudes estimadas relevantes en la actividad militar.

## **A.2) U.S. Dept of State v Washington Post Co. (1982).**

**i) Antecedentes del Caso:** El diario en cuestión solicitó al Dpto. de Estado develar si dos oficiales del Ejército Revolucionario Iraní tenían pasaporte norteamericano. La Agencia de Estado se negó a entregar la información requerida, argumentando que ella constituiría “información similar”,<sup>207</sup> a la que hace referencia la excepción sexta de la FOIA.

**ii) Decisión de la Corte:** La Corte deniega la solicitud, haciendo suyo el argumento de ente público requerido, señalando que su entrega a la opinión pública podría constituir un peligro para los soldados, ya que,

---

<sup>207</sup> “Documento similar”, debe entenderse en un sentido que no sólo incluya información sobre detalles íntimos de una persona, sino también similar, tal como la información contenida en un pasaporte, toda vez que esta excepción también persigue proteger a las personas del daño y vergüenza que puede derivarse de la revelación innecesaria de información personal.

“generaría una seria amenaza de carácter físico emanada de los grupos revolucionarios prestos para la violencia”<sup>208</sup>.

### **A.3) U.S. Dept. of Justice v Reporters Committee for Freedom of the Press (1989).**

**i) Antecedentes del Caso:** Un grupo de reporteros solicitaron al FBI antecedentes relativos a un individuo vinculado al crimen organizado, quien actuando por intermedio de sus empresas se le acusaba de obtener suculentos contratos en materia de Defensa, a cambio de hacer aportes económicos a la campaña de un Congresista.

**ii) Decisión de la Corte:** La Corte por la unanimidad de sus integrantes, denegó lugar a la solicitud apoyando la retención de la información requerida, señalando que “el único interés público que ha de reconocerse en un balance con la privacidad del afectado, es en develar información-en este caso sobre los antecedentes criminales de una persona-

---

<sup>208</sup> U.S. Dept. of de State v. Washington Post Co, p. 597 N°2.

si la solicitud busca tener acceso a “información oficial” que dé luz acerca de la conducta o desempeño de una agencia o funcionario público”<sup>209</sup>.

Además señala que la FOIA busca como “propósito central asegurar que las actividades del gobierno estén abiertas al ojo crítico del escrutinio público, no que la información sobre ciudadanos particulares que se encuentren en poder del gobierno pueda ser revelada”<sup>210</sup>.

Este es considerado el fallo de mayor trascendencia respecto a la FOIA, ya que, introduciendo la noción de información oficial como instrumento para destrabar el conflicto entre la privacidad y publicidad, constituye la hoja de ruta de la jurisprudencia posterior sobre estas materias<sup>211</sup>.

## **B) Cortes Supremas Estatales.**

---

<sup>209</sup> U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for freedom of the press, p. 774.

<sup>210</sup> Ibid., p. 772.

<sup>211</sup> Así repite este mismo criterio en Departamento de Estado de los Estados Unidos con Ray (1991); Departamento de Defensa de los Estados Unidos con Federal Labor Authority (1994) y en Bibles con Oregon Natural Desert Assn (1997).

## **B.1) Corte de Apelaciones de West Virginia.**

### **B.1.1) Associated Press v Canterbury.**

**i) Antecedentes del Caso:** En el año 2008 se solicitó por la Asociación de Prensa al Señor Canterbury (encargado de entregar información) tener acceso a todo tipo de documentos, archivos, incluidos correos electrónicos remitidos por el juez E. Maynard y el ciudadano D. Blankenship entre los años 2006 a 2008 (febrero de éste ). El Funcionario requerido, manifestó que la información no era relevante para el público, en conformidad a las disposiciones contenidas en la FOIA.

**ii) Decisión del Caso:** El Tribunal Federal, resolvió que los correos electrónicos enviados por el juez a un ciudadano particular, no constituyen documentos públicos susceptibles de ser conocidos por la comunidad. Para arribar a tal decisión se basó en la ley de Acceso a la Información de West Virginia (WVFOIA); que define a un documento público como “todo escrito que contiene información relativa con la conducta de los asuntos



públicos, elaborados, en posesión y retenidos por una entidad pública”<sup>212</sup>, conteniendo 19 excepciones a la publicidad, entre las cuales se encuentra la relativa a cualquier “información de naturaleza personal, tal como aquella mantenida en un archivo personal, sea médico o similar, cuya revelación pública constituiría una injustificada invasión a la vida privada, a menos que la evidencia de un claro y evidente interés público exija la revelación en la específica instancia”<sup>213</sup>.

Por lo cual concluyó, que si bien bajo la denominación de “escrito” que utiliza la WVFOIA, quedarían incluidos los correos electrónicos; en la medida de que dichas comunicaciones en su contenido, no se relacionaran con su desempeño o conducta en un asunto público, no son susceptibles de ser revelados.

### **iii) Voto de disidencia**

En el presente caso la disidencia, rechazó la doctrina que en los correos electrónicos en cuestión, tuvieran a priori el carácter puramente personal, y que no se vincularan en modo alguno con la conducta funcionaria en asuntos públicos. Así la jueza señala que “la mayoría en este

---

<sup>212</sup> WVFOIA CODE 29B-1-2.

<sup>213</sup> WVFOIA CODE 29B-1-2: Exemptions 2.

caso, sin embargo, no realizan ningún análisis de los hechos como tampoco discute el marco analítico adecuado para determinar si un escrito se relaciona con la conducción de asuntos públicos”<sup>214</sup>; señalando que la cuestión promovida y objeto de análisis por el tribunal, no se agotaría tampoco en el contenido de la información, sino que también es necesario analizar el contexto de la misma para determinar si un escrito, pudiere contener antecedentes que inciden en su conducta funcionaria.

## **B.2) Corte Suprema de Arizona.**

### **B.2.1) Griffis v Pinal County (2007).**

**i) Antecedentes del Caso:** En el año 2005, la Oficina de Policía de Pinal County comenzó a investigar las denuncias efectuadas en contra del Administrador del Condado (Sr. Griffis), por supuestamente beneficiarse de un negocio de armas de caza con fondos públicos, sin la debida

---

<sup>214</sup> Associated Press, p. 336-337 (disidencia).

autorización. Por lo cual un periódico local solicitó tener acceso a todos los correos electrónicos, enviados y recibidos por el Administrador del Condado durante cierto lapso de tiempo, contenidos en el sistema computacional de Pinal County.

El Condado proporcionó acceso a más de 700 correos, excluyendo aquellos que fueron estimados como personales o confidenciales por el aludido Griffis. Frente a dicha negativa, el tabloide amenazó con demandar judicialmente al Condado sino entregaban todos los correos solicitados. El Sr. Griffis obtuvo una acción cautelar ante la Corte local, la cual fue dejada sin efecto por acción del periódico y por el Condado por estimarse que se trataba de información presuntivamente abierta a la inspección del público. Ante tal decisión el afectado apeló a la Corte de Apelaciones del Estado.

**ii) Decisión de la Corte:** La Corte Suprema de Arizona, concluyó que los correos electrónicos de un funcionario público no eran documentos públicos per se, dado que el criterio por el cual debían ser públicos dependían de la vinculación de lo solicitado y de un compromiso en los deberes funcionarios del afectado. Para arribar a tal pronunciamiento, la Corte baso su argumentación en lo sostenido por la Corte Suprema Estatal

de Salt- River en un caso similar<sup>215</sup>, en que aplicó un estándar predeterminado, consistente en dilucidar si la información requerida fue creada o recibida en aras de algún deber o asunto público. La Corte de Arizona sostiene que en el caso de los correos electrónicos en cuestión; no por el hecho de existir gastos de fondos públicos del Estado en su generación o en su mera posesión, lo transforma de documento confidencial a uno público. Señala que los emails aunque enviados o recibidos en computadores del servicio, pueden referirse “únicamente a asuntos personales y, por tanto, no cumplirían con el requisito sustantivo de que exista una conexión con las actividades del Gobierno”<sup>216</sup>; agregando que “los documentos estrictamente privados no dan luz alguna respecto de cómo el gobierno cumple su tarea o gasta el dinero de los contribuyentes”<sup>217</sup>.

### **B.3) Caso Sarah Palin.**

---

<sup>215</sup> El criterio que utilice la Corte Suprema de Arizona para resolver el caso fue el mismo empleado por la Corte Suprema Estatal de Salt River en *Maricopa-Indian Community v Rogers* (2001).

<sup>216</sup> *Ibíd.*, p. 422. Vid. WATKINS, John& PELZ, Richard, p. 436-437.

<sup>217</sup> *Ibíd.*

Otro de los casos que causó gran revuelo en su época, fue la divulgación de más de 24.000 páginas de correos electrónicos de la ex Gobernadora de Alaska Sarah Palin, y entonces candidata a la Vicepresidencia de los Estados Unidos por el partido Republicano. La solicitud de acceso fue formulada por un grupo de periodistas abarcando un periodo de 21 meses; mientras era Gobernadora hasta que asume la postulación a la Vicepresidencia por los Republicanos.

Especial relevancia para nuestra investigación, es la denegación de 2.275 comunicaciones de la ex Gobernadora. Entre los motivos sostenidos para su reserva, se encuentra que esta información se encuentra protegida por el privilegio ejecutivo o se vincula a la intimidad de la política<sup>218</sup>.

También vinculado a esta noticia se encuentra una solicitud de acceso a los correos electrónicos enviados y recibidos por Todd Palin, esposo de la candidata, con diversos funcionarios públicos incluida su mujer. El gobernador del Estado de Alaska Seal Parnell accedió parcialmente a la solicitud, denegando aquellos correos vinculados a la

---

<sup>218</sup> [ En línea ] en <<http://www.europapress.es/internacional/noticia-publican-correos-electronicos-sarah-palin-cuando-era-gobernadora>> [consulta 28 Agosto de 2014] y en [http://www.BBC.co.UK/mundo/noticias/2011/06/110611sarahpalinemails\\_rg.shtm](http://www.BBC.co.UK/mundo/noticias/2011/06/110611sarahpalinemails_rg.shtm) [Consulta 28 Agosto de 2014].

relación privada abogado-cliente (attorney client privilege); la privacidad de los afectados y el privilegio deliberativo del ejecutivo<sup>219</sup>.

### **3.2.- México<sup>220</sup>.**

En la siguiente sección haremos referencia al marco normativo e institucional sobre transparencia y acceso a la información pública de México; quienes gracias a su contribución al régimen democrático y elevados estándares internacionales, han colocado a éste país como un referente en materia de transparencia para otros países de Latinoamérica, incluido el nuestro.

#### **3.2.1.- Marco Constitucional.**

---

<sup>219</sup>[En línea ] en <<http://crivellawest.net/palin/docs/Stateresponse.pdf>> [ Consulta el 28 Agosto de 2014]

<sup>220</sup>Esta sección se base en el texto denominado “Órganos garantes de la Transparencia y Acceso a la información, en Chile y México” [en línea] <[http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20130820/asocfile/20130820152206/cplt\\_ifai\\_interior.pdf](http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20130820/asocfile/20130820152206/cplt_ifai_interior.pdf)> [consulta: 23 de Agosto de 2014] y por las resoluciones emitidas por el IFAI.

Una primera aproximación al derecho de acceso a la información en México, se remonta al año 1977, que por medio de una reforma constitucional vino a consagrar la obligación del Estado de garantizar el derecho a la información. Sin embargo, dado el nulo desarrollo de reglamentación expresa sobre la materia, el ejercicio de éste derecho se volvía prácticamente inútil, quedando a criterio discrecional de la autoridad la entrega de la información.

Fue el desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que vino a precisar los contornos del derecho de acceso a la información durante esta primera etapa; configurándolo como una prerrogativa de los partidos políticos para acceder a los medios de comunicación, o como un derecho complementario a la libertad de expresión<sup>221</sup>. Es sólo con la promulgación de la “Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental” (LFTAIPG), que el derecho de acceso a la información adquiere materialidad como derecho fundamental.

---

<sup>221</sup> Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a considerar que con la reforma constitucional no se quiso establecer una garantía individual consistente en que cualquier particular, pudiera solicitar y obtener de los órganos gubernamentales determinada información. Sin embargo en una segunda etapa evoluciona reconociendo una verdadera garantía individual que obliga al Estado y a la autoridad requerida a entregar la información.

**3.2.1.1.- Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

Artículo 6°: "... El derecho a la información será garantizado por el Estado. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto



que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales que establece la Constitución.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deben hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley”<sup>222</sup>.

### **3.2.2.- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG).**

---

<sup>222</sup> Artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última modificación por el decreto del 7 de Febrero del 2014.

Con su publicación en el Diario Oficial de la Federación<sup>223</sup>, se propició un cambio en la relación entre el Estado y los gobernados; permitiendo la participación y el escrutinio público de la ciudadanía en la actividad del Estado.

### **3.2.2.1.- Objetivos de la ley.**

Entre los objetivos principales que busca alcanzar esta normativa, se encuentran:

1.- Garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes Ejecutivos, Legislativo, Judicial, los órganos constitucionales autónomos y cualquier otra autoridad federal.

2.-Transparentar la gestión pública, favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos de manera que puedan evaluar el desempeño de las entidades gubernamentales.

---

<sup>223</sup> Se publicó en el Diario Oficial de la Federación Mexicana, el 12 de Junio del 2002.

3.-Mejorar la organización, clasificación y manejo de los documentos contribuyendo a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de Derecho<sup>224</sup>.

### **3.2.2.2.- Aspectos Relevantes de la LFTAIPG.**

Esta ley se estructura sobre 3 pilares fundamentales:

- La obligación de los órganos del Estado de poner a disposición de sus ciudadanos, un conjunto de informaciones sin que medie solicitud alguna, que les permita tener conocimiento directo sobre sus funciones, estructuras, acciones y recursos económicos asignados.
- Derecho de los particulares de requerir información a los organismos obligados.
- Creación de instituciones responsables de su aplicación e interpretación.

---

<sup>224</sup> Véase artículo 4 LFTAIPG.

La LFTAIPG expresa que toda información gubernamental tiene carácter público, disponiendo que en caso de duda sobre la naturaleza privada o pública de determinada información, deberá resolverse en favor de su publicidad. Asimismo, la ley concede a los ciudadanos el derecho de solicitar información a las entidades gubernamentales por medio de procedimientos sencillos y expeditos, sin necesidad de acreditar interés alguno ni justificar el uso que se le dará a ésta.

Frente a la negativa de acceso a la información solicitada, la LFTAIPG consagra una reclamación en primera instancia ante un órgano administrativo autónomo (IFAI que veremos más adelante), y en segunda instancia ante los tribunales del poder judicial de la federación.

Finalmente la LFTAIPG faculta a los poderes Legislativo y Judicial, órganos constitucionales autónomos, para fijar sus propios procedimientos de acceso a la información en el ámbito de sus competencias.

### **3.2.2.3.- Excepciones a la publicidad de la LFTAIPG.**

En el capítulo III de la mencionada ley<sup>225</sup>, se hace referencia a aquellas informaciones que tendrán el carácter de reservada o secreta, que coinciden a grandes rasgos con las mencionadas en la LAIP Chilena. Se encuentran:

1.- Aquellas que puedan comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional.

2.- Las que puedan menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al estado mexicano.

3.- Las que puedan dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país.

4.-Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona.

5.-Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las

---

<sup>225</sup> Artículos 13° y 14° de la LFTAIPG.

operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

También se considerará información reservada entre muchas otras, aquella que por disposición expresa de una ley sea declarada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial, los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal, los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos y las informaciones que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada<sup>226</sup>.

### **3.2.3.- Leyes Estatales de Acceso a la Información Pública.**

Corresponden a las leyes equivalentes a la LFTAIPG en el resto de los Estados de la República Mexicana, que garantizan las condiciones necesarias para que cada mexicano pueda acceder a los documentos que

---

<sup>226</sup> Artículo 14° LFTAIPG.

dan fe del despliegue gubernamental de las autoridades dentro de su territorio.

### **3.2.4.- Institucionalidad Mexicana sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública.**

#### **3.2.4.1.- Instituto Federal de Acceso a la información y Protección de datos (IFAI).<sup>227</sup>**

El IFAI es el órgano encargado de velar por el acceso a la información pública y protección de datos personales. El IFAI es un organismo descentralizado con autonomía constitucional, tanto operativa, presupuestaria y de decisión. Está encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información, de resolver recursos de revisión ante la negativa a solicitudes de acceso a información, y de proteger los datos personales en poder de la Administración Pública

---

<sup>227</sup> El IFAI sufrió su última modificación con la publicación en el Diario Oficial del Decreto del 7 de Febrero del 2014, por el cual se introducen una serie de reformas a la Constitución ligadas a la transparencia, entre las cuales dota de autonomía constitucional al IFAI, se amplían los sujetos obligados al derecho de acceso a la información y establece las bases de transparencia para las entidades federativas.



Federal y de los particulares. En su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, imparcialidad, independencia, eficacia, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.

#### **3.2.4.2.- Secretaria de la Función Pública (SFP).**

Órgano encargado de imponer sanciones administrativas en caso de incumplimientos a la legislación sobre acceso a la información pública; además de contar con un programa nacional de rendición de cuentas y transparencia.

#### **3.2.4.3.- Unidades de Enlace.**

Las Unidades de Enlace son el vínculo entre el particular y la institución pública a la cual se formula la solicitud de información. Dichas unidades deben promover que todos los ciudadanos conozcan los

beneficios del derecho de acceso a la información pública; facilitando que cualquier persona ejerza este derecho fundamental.

Entre las principales funciones que desempeñan, se encuentran las de recibir y tramitar las solicitudes de información, gestionando al interior de las distintas reparticiones públicas los documentos requeridos en tiempo y forma, supervisan y coordinan el cumplimiento interno de la LFTAIPG en cada dependencia.

### **3.2.5.- Jurisprudencia del IFAI.**

México es una de las pocas legislaciones en que el tema se encuentra expresamente zanjado. Sin embargo, dicha solución no vino dada como podría pensarse por su ley de Transparencia, sino por intermedio de resoluciones de carácter administrativo emitidas por el IFAI. En esta línea, el órgano encargado de garantizar la transparencia en México, dictó las "Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública", las cuales indican que los correos electrónicos de

archivo (correos institucionales que registran información relativa a un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable, generado, recibido o conservado bajo cualquier título, en la organización del trabajo, en el ejercicio de atribuciones de las dependencias o entidades y la actividad o desempeño de los servidores públicos, incluidos los procesos deliberativos respectivos) y sus documentos adjuntos se consideran parte de las definiciones de "Documentos" e "Información" que el artículo 3° de la LFTAIPG contempla<sup>228</sup>. Agregando que "por ello, ante una solicitud de acceso a la información, en donde se requiera acceso al contenido de correos electrónicos institucionales enviados o recibidos en ejercicio de la función pública, la misma deberá atenderse en términos del procedimiento previsto en la propia ley para cualquier solicitud de acceso a la información"<sup>229</sup>.

A continuación, describiremos brevemente algunos de los casos resueltos por el IFAI.

---

<sup>228</sup> Este mismo argumento sostiene el Consejo para la Transparencia en Sentencia rol C-406-11. Considerando 9°.

<sup>229</sup> Criterio 8/10 emitido por el IFAI. [en línea] <<http://inicio.ifai.org.mx/Criterios/Criterio%20%2008%2010Correos%20electr%C3%B3nicos%20suscceptibles%20de%20acceso.pdf>> [consulta 23 de Agosto de 2014].

**A) Colegio de México, AC- María Marván Laborde.**

**i) Antecedentes del caso:** la Sra. Laborde solicita al Colegio de México, copia de los correos electrónicos enviados y recibidos entre marzo y mayo del 2007 por distintos funcionarios públicos de dicha institución. Ante tal presentación la institución pública deniega la información solicitada, sosteniendo que luego de una revisión interna confirma que la información requerida es inexistente.

**ii) Decisión del Caso:** No obstante rechazar el recurso de revisión deducido por el particular, el IFAI reconoce que los correos electrónicos de funcionarios públicos son documentos susceptibles de acceso a la información. Así sostiene que "es criterio de este Instituto que las comunicaciones enviadas y recibidas a través de correos electrónicos por servidores públicos, en ejercicio de sus atribuciones, constituyen documentos e información en términos de las fracciones III y V del artículo 3° de la LFTAIPG, por lo que ante una solicitud de acceso a la información, en donde se requieran correos electrónicos, la misma deberá atenderse en términos del procedimiento previsto en el título II de la Ley en

la materia"<sup>230</sup>. Agrega que " de esta forma, partiendo de la premisa apuntada, es decir, que los correos electrónicos de archivo son considerados documentos, de conformidad con la definición de la LFTAIPG, este Instituto recomienda que los correos electrónicos de archivo y sus documentos adjuntos se conserven en el expediente electrónico del asunto de que se trate, por lo que el plazo de conservación deberá corresponder al que se fije en el Catálogo de Disposición Documental al efecto"<sup>231</sup>.

**B) Comisión Federal de Mejora Regulatoria- Sigríd Arzt Colunga.**

**i) Antecedentes del Caso:** Mediante el sistema de informaciones INFOMEX, la Señorita Colunga solicita a la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, todos los correos electrónicos enviados y recibidos de abril del 2009 en adelante (octubre de ese año) recibidos a el correo institucional del señor Carballo. Frente a tal requerimiento, la aludida responde que dicha

---

<sup>230</sup> Considerando 4º, Resolución del IFAI expediente 3069/08.

<sup>231</sup> *Ibíd.*

información no corresponde a información pública en el marco de LFTAIPG, toda vez que se trata de una solicitud genérica de correos electrónicos ( sin atender atribución, materia o asunto sobre el cual solicita información), además de tratarse de correos personales del funcionario aludido. Frente a dicha denegación el particular decide recurrir de revisión ante el IFAI.

**ii) Decisión del caso:** El IFAI acogió el recurso de revisión de la recurrente, revocando la decisión del órgano público requerido, argumentando que la solicitud de información, contenía la suficiente especificidad para la entrega de la información requerida. Además reitera el criterio fijado por ellos, en orden a considerar información pública aquella contenida en correos electrónicos de servidores públicos. Sostiene que " el considerar a los correos electrónicos de los servidores públicos como documentos susceptibles de acceso, este Instituto considera que el sujeto obligado no atendió adecuadamente la solicitud de información del recurrente"<sup>232</sup>.

En la misma línea sostiene que "los correos electrónicos de servidores públicos, relacionados con sus atribuciones jurídicas, son

---

<sup>232</sup> Considerando 5º, Resolución del IFAI, expediente 5476/09.

documentos gubernamentales susceptibles de acceso, ya que registran el ejercicio de sus funciones o actividades y son transferidos a las unidades administrativas competentes para darles atención y seguimiento; se encuentran en medios electrónicos o informáticos, y contienen información que los sujetos obligados generaron, obtuvieron, adquirieron, transformaron o conservaron por cualquier título"<sup>233</sup>.

En el caso que la información solicitada contuviera datos personales de carácter confidencial, debe eliminarse aquella que haga identificable al titular de tales derechos.

### **3.3.- España.**

Hasta hace muy poco, España constituía uno de los pocos países europeos que hacían excepción a la tendencia internacional de contar con una ley especial de acceso a la información pública; reconociendo sólo un restrictivo derecho de acceso a los datos en poder de la Administración.

---

<sup>233</sup> *Ibíd.*, Considerando 6°.

Sólo con la aprobación de la "Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno", se vino a consolidar una verdadera estructura normativa que permitió a los ciudadanos hacer un efectivo control sobre la actuación de los órganos del Estado. Por lo cual, encontramos dos periodos claramente marcados, a los que haremos referencia a continuación.

### **3.3.1.- Primer periodo.**

Como ya señalábamos anteriormente, este periodo se caracterizaba por la inexistencia de una normativa adecuada que permitiera a los ciudadanos poder acceder a la información en poder de la Administración. Tanto es así que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional negó en su momento, que el artículo 20.1 letra d) de la Constitución Española, que consagra la libertad de información<sup>234</sup> pudiera erigirse como un derecho a la transparencia; o que habilite a cualquier individuo para exigir

---

<sup>234</sup> Artículo 20.1 letra d) Derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.



información, y mucho menos si esta se encuentra en manos de la Administración Pública<sup>235</sup>.

Es el art. 105º letra b) de la Constitución Española el que mandata al legislador a regular “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”. Sin embargo, en los términos en que fue formulado, constituye más bien un derecho de carácter programático del gobierno de turno, que un verdadero derecho.

Antes de la dictación de la ley de Transparencia Española, el derecho de acceso a los documentos en poder de la Administración era desarrollado por la Ley del Régimen Jurídico de las Administradoras Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A la que nos referiremos a continuación<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> DESANTESGUANTER, José María, .El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos, en El derecho a la información. Revista de Investigaciones jurídicas de la Escuela de libre de Derecho 12 (12): p. 531, 1998.

<sup>236</sup>Ley 30/1992 modificada por la ley 4/1999.

### **3.3.1.1.- Leyes del Régimen Jurídico de las Administradoras Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

Esta ley, vino a desarrollar el mandato constitucional de regular el acceso de las personas a los archivos y registros de la Administración Española. Dicha norma contiene graves deficiencias y vacíos que la tornaban prácticamente inoperante.

Entre las principales críticas que se le formularon, se encuentran que limitaba el derecho a solicitar información sólo respecto de procedimientos ya terminados y archivados<sup>237</sup>, no contemplándose un procedimiento adecuado para tutelar el derecho de requirente a la información solicitada. Otros de los puntos negativos de la legislación en comento, eran la creación de restricciones adicionales a las previstas por la propia Constitución Española; y la imposibilidad absoluta de subsanar aquellas solicitudes genéricas de información.

---

<sup>237</sup> Artículo 37º actual de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la ley de Transparencia Española, establece “Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.

“Una especial crítica merece aquella cláusula abierta, prevista por la ley, según la cual el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga la ley, lo cual, en verdad, hace depender la efectividad del derecho de acceso en una decisión- de facto – y enteramente discrecional de la Administración”<sup>238</sup>.

Todo lo señalado anteriormente llevó a la doctrina y a la jurisprudencia, a sostener que el derecho de acceso a la información contemplado en esta normativa, no se aplicaría a los documentos en poder de la Administración que contengan datos íntimos.

### **3.3.1.2.- La ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD).**

Otras de las normativas que resultan ilustrativas sobre el tema en investigación, es la LORTAD actualmente derogada por la ley Orgánica

---

<sup>238</sup> COVARRUBIAS y DÍAZ DE VALDÉS. Op. cit., p.52.

15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), que regula todos “los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los hagan susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores públicos y privados”<sup>239</sup>. Estos datos también se hacen extensivos a los contenidos en soporte informático, incluidos los correos electrónicos.

### **3.3.1.3.- Jurisprudencia de este primer periodo.**

Si bien no existe un pronunciamiento en específico sobre los correos electrónicos de los funcionarios públicos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está marcada por la protección de este tipo de comunicaciones. Entre los argumentos sostenidos por esta magistratura; se encuentra que si se permitiera el acceso a cualquier ciudadano a este tipo de documentos, se afectaría el derecho a la intimidad de su creador.

---

<sup>239</sup> Artículo 2.1 Ley Orgánica 5/1992 LOPD.

El art. 18.1 de la Constitución Española consagra el derecho "al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen"<sup>240</sup>. En su numeral 4 finaliza señalando que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Es indudable que dentro de dicha protección se encuentran los correos electrónicos.

El principal argumento que ha dado el Tribunal para sostener la privacidad de éstos documentos, es que la injerencia en su contenido vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones. La Constitución Española en su artículo 18.3, "garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

El Tribunal Constitucional ha señalado que "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E), precisa habilitación legal"<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> Artículo 18.1C.E se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

<sup>241</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español, 49/1999, FJ 4º.

En cuanto a la extensión de la garantía del artículo 18.3 de la CE, la magistratura constitucional ha dicho que "tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación mismo al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado"<sup>242</sup>.

Teniendo en consideración aquello, el legislador español pone el acento de la garantía en la forma o canal por el cual se genera el proceso comunicativo, sin importar de manera alguna su contenido, para efectos de ponderar si es accesible al público o no. Por lo cual se refuerza el carácter inviolable de las comunicaciones contenidas en correos electrónicos, incluidos aquellos que puedan pertenecer a un servidor público.

Finalmente existe un tercer argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional Español para sostener la privacidad de este tipo de información, y que dice relación con la protección de los datos de las personas, que dada su configuración legal va mucho más allá de proteger la intimidad personal o familiar. Así ha sostenido que "el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio

---

<sup>242</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español 114/1984, FJ. 7°.

de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o a cualquier otro bien constitucionalmente amparado"<sup>243</sup>.

### **3.3.2.- Segundo periodo.**

Con la publicación en el Boletín Oficial Español de la ley 19/2013 sobre “Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”<sup>244</sup> (en adelante LTE), se abre una nueva etapa en el derecho de acceso a la información en España, poniéndose con ello, a tono con los estándares y paradigmas internacionales sobre la materia.

A continuación se destacarán someramente sus principales aspectos, de manera que el lector pueda formarse una opinión sobre la orientación que debería experimentar el derecho de acceso a la información en tal país y el tema involucrado en esta investigación.

---

<sup>243</sup> Sentencia Tribunal Constitucional Español 292/2000, FJ 6º.

<sup>244</sup> Publicada en el Boletín Oficial Español el Martes 10 de Diciembre del 2013.

### **3.3.2.1.- Objeto de la ley.**

La finalidad que persigue esta normativa es ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública; estableciendo un procedimiento para acceder a la información pública y las diferentes obligaciones a las que se encuentran sujetos los órganos requeridos<sup>245</sup>.

### **3.3.2.2.- Sujetos obligados.**

En los artículos 2º y 3º de la ley, se menciona un catálogo amplio de instituciones obligadas a la transparencia, entre las que podemos mencionar a título meramente ejemplar las siguientes.

a) La Administración general del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la seguridad

---

<sup>245</sup> Artículo 1º de la ley 19/2013 sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: "Esta Ley tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento."



social.

c) Las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas.

d) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial etc.

### **3.3.2.3.- Concepto de Información Pública.**

Artículo 13º de la LTE: " Se entiende por información pública los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

Bajo tal definición quedarían en principio, sujetos al derecho de

acceso a la información los correos electrónicos de los funcionarios públicos, elaborados en el ejercicio de sus funciones.

#### **3.3.2.4.- Límites al derecho de Acceso.**

De esta materia tratan los artículos 14° y 15° de la LTE. El primero de ellos menciona un catálogo de excepciones a la publicidad, respecto de las cuales mencionaremos sólo de referencia a:

La seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública y los intereses económicos y comerciales entre otros. El artículo 15° de la LTE, se refiere al caso en que la información solicitada contenga datos personales según la ley LPDP; caso en el cual sólo se podrá acceder a la información solicitada si se cuenta con el consentimiento expreso y por escrito del afectado o que éste ya hubiera hecho públicos sus datos con anterioridad.

### **3.3.2.5.- Procedimiento.**

El procedimiento para acceder a la información solicitada, es bastante similar al nuestro, iniciándose con la presentación de la solicitud correspondiente ante el órgano público que posea la información, indicando los datos del solicitante, la información requerida y la modalidad que se prefiera para acceder a la información (por regla general de manera electrónica).

El ente público podrá denegar la información de manera fundada, si concurre alguna de las limitaciones o se afecten derechos o intereses de terceros. La principal novedad que ofrece el sistema Español versus el Chileno, es que todas las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición previa de una reclamación ante el Tribunal de Transparencia y Buen gobierno<sup>246</sup>.

---

<sup>246</sup> Para mayor detalle ver artículos capítulo III LTE: Artículos 12° a 24°.

## **CAPÍTULO V. REFORMAS EN MATERIA DE PUBLICIDAD Y CORREOS ELECTRÓNICOS.**

En este último capítulo veremos 3 proyectos de reformas que, al momento de concluir este trabajo, se están tramitando en el Congreso Nacional. Daremos a conocer los cambios a los que apuntan y destacaremos todo lo referido a la materia que estamos investigando.

En primer lugar, abordaremos el proyecto que reforma la LAIP. Luego de más de dos años de vigencia de dicha ley, la Diputada Andrea Molina y los hoy ex Diputados Jorge Burgos, Alberto Cardemil, Marcelo Díaz, Edmundo Eluchans y Felipe Harboe Bascuñán, éste último actualmente Senador, presentaron una moción cuya tramitación se inició el 2 de junio de 2011 y que, a la fecha de hoy, se encuentra en el segundo trámite constitucional.

El segundo proyecto es el de reforma constitucional, cuya finalidad es consagrar expresamente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública. El proyecto fue presentado por los Senadores Hernán Larraín, Isabel Allende, José García Ruminot y Eugenio

Tuma además de la ex Senadora Soledad Alvear. Su tramitación se inició el 5 de marzo de 2013 y actualmente se encuentra en el segundo trámite constitucional.

Finalmente, nos referiremos brevemente al proyecto de reforma constitucional que consagra el derecho a la protección de los datos personales. La moción fue presentada por los Senadores Felipe Harboe, Hernán Larraín, Pedro Araya, Ricardo Lagos y Eugenio Tuma. El ingreso del proyecto fue el 11 de junio de 2014 y se encuentra en el primer trámite constitucional, esperando pasar a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Como podemos ver, al menos dos de las tres reformas que estudiaremos, fueron elaboradas e iniciaron su tramitación durante el gobierno anterior; correspondiente a la época de confección de la presente memoria. Igualmente, la conformación de la cámara de Diputados y el Senado, ha cambiado tras las últimas elecciones. Estos antecedentes deben ser tomados en consideración al leer los siguientes párrafos, ya que, como se puede comprobar en este mismo trabajo, los proyectos de ley pueden

sufrir importantes modificaciones durante su tramitación, más aun cuando han ocurrido los cambios ya señalados.

### **1.- Proyecto de ley que modifica la Ley sobre Acceso a la Información Pública.<sup>247</sup>**

La iniciativa se fundamentó en la necesidad de introducir modificaciones que perfeccionen las disposiciones de la LAIP, en busca de salvar debilidades o falencias detectadas a lo largo de su aplicación en los años que lleva en vigencia, y reforzar la institucionalidad que regula al CPLT.

En razón de dicha finalidad, el proyecto propone realizar cambios en siete aspectos:

---

<sup>247</sup> CHILE. Cámara de Diputados de Chile. Boletín N° 7686-07, Proyecto de Ley que Modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. 2 de junio 2011 [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=8086&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=8086&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 8 de Octubre 2014].

- i) En materia de transparencia activa, se proponen modificaciones destinadas a mejorar el contenido de la información pública y aumentar los niveles de transparencia, recogiendo algunas de las prácticas que el Consejo de Transparencia ha señalado en su Instrucción General.

En lo relativo a la información del personal de planta y el personal a contrata y a honorarios, el proyecto busca compatibilizar el reglamento con la ley, incorporando en esta última, al personal sujeto al Código del Trabajo, quienes sólo estaban contemplados en el primero. Asimismo, pretende agregar de forma obligatoria la información relativa a las autoridades que no tienen la calidad de funcionarios públicos.

En cuanto a las remuneraciones, se estima que lo más beneficioso para la transparencia de esta información, es señalar de forma específica las remuneraciones que reciben cada uno de los funcionarios y no mediante escalas de remuneraciones; esto en razón de que muchos funcionarios gozan de asignaciones especiales, lo que complica la determinación exacta de la remuneración.

Por último, se cree conveniente establecer una obligación de transparencia activa en materia de declaraciones de intereses y de patrimonio.

- ii) En materia de acceso a la información y notificación de terceros, se propone el perfeccionamiento normativo en orden a esclarecer ciertas indefiniciones legales, con el objetivo de otorgar certeza a quienes solicitan información como a los órganos de la Administración del Estado en la tramitación de los procedimientos administrativos de acceso a la información.

Los principales problemas en este aspecto, surgen a raíz de aquellos casos en que la solicitud de acceso recae sobre documentos o antecedentes que contienen información que pueda afectar derechos de terceros. Se señala en primer lugar, el breve plazo de dos días que establece la ley para que la autoridad analice la solicitud, estudie la información y defina si la entrega de dicha información puede afectar a los derechos de terceros. En dicho lapso de tiempo es muy difícil para el correspondiente órgano iniciar



el proceso de notificación a terceros. Por lo mismo, es necesario ampliar este plazo para proteger los derechos de los terceros de forma adecuada.

Siguiendo en lo relativo a las notificaciones, surge una dificultad en aquellos casos en que debe notificarse a una gran cantidad de personas. Se cree que dicha dificultad podría corregirse abriendo un período de información pública, estableciendo un procedimiento simple que permita conocer la opinión de algunos de los afectados antes de tomar una decisión general.

Otro problema en esta materia, es el que nace producto de aquellos casos en que no es posible notificar al tercero. En este caso, la ley pareciera entender que no hay oposición y que se debe entregar la información, pero la verdad es que los derechos de terceros siguen existiendo y pueden ser afectados. La solución propuesta consiste en permitir al órgano efectuar una ponderación de la información solicitada y proteger aquellos derechos.

Además, considerando que el plazo total del trámite es de veinte días, prorrogables por otros tres, el plazo de tres días para que el tercero responda es demasiado breve, por lo tanto, es necesario otorgar un mayor y más flexible plazo.

Igualmente, para los efectos de facilitar el cumplimiento de esta obligación, se considera la necesidad de establecer en la ley, criterios para la omisión de la notificación a terceros, en caso de que el servicio justifique la inexistencia de derechos afectados; si el CLPT resuelve que la entrega de la información de ningún modo puede afectar los derechos de las personas o si ya se resolvió en el mismo sentido con anterioridad; o si el servicio requerido acredita que la información solicitada tiene el carácter de secreta o reservada en virtud de una ley de quórum calificado.

A juicio de los autores de la moción, si no son incorporados estos criterios en la ley y al reglamento, una interpretación restrictiva de los correspondientes preceptos (artículo 20° de la ley y 34° del reglamento) llevaría a concluir que la notificación debe practicarse de todos modos.

iii) En materia de plazos de reserva o secreto, el artículo 22° inciso segundo, permite que a los cinco años contados desde la notificación del acto que declaró la clasificación de secreto o reserva, el servicio u órgano que la formuló pueda prorrogarla por otros cinco años más.

En opinión de los autores de la moción, esta norma no se ajustaría a las normas generales de transparencia y a procedimientos de acceso y de reclamo. Lo último, en razón que la ley no faculta a los órganos para efectuar dicha declaración en forma previa a una solicitud de acceso a la información; además, no necesariamente es el órgano público el que efectúa la declaración, sino que también pueden ser el CLPT o la Corte de Apelaciones. Todo lo anteriormente señalado, no es abordado por la norma y es necesario aclarar su alcance.

Además, se advierten dos plazos que no se interrelacionan de forma adecuada, estos son, el ya señalado plazo de calificación de secreto o reserva, de cinco años prorrogable por otros cinco, y el de diez años de custodia, preservación y seguridad respecto de los documentos declarados en esa misma calidad. Se sostiene que lo lógico sería que ambos plazos fueran iguales.

Finalmente, el artículo 22° establece plazos indefinidos en la calificación de secreto o reserva a determinados actos o documentos relacionados con el ámbito de la defensa nacional. El problema en lo señalado, radica en que se impediría de forma ilimitada el acceso del

control social a las decisiones tomadas por la autoridad. Por ello, se estima necesario establecer una instancia de revisión o desclasificación cumplido determinado plazo, ya sea por decisión de parte del propio órgano, a petición del CPLT o a instancia de parte.

iv) En materia de procedimiento de reclamos y amparos. Respecto del plazo de 15 días para interponer el reclamo ante el CPLT, se estima necesario ampliarlo debido al gran porcentaje de reclamos declarados inadmisibles por ser extemporáneos. Además, se propone la idea de establecer que el cumplimiento de dicho plazo no agota el ejercicio del derecho de acceso respecto de la información solicitada, sino que existe la posibilidad de presentar una nueva solicitud sobre la misma información y, si es denegada, volver a recurrir al CPLT.

Asimismo, producto del gran número de reclamos que se presentan ante el CPLT, se estima necesario otorgarle a dicho organismo la facultad para implementar instancias alternativas de solución de conflictos. En caso de no tener éxito la instancia, la información reunida en ella no podrá ser utilizada para la futura resolución del caso ni las opiniones emitidas

inhabilitarán al Consejo para la adopción de la decisión definitiva. Se plantea facultar al CPLT para disponer en forma genérica de esta solución y para determinar su procedencia.

En relación a la publicidad o secreto de los documentos que se acompañan durante el procedimiento de reclamo o amparo, se cree necesaria la modificación de la disposición de la ley que establece que cuando la información es declarada secreta o reservada, también tienen tal carácter los escritos, documentos y actuaciones que han servido de base para tal pronunciamiento. La razón de la medida está en que no es posible saber a priori como se va a resolver un determinado caso, por lo tanto, en atención al principio de bilateralidad, sólo debiera disponerse como secretos los documentos que revelen dicha información, siendo público el resto del expediente, presumiéndose públicos los documentos agregados a éste, salvo que, a petición de quien los presenta, el CPLT estime necesario darles el carácter de reservado durante el proceso.

Finalmente, el plazo de cinco días que establece el artículo 27° para resolver el reclamo, es considerado demasiado breve, por lo que creen conveniente extender el plazo, aplicar los plazos generales de tramitación

de los procedimientos administrativos o modificar la época desde la que se cuenta el plazo de resolución.

- v) En materia de reclamo de ilegalidad. En cuanto a los recursos en contra de las decisiones del CPLT, se ha acogido a tramitación el recurso de reposición que dispone la ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, pero la LAIP sólo contempla el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones; en consecuencia, se estima necesario precisar si ambas instancias concurren copulativamente o sólo una de ellas.

Otro problema que es necesario resolver, es el que se presenta en relación a la Corte de Apelaciones competente para conocer del reclamo. Conforme al criterio establecido en la LAIP, que fija la competencia en el domicilio del reclamante, pueden existir dos tribunales competentes como ocurriría en el caso en que el domicilio del solicitante fuera distinto al del órgano requerido, siendo competente la corte del domicilio del solicitante y la corte del domicilio del órgano.

Igualmente, se da cuenta de la necesidad de modificar la situación a que da pie el artículo 29° de la LAIP, en virtud del cual los órganos requeridos pueden suspender la entrega de la información a la que son obligados en virtud de una decisión del CPLT, tan sólo interponiendo el reclamo de ilegalidad; pues dicho artículo no exige notificar el reclamo. En consecuencia, el órgano puede perpetuar discrecionalmente la suspensión de la entrega de la información hasta que disponga la notificación. Debido a lo señalado, se propone establecer que no sea necesaria la notificación y señalar un plazo para que el CLPT y el tercero interesado emitan un informe, en un procedimiento similar al del recurso de protección.

- vi) En cuanto al CPLT y sus funciones. Se propone establecer al CPLT la obligación de realizar, en términos formales y obligatorios, una cuenta pública de la gestión anual.
- vii) En materia de infracciones y sanciones establecidas en la LAIP. La ley contiene infracciones por denegación infundada, por no entrega oportuna de la información requerida y por incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa, sin embargo,

no existe sanción para la situación que se produce cuando el órgano requerido niega la entrega de información al CPLT, o cuando la entrega de información, al CPLT o al solicitante, es incompleta, inexacta o falsa. Por tanto, se propone ampliar el campo de infracciones disponiendo que serán tales el incumplimiento de las obligaciones que impone esta ley, su reglamento y las instrucciones generales dictadas por el Consejo.

En cuanto a las infracciones específicamente, se sostiene que las sanciones prescritas en la LAIP son muy acotadas, por lo tanto, se propone ampliar el rango de sanciones agregando la censura, multas, y la suspensión en términos similares a los previstos en el Estatuto Administrativo.

Además, se señala que es necesario precisar el concepto de sujeto infractor contenido en el artículo 47° de la LAIP, esto debido a que se sanciona con multas a quien incumple las normas sobre transparencia activa, a diferencia de las infracciones al derecho de acceso a la información, donde se castiga al jefe superior del servicio; produciéndose una dificultad en identificar al infractor, en instituciones donde distintas



unidades tienen participación en la toma de decisiones acerca de la información a publicitar.

Asimismo, la LAIP no indica la manera en que se aplicarán las sanciones, multas y suspensiones, impuestas por el CPLT a los jefes superiores de los servicios cuando incurren en las infracciones señaladas. En la moción se proponen fórmulas que permiten la aplicación de las sanciones señaladas, esto es, en el caso de la multa, dar una orden directa a los jefes de presupuesto de los órganos respectivos para que apliquen el descuento, sin necesidad de que exista una orden de su superior jerárquico. En cuanto a la suspensión, el envío de un oficio directo al jefe de personal para que ordene la suspensión temporal y aplique la multa, sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas propias del cargo, e informar al CPLT el cumplimiento de la sanción. En resumen, se requiere de una norma administrativa habilitante que permita aplicar las sanciones de forma directa.

Como se puede notar, el proyecto original no hacía referencia al problema generado por las solicitudes de acceso a los correos electrónicos enviados o recibidos por funcionarios públicos desde cuentas de correos

institucionales. El tema recién fue introducido en la tramitación llevada a cabo en el Congreso, gracias a las indicaciones presentadas por el Ejecutivo. La principal razón que llevó al gobierno del Presidente Sebastián Piñera a presentar dichas indicaciones fueron, esencialmente, los casos en que se vieron involucrados el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y la Subsecretaría del Interior, los cuales llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional a través de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuestos por dichas reparticiones públicas. Los recursos fueron acogidos fundamentándose en diversos criterios, los que explicamos en un capítulo anterior, por lo tanto, se negó el acceso a los correos electrónicos solicitados. Sin embargo, el problema no quedó zanjado y las posiciones contrarias aún eran mantenidas por sus respectivos defensores.

Ante la situación descrita, el Ejecutivo consideró necesario legislar sobre el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, debido a la masiva penetración que ha tenido la tecnología en la función de los órganos de la Administración del Estado, para lograr así que su uso no sea un obstáculo en la transparencia con que deben actuar dichos órganos. Además, con estas indicaciones se ha tratado de fortalecer el principio de

transparencia, velando por el buen funcionamiento de los órganos del Estado y el respeto del derecho a la privacidad del que gozan también los funcionarios públicos.

Las indicaciones presentadas por el Ejecutivo, relativas a la materia que trata nuestro trabajo, van dirigidas a realizar los siguientes cambios a la LAIP: modificar el artículo sexto inciso primero; incorporar al artículo 8° nuevos incisos quinto al noveno; incorporar al artículo 9° nuevos incisos cuarto al sexto; incorporar al artículo 10° nuevos incisos tercero y cuarto; agregar nuevos artículos 12°, 20°bis y 25°bis. Por último, se presentaron indicaciones para modificar otras normas, como son los casos del 65°bis de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central, contenida en el artículo primero de ley N° 18.840, incorporando nuevos incisos cuarto, quinto, sexto y séptimo, y el 4° de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, incorporando nuevos incisos quinto, sexto y séptimo.

A continuación, revisaremos las indicaciones que, a nuestro parecer, son las más relevantes.

### **1.1.- Inclusión de incisos tercero y cuarto al artículo 10° de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Esta fue una de las indicaciones más discutidas. En la primera propuesta del Ejecutivo se establece de forma expresa que el derecho de acceso a la información alcanza al contenido de los correos electrónicos en cuestión. Los requisitos que se deben cumplir para poder acceder a ellos son: a) Que se trate de correos electrónicos que autoridades, funcionarios y servidores públicos hayan enviado o recibido en el ejercicio de sus funciones; b) Que dichos correos hayan sido enviados o recibidos a través de casillas electrónicas institucionales; c) Que se traten de actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado; d) Dichos actos y resoluciones deben ser finales, salvo excepciones legales; e) Se debe constatar que existe un interés público en su divulgación.

En opinión del Ejecutivo, al referirse a los actos y resoluciones finales, se buscó proteger el proceso deliberativo previo a la decisión, ya que, los correos electrónicos serían una vía comunicativa similar a las llamadas telefónicas donde las autoridades y funcionarios públicos emiten

opiniones, las cuales quedarían expuestas al escrutinio público si se permite el acceso a otra clase de información diferente a la señalada en la indicación.

Además, el Ejecutivo propuso que la solicitud de la información señalada deba contener determinados datos, estos son: contenido de la información solicitada, fecha de emisión o recepción de los correos, emisores o destinatarios y los demás datos necesarios para identificar y localizar los correos requeridos. Si la solicitud no cumple con los datos prescritos, se aplicará el artículo 12° de la LAIP, es decir, se requerirá al solicitante, de manera fundada, para que, en un plazo de 5 días desde la respectiva notificación, subsane la falta, si no lo hace, se entenderá desistido de su petición. Sin embargo, si se considera infundado el requerimiento de subsanación y se niega la tramitación de la solicitud, el requirente podrá, en virtud de los artículos 24° y siguientes, recurrir de amparo.

El objetivo del Ejecutivo con la indicación era definir y determinar el alcance del acceso a la información contenida en los correos electrónicos.

Respecto del nuevo inciso tercero, el Ejecutivo sostuvo que en cuanto a los sujetos obligados, se buscó crear una formula amplia para definirlos. En relación a los actos y resoluciones a que se refiere, se remiten a las definiciones que contienen la ley N° 19.880. Por último, la incorporación de la exigencia de interés público se origina como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional en la materia y a la jurisprudencia del CPLT, las que servirán para su interpretación.

El Ejecutivo sostuvo que la razón de los requisitos que debe contener la solicitud de acceso a la información, establecidos en el nuevo inciso cuarto, es que se considera inconveniente la posibilidad de solicitar todos correos electrónicos que puedan enviar y recibir las autoridades y funcionarios públicos, por lo tanto, se busca proteger el derecho a la privacidad restringiendo el acceso a los correos que sean identificados de manera precisa, ya que, los casos en que puede accederse a comunicaciones privadas deben ser determinados y específicos.

Propuesta la indicación por el Ejecutivo, se inició la discusión en que participaron diferentes actores, entre ellos, el Presidente del CPLT, el cual presentó diversos reparos. Antes que todo, el representante del CPLT

reafirmó la posición del organismo en orden a no considerar como comunicaciones privadas a los correos electrónicos de los funcionarios; añadiendo además, que esa era la tendencia en el derecho comparado. Sostuvo que la importancia en legislar sobre esta materia radica en que los correos electrónicos se han convertido en una importante herramienta para la gestión pública y privada, debido a sus ventajas sobre otras formas de comunicación y en lo que respecta a la calidad de los archivos. Lo último se refiere a la comparación con el formato papel.

Respecto del nuevo inciso tercero, señaló que es insuficiente, debido a que los actos y resoluciones de los órganos del Estado ya son públicos conforme lo establece el artículo 8° inciso segundo de la Constitución, lo mismo prescribe para sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen. Asimismo, el Presidente del CPLT sostuvo que el inciso segundo del artículo 5° de la LAIP establece el acceso a toda información que obre en poder del Estado, por ende, no sólo se restringe a los actos y resoluciones. En consecuencia, de la propuesta del Ejecutivo se podría entender que se puede acceder a toda la información pública de los órganos de la Administración del Estado cualquiera sea su soporte, excepto la contenida en los correos electrónicos de funcionarios públicos debido a que

se limita el acceso sólo a los actos y resoluciones contenidos en ellos. Por lo tanto, el Presidente del CPLT propuso que se agreguen los fundamentos de los actos y resoluciones que consten en correos electrónicos, así como también los correos que sean complemento o sustento directo o esencial de tales actos o resoluciones, es decir, aquellos correos que sirvan para explicarlos.

Resumiendo, en cuanto al nuevo inciso 3° propuesto, el CPLT sostiene que es una norma excesivamente restrictiva ya que se limita a confirmar lo que ya señala la Constitución. Además, se establece dos categorías de información a las que no les será aplicable la LAIP, esto es: todo correo que no sea un acto administrativo o un fundamento directo de él; y las deliberaciones previas que consten en correos electrónicos, aun cuando la Administración ya haya tomado la respectiva decisión, lo que resulta ser contrario a lo que el actual artículo 21 N° 1, letra b, de la LAIP nos señala.

Ante los reparos a la medida de incluir el acceso a los complementos directos o esenciales de un acto administrativo contenidos en los correos electrónicos, el Presidente del CPLT señaló que su inclusión no afectaría



necesariamente el resguardo al privilegio deliberativo, debido a que estos complementos forman parte del acto, por lo tanto, permiten comprender a este último.

Además, se planteó la necesidad de ampliar la potencial publicidad a las instrucciones dictadas por las autoridades de los Órganos de la Administración del Estado y que sean expresadas a través de correos electrónicos. Al hablar de decisiones e instrucciones, el Presidente del CPLT aclaró que se refiere al contenido más que a la formalidad, por lo tanto, las primeras pueden entenderse comprendidas por los últimos.

En cuanto al nuevo inciso cuarto, el Presidente del CPLT manifestó que los requisitos de admisibilidad prescritos para la solicitud de acceso a la información, harían casi imposible acceder a los correos electrónicos requeridos, ya que se necesitaría acceder a ellos previamente para conocer todos los elementos indicados en la norma. Por lo tanto, propuso que al solicitante se le exija identificar el correo por fecha, por destinatario, por materia o de cualquier otra forma que permita al órgano del Estado reconocerlo.

El entonces Diputado, Felipe Harboe, señaló que se debía precisar algunos conceptos contenidos en la indicación, entre ellos, los de servidor público, interés público y actos y resoluciones. Respecto de lo último, el Diputado teme que, a la luz de la definición del artículo 3° de la ley N° 19.880, se haga imposible acceder a los simples decretos, las ordenanzas municipales, los memorándum y otras modalidades de decisión, que se contengan en los correos electrónicos de funcionarios públicos. Además, apoyó la propuesta del CPLT en cuanto a ampliar el acceso a los actos intermedios como las instrucciones.

Lo mismo hizo Marcelo Díaz, hoy ex Diputado, al considerar que, si no se incluyen los fundamentos de los actos y resoluciones, no se produciría un efectivo avance en esta materia respecto de lo que existe hoy. También agregó que si lo que se busca al proteger el proceso deliberativo es evitar que esté condicionado por la publicidad de sus actos, perfectamente podrían ser públicos los fundamentos una vez adoptada la decisión.

El Diputado Arturo Squella y Edmundo Eluchans, hoy ex Diputados, se manifestaron contrarios a dar un mayor alcance al acceso de la

información que obra en poder de los órganos del Estado, debido a que pretender acceder a las instrucciones y discusiones de los funcionarios públicos, excede a lo establecido por la Constitución. Además, permitir la facultad de solicitar esa información podría perjudicar la eficiencia del trabajo público, condicionaría el proceso deliberativo y abriría una fuente de conflictos interminables.

Tras el debate, se incorporaron las principales observaciones, lo que dio como resultado la siguiente indicación que incorporará, en el artículo 10°, los siguientes incisos terceros y cuarto, nuevos:

“Asimismo, comprende el derecho de acceder a los correos electrónicos que, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades, funcionarios y servidores públicos hayan enviado o recibido a través de sus casillas electrónicas institucionales siempre que se trate de actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, todos éstos finales, de sus fundamentos o de aquéllos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y siempre que la divulgación de estos últimos no implique dar publicidad a deliberaciones, sin perjuicio de las demás excepciones legales. Sólo se podrá acceder a la información

indicada en este inciso, cuando se constate que existe un interés público en su divulgación.

Las solicitudes referidas a la información señalada en el inciso anterior deberán indicar, de manera precisa, su materia y los demás datos necesarios para identificar los correos requeridos, como época de emisión o recepción y emisores o destinatarios. En caso contrario, será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 12”.

Durante el segundo trámite constitucional, el Senador Larraín hizo una nueva propuesta para los incisos 3° y 4° del artículo 10 de la LAIP. De esto podemos destacar que se pretende regular el acceso a los correos electrónicos que, en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios públicos hayan enviado o recibido en sus casillas institucionales, y que no sean actos o resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, o sus fundamentos o de documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Para que sean públicos, se exige que cumplan 3 requisitos: que exista un interés público en su divulgación; que no concurra causal alguna de secreto; y que los solicitantes indiquen las circunstancias que justifican el interés público comprometido.

El CPLT concuerda parcialmente con la propuesta del Senador Larraín, ya que si bien regula todas las potenciales hipótesis de acceso a correos electrónicos, no están de acuerdo con el requisito de justificar el interés público comprometido, debido a que traslada al solicitante la carga probatoria del interés público, pero éste no ha tenido acceso al contenido del correo, y crea un requisito de admisibilidad de la solicitud, pudiendo los organismo desestimar a priori solicitudes cuya fundamentación del interés público sea vaga o general.

Por último, el Ejecutivo presentó una indicación para incorporar un artículo 4° transitorio, el que establece el momento en que va a regir lo dispuesto en el nuevo inciso tercero del artículo 10°, esto es, 30 días después de su publicación en el Diario Oficial. La nueva normativa de acceso a los correos electrónicos no se aplicará de forma inmediata, como tampoco podrá emplearse en los correos electrónicos enviados o recibidos con anterioridad a dicha fecha.

El CPLT está en desacuerdo por 3 razones: se impediría el acceso a correos electrónicos previos a la vigencia de la ley, incluso tratándose de correos electrónicos que han servido de base para la dictación de actos administrativos; considera que no es pertinente vincular la vigencia de

normas sobre correo electrónico a la vigencia de las normas sobre gestión documental, pues no se trata de ámbito especialmente vinculado; y los plazos de dictación del reglamento son meramente referenciales, lo que podría significar que la regulación del acceso a los correos no tenga aplicación efectiva.

## **1.2.- Incorporación de nuevo artículo 20°bis a la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

El artículo 20° de la LAIP contiene la comunicación a terceros que puedan verse afectados en sus derechos producto de la entrega de información solicitada por un requirente. En dicha comunicación se les informa a los posibles afectados sobre la facultad para oponerse a la entrega de los documentos solicitados.

El propuesto artículo 20°bis prescribe que en los casos en que la información solicitada sea aquella establecida en el inciso tercero del artículo 10°, es decir, documentos o antecedentes contenidos en los correos electrónicos que, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades,

funcionarios y servidores públicos hayan enviado o recibido a través de sus casillas electrónicas institucionales, se les comunicará a estos últimos, como titulares de los correos, la facultad de oponerse a la entrega de la información solicitada.

El titular de las comunicaciones podrá ejercer su derecho de oposición dentro del plazo y forma establecidos en el artículo 20°. Ante la oposición, el órgano requerido no podrá hacer entrega de la documentación o antecedentes solicitados mientras no exista decisión firme respecto de su publicidad. Si la oposición no es deducida, se entenderá que el titular no accede a la publicidad, en consecuencia, el silencio no debe ser interpretado como aceptación de la publicidad de la información.

Por último, si el titular de la información accede a su publicidad, el jefe de servicio deberá notificar a los terceros emisores de dichos correos de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 20°, siendo aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20°bis. En caso que éstos también accedan a su divulgación, el jefe de servicio podrá conocer su contenido con el fin de ponderar si respecto a ésta concurre alguna causal de secreto o reserva.

Nos surgen dudas respecto de lo que sucede si el titular de los correos electrónicos no se opone a la publicación, ya que durante la tramitación del proyecto, no se hace referencia al tema en la discusión de la indicación donde se propone la creación del artículo 20°bis. Creemos que lo lógico es aplicar, al titular de los correos electrónicos, lo señalado durante la discusión respecto del artículo 20°, donde se señaló que la idea del legislador es que, ante el silencio del tercero afectado en sus derechos y la presencia de datos personales, el CPLT aplique, si es procedente, el principio de divisibilidad, en virtud del cual aquellos datos personales deben ser eliminados de la información que se entregue al requirente. Igualmente, siempre se podrá ponderar la información solicitada y determinar si concurre alguna de las causales de reserva o secreto contempladas en el artículo 21° de la LAIP.

Creemos que la redacción de la norma hace difícil su entendimiento. Por lo mismo, la Contraloría General de la República ha señalado, en sus comentarios y aportes al proyecto, que hay incongruencia en la redacción de la norma.



### **1.3.- Incorporación de nuevo artículo 25°bis a la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Este nuevo artículo regula el procedimiento de amparo ante el CPLT, respecto de la información señalada en el nuevo inciso tercero del artículo 10° de la LAIP.

Lo relevante de este artículo es que se permita a los miembros del consejo directivo del CPLT y al jefe de servicio conocer el contenido de la información solicitada, de forma previa a tomar su decisión. De esta manera, los consejeros revisarán los correos solicitados, determinarán que correos dicen relación con la vida privada del titular o de terceros y cuáles no. Sólo respecto de estos últimos se dará traslado al jefe de servicio correspondiente, para que establezca si concurre o no alguna causal de secreto o reserva.

### **1.4.- Modificación del artículo sexto de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

La norma relativa a los correos electrónicos establecida en el inciso tercero del artículo 10° será aplicable al Congreso Nacional.

**1.5.- Incorporación de nuevos incisos cuarto, quinto, sexto y séptimo al artículo 65°bis de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.**

Esta norma regula la reclamación ante la denegación de acceso a la información, señalada en el nuevo inciso tercero del artículo 10°. El precepto, busca hacer aplicable al Banco Central el procedimiento de amparo deducido ante el CPLT, para la entrega de información contenida en correos electrónicos. La norma es casi idéntica al nuevo artículo 25°bis, en lo único que se diferencian es que en este caso el órgano que conocerá de la reclamación es la Corte de Apelaciones correspondiente.

**1.6.- Incorporación de nuevos incisos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, al artículo octavo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Esta indicación busca hacer aplicable a los tribunales que forman parte del Poder Judicial y a los tribunales especiales, la norma relativa al acceso a los correos electrónicos de que trata el nuevo inciso tercero del artículo 10°.

La Corte Suprema regulará, mediante un autoacordado, el procedimiento de acceso a la información y de reclamo.

**1.7.- Incorporación de nuevos incisos cuarto, quinto y sexto, al artículo noveno de la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Con esta norma se pretende hacer aplicable al Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, el procedimiento de amparo establecido en el nuevo artículo 25°bis.

El órgano competente para conocer de la reclamación será la Corte de Apelaciones respectiva.

**1.8.- Incorporación de nuevos incisos quinto, sexto, séptimo, al artículo 4° de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.**

Con esta norma, similar al nuevo artículo 20°bis, se hace aplicable al Congreso Nacional, el procedimiento para acceder a los correos electrónicos señalados en el inciso tercero del artículo 10°.

En caso de existir oposición o falta de pronunciamiento sobre la comunicación de la solicitud de información, será la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara de Diputados y del Senado la encargada de requerir, conocer y declarar el secreto o reserva de la solicitada información.

## **1.9.- Incorporación de un nuevo artículo duodécimo a la Ley sobre Acceso a la Información Pública.**

Con este artículo, se hace aplicable las disposiciones relativas a los correos electrónicos, establecidas en los incisos tercero y cuarto del artículo 10°, a los órganos y servicios señalados en el inciso primero del artículo 2°, como también a los siguientes órganos autónomos: Contraloría General de la República, Banco Central, Congreso Nacional, Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional y a la Justicia Electoral.

## **2.- Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública<sup>248</sup>.**

---

<sup>248</sup> CHILE. Senado. Boletín N° 8805-07, Proyecto de Ley que Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública. 24 de enero 2013. [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9211&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9211&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 11 octubre 2014].

El proyecto de ley busca otorgar reconocimiento constitucional en el artículo 8° de la carta fundamental, al principio de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas; estableciendo que éste comprende tanto el principio de publicidad como el de acceso a la información pública. Además, propone incorporar al catálogo de garantías contenido en el artículo 19° de la Constitución, el derecho de toda persona a buscar, requerir y recibir información pública, es decir, el derecho de acceso a la información pública.

Esencialmente, las razones por las que se cree necesaria esta reforma son tres:

En primer lugar, la falta de consagración expresa de los principios de transparencia, publicidad y del derecho de acceso a la información, ha generado limitaciones a sus alcances e importancia, incluso se ha cuestionado su presencia en la carta fundamental. En consecuencia, la falta de certidumbre, ha dado lugar a criterios interpretativos contradictorios, los que se han visto reflejados en las sentencias del Tribunal Constitucional.

En un principio, el citado tribunal, reconoce la consagración, al menos implícita, de los principios de transparencia, publicidad y el del derecho de acceso a la información pública, como se sostiene en el

siguiente extracto: “Finalmente, porque el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado y durante el debate sostenido en el Senado, a propósito de esa reforma, el senador Hernán Larraín sostuvo, precisamente, que: *“Los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad y, finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información con las restricciones que establecerá la ley”* (Pfeffer Urquiaga. Ob. cit., pp. 30-31).

De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental – aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 634, 9 de agosto de 2007, Considerando 9°.

Por el contrario, en recientes sentencias, el TC a utilizado un criterio interpretativo contrario al descrito anteriormente, señalando, respecto del principio de publicidad, que “el artículo 8° de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información (...) Que, en segundo lugar, tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad”<sup>250</sup>. En cuanto al derecho de acceso a la información pública, se ha sostenido que “dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución (STC 634/2007, 1990/2012, 2153/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012, 2153/2012)”<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1990, 5 de junio de 2012, Considerando 18° y 19°.

<sup>251</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2246, 31 de enero de 2013, Considerando 22°.



De esta manera, debido a la necesidad de aclarar la discusión acerca de la consagración de los principios de publicidad y transparencia en la Constitución, y porque se ha entendido que el derecho de acceso a la información pública tiene características que lo constituyen en una garantía que participa de otros derechos fundamentales, el proyecto propone establecerlos de forma expresa en la carta fundamental.

En segundo lugar, la reforma pretende lograr guiar al intérprete constitucional en esta materia. Es necesario dar certeza y seguridad a la institucionalidad del Estado, en lo relativo a los alcances de la consulta ciudadana y el derecho de acceso a la información pública, y en entender que estos principios y derechos son esenciales para fortalecer a la democracia.

Por último, se debe actualizar nuestra legislación para que se ajuste a los estándares establecidos en instrumentos internacionales sobre esta materia y que Chile ha suscrito.

El texto del proyecto que fue aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, es el siguiente:

“Artículo único.- Modifícase la Constitución Política de la República en la forma siguiente:

1.- Sustitúyese el inciso primero del artículo 8°, por el siguiente:

"Artículo 8°.- En el desempeño de sus funciones, los titulares de los órganos del Estado deben observar los principios de probidad y transparencia. Este último incluye los principios de publicidad y de acceso a la información pública".

2.- Incorpórase, en el numeral 12 del artículo 19°, el siguiente párrafo tercero nuevo, pasando los actuales párrafos tercero a séptimo a ser cuarto a octavo, respectivamente:

"Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado".

Revisando el proyecto en particular, en cuanto a la reforma del inciso primero del artículo 8° de la Constitución, el proyecto original hablaba de que, en el ejercicio de las funciones públicas, los titulares de los órganos del Estado debían dar "estricto cumplimiento" a los principios de probidad y transparencia y al derecho de acceso a la información pública. Luego de un debate, se decidió cambiar aquella expresión por la de "observar". La razón de la modificación fue la distinción que hizo el profesor Patricio Zapata, entre valores, principios y reglas.

Zapata señaló que los valores son ideas jurídico-políticas, abstractas, recogidas como conceptos, los cuales proponen un estándar de buen vivir aplicable a la vida personal y a la comunidad.

Respecto de los principios, los definió como ideas jurídico-políticas que buscan dar protección y eficacia a los valores. La Constitución puede referirse a ellos de distintas formas, esto es, expresamente utilizando el nombre dado por la doctrina; consagrando directamente sólo sus ideas centrales o estableciendo reglas explícitas de las cuales se pueden deducir lógicamente o indirectamente. Los principios contienen un mandato que debe cumplirse en cuanto sea jurídica y fácticamente posible.

Por último, sostuvo que las reglas son mandatos legales que, de forma expresa y directa, ordenan, permiten o prohíben una determinada conducta. Las reglas deben cumplirse de forma inmediata y tal cual se disponen, no se permite ponderación alguna.

En razón de la distinción descrita, se decidió no utilizar la expresión “estricto cumplimiento”, debido a que es un lenguaje propio de las reglas, por ende, inadecuado para referirse a principios.

Además, debemos destacar la consagración expresa del principio de transparencia, respecto del cual se estableció que contenía a los principios

de publicidad y de acceso a la información pública. El profesor Zapata sostuvo que transparencia y publicidad eran conceptos similares pero no idénticos. Ambos apuntan a que el asunto que se trate pueda ser examinado por cualquiera, pero se diferencian en la intensidad y extensión del referido acceso. Señaló que mientras la publicidad se puede satisfacer estableciendo un procedimiento de acceso, la transparencia necesita de una estructura general que permita, de forma permanente y proactiva, instalar los asuntos a la vista de toda la comunidad. De esta manera, se llegó al consenso de que la transparencia, en primer lugar, era un concepto más amplio y rico que el de publicidad y, en segundo lugar, que se expresa a través de la publicidad y el acceso a la información pública.

Lo último que se debe destacar del nuevo inciso propuesto, es que eleva el acceso a la información pública al carácter de principio.

En cuanto a la incorporación de un párrafo tercero al numeral 12 del artículo 19° de la Constitución, como ya hemos dicho, en él se consagra de forma expresa el derecho de acceso a la información. Esta garantía es sumamente relevante debido a que permite el adecuado ejercicio y la defensa de otros derechos fundamentales. Por lo tanto, ya no bastaría con

que su consagración se pueda desprender del tenor literal del texto de la Constitución, ni con un mero reconocimiento legal.

Por último, sólo una ley de quórum calificado puede imponer restricciones al ejercicio de este derecho. Así se evita que una simple mayoría pueda establecer condiciones poco razonables que entorpezcan u obstaculicen el ejercicio de esta garantía constitucional.

Durante el segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados introdujo 2 modificaciones al proyecto original.

Primero, se sustituye el inciso primero del artículo 8° del proyecto primitivo, por el siguiente:

“Artículo 8°.- En el desempeño de las funciones públicas sus titulares deben observar los principios de probidad y transparencia.”.

Segundo, respecto del nuevo párrafo tercero que se propone incorporar en el número 12° del artículo 19, se ha suprimido los vocablos “y condiciones” y la frase “, la que deberá ser de quórum calificado”.

En cuanto a la primera modificación, se cambió la expresión “los titulares de los órganos del Estado”, ya que podría llegar a entenderse que no comprende a quienes desempeñen tales funciones de forma temporal o

en calidad de subrogante. Igualmente, se eliminó la segunda parte del nuevo inciso primero del artículo 8° aprobado por el Senado, porque el principio de transparencia en la función pública es definido en el artículo 4° de la LAIP, al igual que el derecho de acceso a la información pública en el artículo 5° de la misma ley.

Respecto de la segunda modificación, la eliminación de los vocablos señalados se debió a que del texto aprobado por el Senado, parece desprenderse que una ley de quorum calificado puede limitar o constreñir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

Las modificaciones aprobadas por la Cámara de Diputados fueron rechazadas por el Senado en el tercer trámite constitucional.

Actualmente, el proyecto se encuentra en Comisión Mixta.

### **3.- Proyecto de reforma constitucional que consagra el derecho a la protección de los datos personales<sup>252</sup>.**

En todo nuestro trabajo, hemos dado a conocer las diferentes posiciones del debate producido en torno a la posibilidad de acceder a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, lo que necesariamente nos llevó a tocar la discusión sobre la posible vulneración al derecho a la vida privada los servidores públicos.

Actualmente, el artículo 19° número 4, consagra el derecho a la vida privada o, como se conoce globalmente, el derecho a la intimidad. Justamente, dicho derecho tiene mucha relación con el proyecto que trataremos en este apartado, el cual busca modificar el artículo 19° número 4 de la Constitución, incorporando nuevos incisos segundo y tercero, en los cuales se consagraría el derecho a la protección de datos personales.

En el mensaje del proyecto se da cuenta de la estrecha relación entre los derechos a la intimidad y a la protección de los datos personales. A esta

---

<sup>252</sup> CHILE. Senado. Boletín N° 9384-07, Proyecto de Ley que Consagra el derecho a protección de los datos personales. 11 de junio 2014. [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9798&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=9798&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 11 de octubre 2014].

última garantía, los autores de la moción la definen como aquella que reconoce al ciudadano la facultad de controlar sus datos personales y la capacidad para disponer y decidir sobre los mismos. Esta facultad es a la que se le denomina como “autodeterminación informativa”, la que resulta ser muy necesaria para la protección de la vida íntima de las personas.

Si bien los dos derechos que hemos señalado son muy cercanos, existe la tendencia global de considerar al derecho a la protección de los datos personales como un derecho autónomo. Su contenido y características diferentes al derecho a la intimidad o vida privada, lo hacen merecedor de una consagración expresa y separada de éste último. Entre sus facultades esenciales se encuentra el poder de disposición sobre los mismos; lo que permite imponer diversos deberes jurídicos a terceros, como por ejemplo, requerir el consentimiento para recoger y usar datos personales.

Según los autores del proyecto, la ausencia de una institucionalidad específica, independiente del derecho a la intimidad, ha producido graves cuestionamientos a personas jurídicas de derecho público y privado, por parte de diferentes actores de la sociedad.



En conclusión, los autores sostienen que debido a las características propias del derecho y la necesidad de una institucionalidad específica que cautele de forma efectiva los derechos asociados al tratamiento de datos personales, es necesaria la consagración expresa del derecho a la protección de datos personales como garantía en la Constitución.

Hay mucha relación entre la garantía que intenta consagrar este proyecto y el derecho de acceso a la información pública. Comúnmente se dice que existe una tensión producto de la necesidad de hacer pública cierta información que contiene datos personales, que están en manos de órganos públicos, y la protección de los datos personales. El Estado posee un enorme registro de datos personales de particulares y de funcionarios públicos, por lo que resultará importante determinar cuánta de esta información será pública y bajo qué condiciones.

Es importante que este proyecto y posteriores, logren crear un equilibrio entre ambos derechos, para así no concluir que, si bien, se ha avanzado en el terreno de protección de los datos personales, a la vez, se ha retrocedido en transparencia.

## CONCLUSIONES

1.- La evolución que ha experimentado nuestro país en materia de transparencia ha sido paulatina y de carácter reaccionaria. Pasamos de considerar en un primer momento a los órganos de la Administración Pública, como entidades incorruptibles y probas, a ejercer sobre ellos un continuo control social por medio del derecho de petición y de acceso a la información pública. La transparencia se ha visto impulsada en Chile, principalmente a causa de escándalos de corrupción al interior de la Administración, que han obligado a los gobiernos de turno a variar sus agendas legislativas con miras en avanzar en la materia. Así el caso de corrupción al interior de CODELCO, posibilitó la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública, que se erigió como el primer esfuerzo en mejorar la probidad y transparencia de la Administración. Escándalos similares, permitieron ir perfeccionando la normativa nacional en materia de transparencia, teniendo como hitos más importantes el reconocimiento constitucional de los principios de probidad y publicidad en el artículo 8° de la Constitución; el perfeccionamiento de la normativa sobre alta dirección pública; la ley de lobby y la adopción de una ley de acceso a la

información. Sin embargo, no tan sólo hechos de corrupción ha permitido avanzar en la materia, pues existieron factores externos que incidieron en esta tarea, como son el cumplimiento de compromisos internacionales suscritos por nuestro país y procesos de condena impuestos por organismos internacionales, como la aplicada por la Corte Interamericana en el caso Marcel Claude.

Tampoco debemos desmerecer las iniciativas propias por avanzar en transparencia; como fueron la tipificación de nuevos delitos relacionados con funcionarios públicos y manejo de información, y el de responsabilidad penal de la persona jurídica. Los cuales corresponden a esfuerzos legítimos y desinteresados para alcanzar el recto actuar de la Administración.

2.- La aprobación de la LAIP, representó un significativo avance en materia de transparencia, que vino a otorgar de materialidad a la garantía de acceso a la información. Entre los aspectos más relevantes de ésta normativa, se encuentran los desarrollos del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública; así como el establecimiento de un procedimiento de tutela para tal derecho. Pero sin lugar a dudas, la principal innovación que trajo su aprobación, fue la creación del CPLT;

órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de las normas de transparencia y de resolver los reclamos frente a la denegación de información por parte de los órganos del Estado.

Dicha normativa no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina, debido a lo sesgado de su regulación y a la aplicación diferenciada que recibe, dependiendo del tipo de entidad de que se trate.

Así la Contraloría General de la República, el Banco Central y las empresas públicas del Estado reciben un tratamiento especial, siéndoles aplicables sólo algunas de las normas de la LAIP, en la medida que ella haga referencia a éstos organismos y a lo que dispongan sus respectivas leyes orgánicas constitucionales sobre las materias reguladas por aquella. Creemos que hubiese sido conveniente que la LAIP, desde un principio se aplicara íntegramente a la totalidad de las entidades públicas, incluidos los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, teniendo un mayor impacto en el devenir de nuestra sociedad democrática.

3.- Respecto a la cuestión promovida en esta investigación, referida a los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por funcionarios públicos, podemos constatar que existen dos visiones

contrapuestas sobre el tema. Una sostenida por el CPLT, que considera que dichos correos constituyen información pública en los términos que expone el artículo 5° inciso 2° de la LAIP, susceptible por tanto de acceso por los particulares a través del derecho de acceso a la información; y la otra sostenida por el Tribunal Constitucional como garante y máximo intérprete de la Constitución, quienes afirman que tales comunicaciones se encuentran amparadas por las garantías del artículo 19° N 4 y 5, referidas a la protección de la vida íntima y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Ambas visiones presentan una sólida argumentación jurídica en apoyo a su posición, que dificulta notoriamente tomar partida por alguna de ellas, de manera de destrabar la colisión a favor de alguno de los derechos fundamentales. Esto se ve acentuado además por la vacilante jurisprudencia de nuestros tribunales, quienes han reconocido el carácter de público de este tipo de información en determinados casos y en otros, se han inclinado por su carácter privado por tratarse de comunicaciones amparadas por el artículo 19° N°5 de la Constitución.

Creemos que la publicidad o privacidad de los correos electrónicos de un servidor público, puede ser analizada desde un punto de vista formal y desde uno substancial o material. Desde un punto de vista estrictamente formal, tomando en consideración las normas jurídicas involucradas, en específico, el artículo 8° de la carta fundamental, la supremacía de la Constitución por sobre cualquier otra norma legal, y la configuración jurídica que el legislador constitucional quiso otorgar a la garantía sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, poniendo el acento en la forma, soporte o medio material en que ella se efectúa, y no en el contenido de la misma; habría que concluir que los correos electrónicos de funcionarios públicos constituyen información privada, pues se efectúan por canales cerrados, dirigidos a un receptor predeterminado, dotados por tanto de una expectativa de privacidad; coincidiendo a priori con la visión del Tribunal Constitucional, que los considera privados por no conformarse con la naturaleza jurídica de aquellos actos que el artículo 8° considera públicos; por lo que el inciso 2° del artículo 5° de la LAIP, en su aplicación al caso, excedería lo dispuesto en la Carta fundamental.

La otra forma de abordar esta problemática, es de un punto de vista substancial o material, en la cual, se parte de la base que lo relevante para

para determinar la publicidad o reserva de una información, es atender a su contenido y no a la forma en que ella se efectúa. Partiendo de esta premisa, no toda información de un correo personal es reservada, como tampoco toda información de una entidad pública es pública. Por ende, al analizar la situación de los emails institucionales de un funcionario público, se debe conocer el contenido de los mismos para efectos de ponderar si estos pudieran contener información referida a la vida privada del servidor público que impidan su acceso a la ciudadanía, dando acceso a todo lo demás que sirva a una utilidad pública.

Esta visión sostiene, que sería un despropósito el considerar que un correo electrónico de un funcionario público sea per se privado, pues no se explicaría que una información elaborada a través de un medio proporcionado por el servicio, por un funcionario en el ejercicio de su cargo y sirviendo a un interés público, pudiera afectar su intimidad.

De considerarse per se privados los correos en discusión, se afectaría notoriamente el control social que ejerce la ciudadanía, puesto que de esta manera la autoridad estaría al margen del escrutinio público, coartando el derecho de acceso a la información pública relevante; impidiendo conocer

los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos cuando ellos estén contenidos en correos electrónicos. La visión substancial concuerda plenamente con la visión del CPLT, que considera pública este tipo de información.

Por tanto, podemos concluir que la problemática planteada en esta investigación, puede ser mirada desde dos puntos de vista, los que se distinguen, principalmente, por la diferente preponderancia que se otorga al derecho a la vida privada y al derecho de acceso a la información pública, los cuales normalmente chocan en esta materia.

Los argumentos esgrimidos por las dos posturas, forman parte de dos visiones de sociedad, que si bien no son completamente distintas, presentan diferencias en la estimación de los valores de transparencia y privacidad.

4.- Al efectuar un análisis de la problemática acerca de la publicidad o privacidad de los correos electrónicos de los servidores públicos, a nivel internacional y de la legislación comparada, nos encontramos con resultados disimiles. En primer lugar, podemos constatar que no existe un pronunciamiento en específico, ya sea, en instrumentos internacionales o en la jurisdicción en general sobre el tema planteado, que nos permita



dilucidar el conflicto en favor de algunos de los derechos fundamentales en colisión. Sin embargo, podemos colegir que dada la amplitud e importancia del derecho de acceso a la información pública como garantía fundamental y lo restringido de sus excepciones a nivel internacional, reiterada por los órganos encargados de definir sus contornos y desarrollo; creemos que no habría problema en permitir el acceso a los correos electrónicos de funcionarios públicos, siempre y cuando éstos no se vinculen a su vida privada o a procesos deliberativos, y que sean elaborados o en el ejercicio de sus funciones como servidores del Estado. Con ello, se daría sustento a la finalidad de dicha garantía, de estar al servicio de un régimen democrático, necesario para garantizar el control social en el actuar de la Administración.

En cuanto a la legislación comparada analizada en la presente investigación, podemos concluir que salvo México, que tiene expresamente zanjada la polémica en favor de la publicidad de tales correos, las demás legislaciones extranjeras no se refieren directamente sobre el tema; por lo cual, podemos inferir que dados los lineamientos que han experimentado tales legislaciones y su constante evolución hacia la transparencia de la información en poder de la Administración, la información contenida en

emails institucionales de funcionarios públicos debiera considerarse pública, y por tanto susceptible de acceso por cualquier particular, haciendo eco a la tendencia internacional que la considera información pública.

5.- La polémica generada por las solicitudes de acceso a los correos electrónicos de funcionarios públicos, invocando la LAIP y la oposición de los órganos de la Administración, ha obligado a gobierno y oposición a tomar cartas en el asunto, con miras a zanjar definitivamente el conflicto. Dicha solución se ha generado a través de proyectos de ley, que persiguen la modificación de la LAIP y de la propia Constitución.

Respondiendo a la tendencia internacional, nuestro legislador dirime la polémica en favor de la publicidad de tales correos electrónicos, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos expresamente consagrados. Así, una vez que se aprueben las modificaciones a la LAIP, los particulares podrán acceder al contenido de los correos electrónicos de un funcionario público, siempre que estos sean elaborados en el ejercicio de sus funciones, y hayan sido enviados o recibidos a través de su casilla electrónica institucional. También la norma exigirá que se trate de actos y resoluciones finales del órgano de la Administración, o de sus fundamentos o de

aquéllos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y siempre que la divulgación de estos últimos no implique dar publicidad a deliberaciones previas. Además sólo se podrá acceder a la información contenida en el correo electrónico, en la medida que se constate la existencia un interés público en su divulgación.

Junto con esta medida, nos parece importante destacar aquella que permitiría a los consejeros directivos del CPLT y al jefe de servicio conocer el contenido de la información solicitada, de forma previa a tomar su decisión. De esta manera determinarán que correos dicen relación con la vida privada del titular o de terceros y cuáles no. Con esto se vendría a zanjar una vieja polémica en torno a las facultades que la ley otorga al CPLT para requerir la información previamente a tomar su decisión; y que a juicio personal nuestro, permitiría dar eficacia a la norma sobre publicidad de los correos electrónicos de funcionarios públicos frente a la oposición de su titular o de terceros. Esto debido, a que al dotar de estas herramientas al CPLT y al jefe del servicio, se evitará que el funcionario requerido, alegando la afectación de su intimidad, pueda vulnerar el acceso a los correos solicitados, volviendo inoperante en la práctica la solución dada por el legislador.

Debemos destacar a su vez, el proyecto de ley que busca incluir expresamente en el artículo 8° de la Constitución el principio de transparencia, el cual comprendería a la publicidad y el derecho de acceso a la información pública. Dicha inclusión permitiría otorgar un reconocimiento expreso a nivel constitucional al principio de transparencia definiendo sus contornos e importancia, evitando la proliferación de criterios jurisprudenciales contradictorios, dando certidumbre y seguridad jurídica sobre su adecuada interpretación.

También consideramos un significativo avance en la materia, la inclusión entre las garantías fundamentales que consagra el artículo 19° de nuestra carta fundamental, de los derechos de toda persona a buscar, requerir y recibir información pública, y a la protección de sus datos personales; con lo cual nuestra legislación se pone a tono con la legislación de países desarrollados, plasmando a nivel constitucional los estándares establecidos en instrumentos internacionales suscritos por Chile en la materia.

6.- De acuerdo al Índice de Percepción de la Corrupción de la ONG Transparencia Internacional, el cual mide los índices de corrupción percibidos en el sector público, Chile se ubica en el puesto 21 a nivel

mundial. Dentro de Latinoamérica, comparte puesto con Uruguay, siendo los países mejor ubicados de la región<sup>253</sup>.

Sin embargo, el dato anterior debemos contrastarlo con lo señalado en el V Estudio Nacional de Transparencia, realizado por el CPLT, el cual investiga el grado de conocimiento de la ciudadanía sobre este órgano y el derecho de acceso a la información pública. Respecto de los resultados obtenidos, algunos son bastantes preocupantes, entre ellos destacamos que el 73% de los consultados dijo que confía poco o nada en el sector público y el 76,3% cree que los organismos estatales son poco o nada transparentes, misma característica que el 74,7% de los encuestados cree que poseen los funcionarios públicos<sup>254</sup>.

Claramente hay una contradicción entre los dos datos citados. Sin duda, actualmente se ha generado un aumento de la desconfianza que tienen los ciudadanos en el Estado, los políticos y las empresas; hay una crisis de credibilidad. Variadas pueden ser las razones que contribuyen a este fenómeno, entre ellas: el revuelo público causado por las noticias de

---

<sup>253</sup> Transparency International. Corruption Perceptions Index 2014. 3 de diciembre 2014. [en línea] <[http://issuu.com/transparencymagazine/docs/2014\\_cpibrochure\\_en?e=2496456/10375881](http://issuu.com/transparencymagazine/docs/2014_cpibrochure_en?e=2496456/10375881)> [consulta: 10 de Diciembre 2014].

<sup>254</sup> Chile. Consejo para la Transparencia. 5° Estudio Nacional de Transparencia. 16 de enero 2014. [en línea] <[http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20140116/asocfile/20140116115807/ent\\_2013\\_final\\_conferencia\\_16\\_01\\_2014.pdf](http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20140116/asocfile/20140116115807/ent_2013_final_conferencia_16_01_2014.pdf)> [consulta: 10 de Diciembre 2014].

casos de corrupción, los entes involucrados, el mayor acceso a la información, que ha aumentado el control social por parte del ciudadano común y ha permitido una mejor y más completa cobertura periodística de los escándalos, además el internet ha facilitado el proceso de solicitud de información, así como también, con las redes sociales, ha contribuido a la divulgación y discusión de estos casos.

Ante esta situación, ¿podemos decir que Chile es un país corrupto? Creemos que la respuesta es no. Es un hecho que las denuncias por delitos de corrupción han aumentado año tras año, pero éstas representan un porcentaje muy pequeño del total de las denuncias recibidas por el Ministerio Público<sup>255</sup>.

De todo lo anterior se desprende que la corrupción no es una práctica generalizada, pero los casos ocurridos son poderosamente condenados por la sociedad y producen una gran sensación de desconfianza difícil de superar.

El caso de los correos electrónicos dado a conocer en este trabajo, es representativo de la sociedad actual, la que exige información del

---

<sup>255</sup> CHILE. Fiscalía de Chile, Unidad Especializada en Anticorrupción. (2014). Informe cuenta pública 2014. [en línea] <[http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/docu/unidad\\_especializada\\_anticorrupcion.pdf](http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/docu/unidad_especializada_anticorrupcion.pdf)> [consulta: 15 de Diciembre 2014].

funcionamiento de las organizaciones públicas o privadas y rechaza la opacidad.

Es necesario que el gobierno y los legisladores trabajen para recuperar la confianza de los ciudadanos. Los proyectos de reforma a la ley LAIP y reforma constitucional al artículo 8° de Constitución, se dirigen en ese camino, pero creemos que hay una agenda legislativa pendiente que es igual de importante para lograr dicho objetivo. Los proyectos de ley sobre Probidad en la función pública, ley de Partidos Políticos (con el tema del financiamiento en la palestra), Cuenta pública de las autoridades del Congreso y que autoriza el levantamiento del secreto bancario en investigaciones de lavado de dinero, y transparentar el financiamiento de la política, resultan medidas necesarias para fortalecer la transparencia, restaurar la confianza y robustecer la Democracia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y revistas**

1. ACKERMAN, John y SANDOVAL, Irma. 2005. Leyes de Acceso a la Información en el Mundo. Cuadernos de Transparencia núm. 7, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. México. 61p.
2. ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. 2004. Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático (5): 191-202.
3. ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel y CERDA SILVA, Alberto. 2005. Sobre la Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas: Ley N°19.927 que Tipifica los Delitos de Pornografía Infantil. Anuario de Derechos Humanos (1): 137-142.
4. ARELLANO GÓMEZ, Pilar. 2014. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del art. 8° de la Constitución Política: Equilibrio entre el mandato constitucional de publicidad y las causales de reserva o secreto. Revista de Derecho Público (80): 11-40.
5. ARRIETA CORTÉS, Raúl. 2005. Derecho a la vida privada: Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Revista Chilena de Derecho Informático (6): 147-157.
6. CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2011. El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho Público (74): 211-240.



7. CAMACHO CEPEDA, Gladys. 2011. La delimitación de la noción de información pública y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. *Gaceta Jurídica* (375): 7-23.

8. CASTRO MARTÍNEZ, Karla y MORENO CARRASCO, Diego. El derecho de acceso a la información pública frente a las autonomías constitucionales: El caso del Banco Central y la Contraloría General de la República. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 413 p.

9. CEA EGAÑA, José Luis. 1996. El Derecho Constitucional a la Intimidad. *Gaceta Jurídica* (194): 27-34.

10. CEA EGAÑA, José Luis. 2003. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago. 580 p.

10. COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA. 1996. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción. *Revista de Ciencia Política* 18 (1 y 2).

11. CONTESSE SINGH, Jorge. 2006. La opacidad del Administrador y la indulgencia judicial: Jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile. *En*: Libertad de expresión en Chile. Santiago. Centro de Derechos Humanos UDP. pp. 97-108. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/wp-content/uploads/2009/07/la-opacidad.pdf>>, [consulta: 22 diciembre 2013].

12. CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo. 2014. Secretos de Estado: transparencia y seguridad nacional. Santiago, Legal Publishing. 195p.
13. COPPEL, Philip. 2010. Information Rights: Law and Practice. 3era ed. Portland Oregon, Hart Publishing. 1485p.
14. CORRAL TALCIANI, Hernán. 2000. Configuración Jurídica del Derecho a la Privacidad II: Concepto y Delimitación. Revista Chilena de Derecho 27 (2): 331-335.
15. CORRAL TALCIANI, Hernán. 2001. La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial. Revista de Derecho Univ. Católica del Norte (8): 159-175.
16. CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRAFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN. 2015. Informe Final. 216p. [en línea] <<http://consejoanticorrupcion.cl/lanzamiento-final>> [consulta: 26 de mayo de 2015].
17. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. Los órganos garantes de la transparencia y el acceso a la información en Chile y México. Disponible en [www.consejotransparencia.cl](http://www.consejotransparencia.cl) .
18. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA. 2010. Ley No. 20.285: Ley de acceso a la información pública: reglamento de la ley de acceso a la información: instrucciones del Consejo para la Transparencia no. 1, 3, 4, 5, 6 y 7. Chile.

19. DESANTES GUANTER, José María. 1988. El derecho a la información en el contexto de los derechos humanos, en el derecho a la información. Revista de Investigaciones jurídicas de la Escuela de libre de Derecho 12 (12): 511-549.
20. ELIADES, Analía y BASTONS, Jorge Luis. 2006. Panorama del derecho al acceso a la información pública en el Derecho Comparado. Información Pública 4 (1): 103-123.
21. ESPINOZA CONTRERAS, Julio César. 2011. Ley de transparencia y empresas públicas en la jurisprudencia. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 160p.
22. FERNÁNDEZ GONZALEZ, Miguel Ángel. 2009. Objeto del principio de publicidad, a propósito del artículo 5° de la Ley N° 20.285. Revista de Derecho Público (71): 47-63.
23. FIGUEROA, Rodolfo. 2013. Inviolabilidad de los correos electrónicos. Comentarios del Fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional. En: Anuario de Derecho Público. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 173-186.
24. FUENMAYOR ESPINA, Alejandro. 2004. El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. San José de Costa Rica, Oficina de la UNESCO para América Central. 192p.
25. GALDÓS, Jorge Mario. 2001. Correo Electrónico, privacidad y daños. Revista de Derecho de Daños (3): 157-208.

26. GARCÍA P, Gonzalo y CONTRERAS V, Pablo. 2009. Derecho de acceso a la información en Chile: Nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional. *Estudios constitucionales* 7 (1): 137-175. [en línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000100005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000100005&script=sci_arttext)>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000100005>, [consulta: 22 diciembre 2013].

27. GARCÍA RAMIREZ, Sergio y GONZA, Alejandra. 2007. La libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos. 97p.

28. HERNÁNDEZ, Domingo. Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional del 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos, en la Constitución reformada de 2005. Ed. Humberto Nogueira, 2005 citado por BELTRÁN, ENRIQUE, en Bases Constitucionales del principio de Transparencia. *Revista de derecho público* (73): 45-58.

29. HERNÁNDEZ, María Josefina. 2010. Análisis crítico de la ley N° 20.285 de Transparencia de la Función Pública Acceso a la Información de la Administración del Estado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 219p.

30. ISENSEE RIMASSA, Carlos y MUÑOZ, Jorge. 2010. Principio constitucional de transparencia y su materialización en el derecho de acceso a la información pública: Análisis crítico de su regulación legal y administrativa. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 136p.

31. LARRAÍN FERNÁNDEZ, Hernán. Transparencia y acceso a la información pública en Chile: La modernización que faltaba. Santiago, Editorial JGE. 212p.
32. LETELIER WARTERBERG, Raúl y RAJEVIC MOSLER, Enrique. 2010. Transparencia en la Administración Pública. Santiago, Editorial Abeledo Perrot. 408p.
33. MACFARLANE LEUPIN, Kenneth. 2004. La Probidad en el derecho administrativo, un ejemplo de la transformación actual de esta rama del derecho. Revista Probidad (25). [en línea] <[http://www.revistaprobidad.info/25/art\\_8.php.ht](http://www.revistaprobidad.info/25/art_8.php.ht)> [consulta: 25 de marzo de 2014]
34. MOHOR, SALVADOR. 2013. Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, artículo 5° inciso 2°, ley N° 20.285 Sobre Acceso a la información pública (rechazada). Revista de Derecho Público 78: 225-234.
35. MUÑOZ LEON, Fernando. 2012. Correos electrónicos de autoridades públicas: En torno a una mala caracterización jurídica (Tribunal Constitucional). Rev. Derecho (Valdivia) 25 (2): 265-287.
36. MUÑOZ WILSON, Alex. 2008. Transición a la democracia, políticas de probidad y mecanismos internacionales de protección de derechos humanos. El caso de Chile. En: Transparencia y Probidad Pública. Estudios de Caso en América Latina. Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. pp. 113-129.
37. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. 2010. Bases constitucionales del principio de transparencia. Revista de Derecho Público (73): 45-58.

38. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1998. El Derecho a la Privacidad y a la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno. *Ius et Praxis* (4): 65-106.

39. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 2011. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. *Estudios Constitucionales* 9 (1): 119-156.

40. NOVOA MONREAL, Eduardo. 1979. Derecho a la vida privada y libertad de información. 4a. edición. México, Editorial Siglo XXI. 224p.

41. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 2010. Por Rolando Pantoja Bauzá “et al”. Santiago, AbeledoPerrot/LegalPublishing. Vol. 7.

42. POZO VALDÉS, Natalia Alejandra. 2010. El Estado en la búsqueda de transparencia de su actividad pública: eventual colisión entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos de carácter personal. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 334p.

43. RAJEVIC MOSLER, Enrique. 2008. Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la Ley No. 20.285, de 2008. *Gaceta jurídica* (338): 7-12.

44. RAJEVIC MOSLER. Enrique. 2013. El Consejo para la Transparencia y sus decisiones: un panorama sinóptico a 2012. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae* (1): 279-303.

45. RELATORIA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. 2009. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Organización de los Estados Americanos. 187p.

46. RELATORIA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESION. 2009. Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión. Organización de los Estados Americanos. 117p.

47. SCHÖNSTEINER, Judith, FEDDERSEN, Mayra y VALENZUELA, Pablo. 2012. Fortalecimiento de la Democracia y el Derecho de acceso a la información en Chile: Entre Estado y la ciudadanía. Serie de Estudios. Centro de Derechos Humanos UDP, N°.9. 78p. [en línea] <[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_33494-1522-4-30.pdf?130213145208](http://www.kas.de/wf/doc/kas_33494-1522-4-30.pdf?130213145208)>, [consulta: 22 diciembre 2014].

48. SANCHEZ GIL, Rúben. 2007. El principio de proporcionalidad. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 119p. [en línea] <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2422/7.pdf>>, [consulta: 11 de abril de 2015].

49. SILVA BASCUÑAN, Alejandro. 2006. Tratado de Derecho Constitucional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo XI.

50. TELLO, Cristóbal, CERNA, Marcelo y PAVÓN, Andrés. 2009. Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo para la Transparencia. Anuario de Derechos Humanos (5): 193-204.

51. TORO JUSTINIANO, María Fernanda. 2010. Derecho de acceso a la información pública: comentarios a un fallo clave de la Corte Europea de Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos (6): 99-107.

52. VIAL, Tomás. 2010. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información. En: Anuario de Derecho Público. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 114-143. [en línea] <[http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/Anuario\\_Derecho\\_Publico\\_2010.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2010/Anuario_Derecho_Publico_2010.pdf)>, [consulta: 22 diciembre 2013].

53. VIERA-GALLO, JOSÉ ANTONIO. 2013. El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho sobre Transparencia y acceso a la información de la Universidad Finis-Terrae* (1): 173-208.

54. ZALLAQUETT, José y MUÑOZ, Alex. 2008. Transparencia y probidad pública: estudios de caso en América Latina. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. 287p.

55. ZAMBRANO MEZA, Francisco. 2013. ¿Tienen derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones los servidores públicos? Publicidad de los correos electrónicos institucionales y la necesidad de ponderación. *Revista de Derecho y Humanidades* (21): 355-381.

### **Informes en Derecho**

1. CORDERO VEGA, Luis. Informe en Derecho: Sobre la improcedencia del Acceso a la Información Pública en el Caso de Correos Electrónicos.

2. COVARRUBIAS, Ignacio y DIAZ DE VALDES, José Manuel. Informe en Derecho: Algunas experiencias relevantes del Derecho Comparado sobre el derecho de acceso a la información pública en relación a los correos electrónicos de los funcionarios públicos.



3. VIAL SOLAR, Tomás. Informe en Derecho: Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración y su relación con la información entregada por particulares.

### **Normas e historia legislativa**

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la ley N°19.880 Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Mayo 2003. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/500/1/HL19880.pdf>> [consulta: 16 de Septiembre de 2014]

2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la ley N°19.927 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Biblioteca del Congreso Nacional. Enero 2004. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3801/1/HL19927.pdf>> [consulta: 20 de Septiembre de 2014]

3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la ley N°20.050 Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la Republica. Biblioteca del Congreso Nacional. Agosto 2005. [en línea] <[http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/temas\\_profundidad.2008-03-18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050\\_art1\\_N3.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2008-03-18.6305273234/documentos-de-acceso-a-la-informacion-publica/HL20050_art1_N3.pdf)> [consulta: 22 de Septiembre de 2014]

4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la ley N°19.733 Sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Biblioteca del Congreso Nacional. Junio 2008. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2428/1/HL19733.pdf>> [consulta: 15 de Octubre de 2014]

5. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública. Biblioteca del Congreso Nacional. Agosto 2008. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/506/1/HL20285.pdf>> [consulta: 7 de Mayo de 2014]

6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la ley N°20.393 Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica. Diciembre 2009. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3894/1/HL20393.pdf.pdf>> [consulta: 22 de Octubre de 2014]

7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. CHILE. Historia de la ley N°20.526 Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Biblioteca del Congreso Nacional. Agosto 2013. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/35405/2/HL20526.pdf>> [consulta: 25 de Octubre de 2014]

8. CHILE. Ministerio del Interior. 1980. Constitución Política de la República. Octubre de 1980. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 10 de Abril de 2014]

9. CHILE. Ministerio del Interior. 1986. Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Noviembre 1986. [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>> [consulta: 16 de Mayo de 2014]

10. CHILE. Ministerio del Interior. 1994. Decreto N° 423, crea la Comisión Nacional de Ética Pública. Abril 1994.

11. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 1999. Ley N° 19.653, Sobre Probidad Administrativa Aplicable de los Órganos de la Administración del Estado. Diciembre 1999. [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=149264>> [consulta: 16 de Mayo de 2014]

12. CHILE. Ministerio de Justicia. 1999. Ley N° 19.645, Modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción. Diciembre 1999. [en línea] <  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=149195>> [consulta: 25 de Septiembre de 2014]

13. CHILE. Senado. 2000. Boletín N° 2534-07, Reforma constitucional sobre elecciones de Diputados y Senadores, composición del Senado, integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, Consejo de Seguridad Nacional, Plebiscito y otras materias que indica. [en línea] <  
[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=1458&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=1458&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 17 de mayo de 2015]

14. CHILE. Senado. 2000. Boletín N° 2526-07, Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=1441&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=1441&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 17 de mayo de 2015]

15. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2002. Ley N° 19.799, Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640>> [consulta: 7 de Junio de 2014]

14. CHILE. Ministerio del Interior. 2003. Decreto N° 77, crea la Comisión Asesora Presidencial para el fortalecimiento de los principios de probidad y transparencia pública, Ministerio del Interior. Enero 2003.

15. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2003. Ley N° 19.880, Sobre Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Mayo 2003. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>> [consulta: 10 de Junio de 2014]

15. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2005. Ley N° 20.050, Reforma Constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la Republica. Agosto 2005. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241331>> [consulta: 7 de Mayo de 2014]

16. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2008. Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública. Agosto 2008. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>> [consulta: 10 de Abril de 2014]

17. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2009. Reglamento de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública. Abril de 2009. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1001095&idParte=0&idVersion=2009-04-13>> [consulta: 10 de Abril de 2014]

18. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2009. Ley N° 20.393, Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en los delitos de Lavado de Activos, financiamiento del Terrorismo y Delitos de Cohecho que indica. Noviembre 2009. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>> [consulta: 20 de Octubre de 2014]

19. CHILE. Cámara de Diputados de Chile. 2011. Boletín N° 7686-07, Proyecto de Ley que Modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. [en línea] <<http://www.camaradediputados.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=7884&prmTIPO=INICIATIVA>> [consulta: 12 de Octubre de 2014]

20. CHILE. Senado. 2013. Boletín N° 8805-07, Proyecto de Ley que Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública. [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocumento&iddocto=9211&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocumento&iddocto=9211&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 11 de Octubre de 2014]

21. CHILE. Senado. 2013. Boletín N° 8.805-07. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite, que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y derecho de acceso a la información pública. [en línea] <<http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocumento&iddocto=16742&tipodoc=info>> [consulta: 10 Octubre de 2014]

22. CHILE. Ministerio Secretaria General de la Presidencia. 2014. Ley N° 20.730, Regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios. Marzo 2014. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1060115>> [consulta: 25 de Octubre de 2014]

23. CHILE. Senado. 2014. Boletín N° 9384-07, Proyecto de Ley que Consagra el derecho a protección de los datos personales. [en línea] <[http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocumento&iddocto=9798&tipodoc=mensaje\\_mocion](http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocumento&iddocto=9798&tipodoc=mensaje_mocion)> [consulta: 12 de Octubre de 2014]

## **Jurisprudencia**

### **Consejo para la Transparencia**

1. Decisión de Amparo Rol N° C 83-10.
2. Decisión de Amparo Rol N° C 272-10.
3. Decisión de Amparo Rol N° C 396-10.
4. Decisión de Amparo Rol N° C 640-10.

5. Decisión de Amparo Rol N° C 94-11.
6. Decisión de Amparo Rol N° C 109-11.
7. Decisión de Amparo Rol N° C 122-11.
8. Decisión de Amparo Rol N° C 124-11.
9. Decisión de Amparo Rol N° C 126-11.
10. Decisión de Amparo Rol N° C 155-11.
11. Decisión de Amparo Rol N° C 198-11.
12. Decisión de Amparo Rol N° C 377-11.
13. Decisión de Amparo Rol N° C 406-11.
14. Decisión de Amparo Rol N° C 559-11.
15. Decisión de Amparo Rol N° C 727-11.
16. Decisión de Amparo Rol N° C 733-11.
17. Decisión de Amparo Rol N° C 746-11.
18. Decisión de Amparo Rol N° C 748-11.
19. Decisión de Amparo Rol N° C 750-11.
20. Decisión de Amparo Rol N° C 752-11
21. Decisión de Amparo Rol N° C 753-11.
22. Decisión de Amparo Rol N° C 794-11.
23. Decisión de Amparo Rol N° C 861-11.
24. Decisión de Amparo Rol N° C 872-11.
25. Decisión de Amparo Rol N° C 884-11.
26. Decisión de Amparo Rol N° C 988-11.
27. Decisión de Amparo Rol N° C 1002-11.

28. Decisión de Amparo Rol N° C 1101-11.
29. Decisión de Amparo Rol N° C 1482-11.
30. Decisión de Amparo Rol N° C 1525-11.
31. Decisión de Amparo Rol N° C 16-12.
32. Decisión de Amparo Rol N° C 33-12.
33. Decisión de Amparo Rol N° C 73-12.
34. Decisión de Amparo Rol N° C 97-12.
35. Decisión de Amparo Rol N° C 217-12.
36. Decisión de Amparo Rol N° C 218-12.
37. Decisión de Amparo Rol N° C 219-12.
38. Decisión de Amparo Rol N° C 333-12.
39. Decisión de Amparo Rol N° C 592-12.
40. Decisión de Amparo Rol N° C 712-12.
41. Decisión de Amparo Rol N° C 819-12.
42. Decisión de Amparo Rol N° C 864-12.
43. Decisión de Amparo Rol N° C 873-12.
44. Decisión de Amparo Rol N° C 939-12.
45. Decisión de Amparo Rol N° C 940-12.
46. Decisión de Amparo Rol N° C 959-12.
47. Decisión de Amparo Rol N° C 1011-12.
48. Decisión de Amparo Rol N° C 1148-12.
49. Decisión de Amparo Rol N° C 1230-12.
50. Decisión de Amparo Rol N° C 1234-12.



51. Decisión de Amparo Rol N° C 1320-12.
52. Decisión de Amparo Rol N° C 1328-12.
53. Decisión de Amparo Rol N° C 1452-12.
54. Decisión de Amparo Rol N° C 1454-12.
55. Decisión de Amparo Rol N° C 1456-12.
56. Decisión de Amparo Rol N° C 1497-12.
57. Decisión de Amparo Rol N° C 1537-12.
58. Decisión de Amparo Rol N° C 1606-12.
59. Decisión de Amparo Rol N° C 1786-12.
60. Decisión de Amparo Rol N° C 16-13.
61. Decisión de Amparo Rol N° C 17-13.
62. Decisión de Amparo Rol N° C 33-13.
63. Decisión de Amparo Rol N° C 404-13.
64. Decisión de Amparo Rol N° C 718-13.
65. Decisión de Amparo Rol N° C 912-13.

### **Corte de Apelaciones**

1. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 2055-2012.
2. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 2496-2012.
3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 5077-2012.
4. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1086-2013.
5. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1766-2013.

6. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 1396-2013.

### **Excelentísima Corte Suprema**

1. Excelentísima Corte Suprema Rol N° 9563-2012.
2. Excelentísima Corte Suprema Rol N° 4060-2013.
3. Excelentísima Corte Suprema Rol N° 7484-2013.

### **Tribunal Constitucional**

1. Tribunal Constitucional Rol N° 389- 2003.
2. Tribunal Constitucional Rol N° 634- 2006.
3. Tribunal Constitucional Rol N° 1051-2008.
4. Tribunal Constitucional Rol N° 1800- 2010.
5. Tribunal Constitucional Rol N° 1990-2012
6. Tribunal Constitucional Rol N° 2153-2012.
7. Tribunal Constitucional Rol N° 2246-2013.
8. Tribunal Constitucional Rol N° 2379-2013.

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

1. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
2. Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil. Sentencia de 24 de Noviembre de 2010.

## **Dictámenes**

1. Dictamen Número 7.355 del año 2007 emitido por la Contraloría General de La República.
2. Dictamen Número 20.242 del año 2013 emitido por la Contraloría General de La República.
3. Dictamen Número 31.451 del año 2007 emitido por la Contraloría General de La República.
4. Dictamen Número 22.500 del año 2008 emitido por la Contraloría General de La República.
5. Dictamen Número 1.731 del año 2012 emitido por la Contraloría General de La República.
6. Dictamen Número 16.896 del año 2011 emitido por la Contraloría General de La República.