

INFORME EN DERECHO

Algunas Experiencias Relevantes De Derecho Comparado
Sobre El Derecho de Acceso A La Información Pública
En Relación A Los Correos Electrónicos De Los Funcionarios Públicos

Ignacio Covarrubias Cuevas

José Manuel Díaz de Valdés J.

ÍNDICE

I. JURISDICCIONES EN QUE LOS TRIBUNALES SE HAN PRONUNCIADO DIRECTAMENTE SOBRE LA PRIVACIDAD/PUBLICIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS	7
1. ESTADOS UNIDOS.....	7
1.1. Síntesis	7
1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Norteamericano	7
1.3. Legislación Relevante	8
1.3.1. Freedom of Information Act 1966 (“FOIA”).....	8
1.3.2. Legislaciones estatales sobre Acceso a la Información Pública.....	12
1.3.3. Otras legislaciones pertinentes.....	13
1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos	13
1.4.1. Corte Suprema (Federal) de Estados Unidos	14
1.4.2. Cortes Supremas estatales	17
2. CANADÁ.....	24
2.1. Síntesis	24
2.2. Introducción: la particularidad del Ordenamiento Jurídico Canadiense.....	24

2.2. Legislación Relevante	25
2.3.1. The Access to Information Act 1982 (AIA)	25
2.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos	28
2.4.1. Los correos electrónicos de los funcionarios públicos como “documento” accesible en virtud de la AIA.....	28
2.4.2. La privacidad de los correos electrónicos conforme a lo resuelto por la Corte de Ontario	29

II. JURISDICCIONES EN QUE AUTORIDADES DE ORDEN ADMINISTRATIVO SE HAN PRONUNCIADO SOBRE LA MATERIA SIN ULTERIOR RECLAMACIÓN JUDICIAL32

1. INGLATERRA32

1.1. Síntesis	32
1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Inglés.....	32
1.3. Legislación Relevante	33
1.3.1. Freedom of Information Act 2000 (“FOIA”)	33
1.3.2. Otras Normas Legislativas	37
1.3.3. Normativas Sectoriales de Acceso a la Información Pública	38
1.3.4. Propiedad Intelectual.....	38
1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos	38

1.4.1. ¿Se considera a los e-mails de funcionarios públicos como continentes de información que se encuentra en poder de la autoridad pública?	38
1.4.2. ¿Pueden los e-mails de funcionarios públicos acogerse a alguna excepción al derecho de acceso a información en poder de autoridades públicas?	40
1.4.3. Excepción contenida en la Section 35 de la FOIA	41
1.4.4. Excepción contenida en la Section 36 de la FOIA	44
1.4.5. Test de Interés Público	45
1.4.6. Test de Perjuicio	47

III. JURISDICCIONES EN QUE NO HA HABIDO PRONUNCIAMIENTO PARTICULAR POR LO QUE LA NORMATIVA O JURISPRUDENCIA GENERAL PUEDE SER ILUSTRATIVA

1. ESPAÑA	49
1.1. Síntesis	49
1.2. Constitución Española	49
1.2.1. Libertad de Información y derecho de acceso a la información en poder de la Administración	49
1.2.2. Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones privadas y derecho a la protección de datos.....	50
1.3. Legislación más relevante.....	51

1.3.1. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común	52
1.3.2. Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.....	53
1.4. Algunos lineamientos del Tribunal Constitucional que inciden respecto de la privacidad/publicidad en los correos electrónicos de los funcionarios públicos	54
1.4.1. En relación con la injerencia en el contenido protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones (v.gr. correos electrónicos).....	54
1.4.2. El derecho a la protección de datos como la facultad de disponer de los mismos, se encuentren éstos en soporte particular o público	55
1.4.3. Referente a la protección constitucional de los datos personales contenidos en un computador portátil	55
1.5. Anteproyecto Ley de Transparencia en España.....	57
1.5.1. Características principales.....	57
2. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.....	59
2.1. Síntesis	59
2.2. Introducción	59
2.3. El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Normativa del Consejo de Europa.....	60
2.4. Jurisprudencia Relevante de la Corte	63

2.4.1. Se ha reconocido el derecho de acceso a información oficial en ciertos contextos	63
2.4.2. La privacidad de los e-mails se encuentra protegida por el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el Artículo 8º de la Convención.....	64
2.4.3. La protección del Artículo 8º de la Convención no es absoluta.....	65
2.4.4. La protección del Artículo 8º no sólo se ejerce frente al Estado	65
2.5. Observaciones Finales.....	66
3. CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	67
3.1. Síntesis	67
3.2. Introducción	67
3.3. Normativa Relevante.....	67
3.4. Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia	71
IV. CONCLUSIONES	73
V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.....	75

I. JURISDICCIONES EN QUE LOS TRIBUNALES SE HAN PRONUNCIADO DIRECTAMENTE SOBRE LA PRIVACIDAD/PUBLICIDAD DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. ESTADOS UNIDOS

1.1. Síntesis

Si bien no existe normativa específicamente atinente a la publicidad/privacidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos, en esta materia se aplican las reglas generales sobre Acceso a la Información Pública. Conforme a éstas, los e-mails serán públicamente revelables si se consideran como “documentos públicos”, a menos que sean calificados bajo alguna de las excepciones genéricas previstas en dicho ordenamiento. En tal evento puede tener lugar un proceso de balance con el fin de determinar si, en definitiva, prevalece la privacidad o el interés público en su develación.

La Corte Suprema Federal se ha pronunciado en varias ocasiones respecto de solicitudes de acceso que, en el contexto de la Ley de Acceso a la Información Pública, han incidido directamente en la excepción que protege la privacidad, sin embargo, sólo algunas Cortes Supremas estatales se han pronunciado derechamente sobre la privacidad de correos electrónicos de funcionarios públicos. En estos casos, el criterio dominante ha sido no autorizar la revelación de emails si de la solicitud no se desprenden antecedentes que digan relación con los deberes o desempeño del funcionario público cuyo correo electrónico se pide conocer.¹

1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Norteamericano

La presente sección dice relación con el derecho vigente en los Estados Unidos de América (en adelante indistintamente “Estados Unidos” o “USA”). Cabe considerar algunos rasgos generales del ordenamiento jurídico norteamericano que son relevantes para la comprensión del presente informe.

En primer término, existe un control de constitucionalidad que se concentra en el Tribunal Supremo Federal, cuya revisión judicial no sólo comprende las Leyes Federales (dictadas por el Congreso de los Estados Unidos) sino que también abarca las Leyes Estatales (dictadas por los diversos Congresos estatales). En segundo lugar, las fuentes del derecho

¹WATKINS, John&PELZ, Richard, *The Arkansas Freedom of Information Act* (4th ed. 2004), pp. 436-437, afirman que a diferencia de las comunicaciones tradicionales, el caso de los emails “*es particularmente complejo porque los empleados [públicos] usualmente tienen una expectativa de privacidad al comunicarse por correo electrónico (...). Esta expectativa aumenta debido a que la vida privada y pública de los funcionarios convergen en muchas comunicaciones electrónicas (...)*”. Esta idea se ve complementada por la noción [admitida por los tribunales] de que los antecedentes públicos bajo la FOIA lo son mientras estén relacionados con “*documentos sobre desempeño o falta de desempeño de las funciones públicas*”.

presentan ciertas características propias derivadas del sistema del CommonLaw. A modo ilustrativo, la jurisprudencia es fuente directa y obligatoria con carácter general para todo el ordenamiento jurídico (*staredecisis*) que incluso vincula a los jueces y también a los del Tribunal Federal, respecto de sus fallos anteriores (*precedent*). En tercer término, la doctrina suele gozar de menor efecto que la *auctoritas* desarrollada en los países del sistema de derecho continental europeo. Por otra parte, hay una serie de fuentes (*softlaw*) que si bien no son obligatorias para los jueces, sí son vinculantes para las propias autoridades que concurren en su dictación (buenas prácticas, ordenanzas, interpretaciones administrativas, etc.).

Dentro de las fuentes, y ciertamente por debajo de la jurisprudencia del Tribunal Federal, se sitúa la potestad reglamentaria del Presidente del Gobierno Federal (*executiveorders*) habilitada para restringir por la vía interpretativa las garantías establecidas por una ley (*Act*). Esta ha solido ser una potestad muy activa para declarar confidencial, por largos períodos de tiempo, documentos ejecutivos que por diversas causales se estime que deben quedar bajo secreto. A modo ejemplar, varios actos administrativos han revertido la tendencia a la apertura, por la vía de “ensanchar la discrecionalidad para establecer secretos oficiales”.²

Conforme a lo señalado, el presente informe comprende principalmente el tratamiento de las fuentes de orden legal y jurisprudencial, incorporando otras fuentes –especialmente la doctrina- en la medida que sean pertinentes como complemento de las fuentes principales y obligatorias.

1.3. Legislación Relevante

1.3.1. Freedom of Information Act 1966 (“FOIA”)

La norma legal más importante es la Freedom of Information Act (en adelante, indistintamente, “FOIA” o “la Ley”) una de las legislaciones más antiguas en establecer la sujeción de todos los organismos del poder ejecutivo federal –incluso las agencias reguladoras (Superintendencias)- al acceso público en los casos autorizados por la referida FOIA. Esta persigue la apertura de la rama ejecutiva del gobierno, por lo que queda fuera de su alcance tanto el poder legislativo como el poder judicial del gobierno federal así como también los gobiernos estatales, municipales y otros organismos públicos de carácter local. Estas últimas entidades están sujetas a las respectivas leyes estatales de Acceso a la Información Pública, sobre las que nos referiremos más adelante.

Es importante adelantar que la FOIA excluyó de su imperio al grupo de asesores más inmediatos del Presidente (*immediate personal staff*) cuya función consiste fundamentalmente en brindar consejo y asesoría al Jefe del Ejecutivo. Esta exclusión comprende, asimismo, al Vice-Presidente del gobierno federal.³

La progresiva apertura del gobierno federal comenzó a sufrir sucesivos traspiés con ocasión de los atentados del 11 de septiembre de 2001, momento a partir del cual se dictaron

²Executive Order 12.356/1982.

³ Por ejemplo, la Casa Blanca ha sostenido que el Consejo de Seguridad Nacional, como ente, es un consejero personal del Presidente por lo que no se encuentra cubierto por las normas de la FOIA.

una serie de leyes que han significado importantes escollos para la operatividad de la FOIA⁴, entre otras, cabe mencionar la CriticalInfrastructureInformationAct (2003) y la IntelligenceAuthorizationAct (2003), en cuya virtud el Presidente ha ido restringiendo el acceso a documentos de sus predecesores en el cargo. El actual gobierno federal ha implementado un esfuerzo de apertura y transparencia, aunque sin modificar las leyes que permiten contrarrestar lo establecido por la FOIA.

1.3.1.1. Principales características de la FOIA⁵

- El objeto de la FOIA, según la modificación de 1974, es el de proveer acceso público a los documentos o archivos de las agencias [federales] del modo establecido por la Ley. El listado de los organismos obligados por la Ley no es taxativo, pues se refiere a todas las agencias federales, por lo que se va incrementando en la medida que se creen las aludidas entidades, a menos que expresamente queden excluidas por ley.⁶
- La Ley exige que cada agencia publique (Federal Register) los detalles de su organización, incluyendo los empleados a quienes es posible solicitar el acceso y los métodos por los cuales la información puede ser obtenida, entre otros aspectos prácticos. Lo anterior también debe estar disponible a través de los sitios de internet del respectivo organismo.
- Los documentos o antecedentes susceptibles de ser revelados son aquellos que se encuentran en poder o a disposición de las referidas agencias y que no se encuentran actualmente a disposición del público.
- La solicitud de acceso debe ser por escrito. Debe incluir la dirección postal, un número de teléfono disponible para que sea posible para contactar al requirente, de ser necesario.
- El solicitante (cualquier persona, incluso extranjeros) no requieren probar interés alguno para conocer los documentos cuyo acceso pide, aunque debe pagar una tarifa para ejercer su derecho, monto que es recuperado si su solicitud finalmente es admitida.
- Cada agencia gestiona la solicitud de acceso a la información y, de ser necesario, justifica la negativa, identificando los motivos del rechazo y la excepción invocada, decisión que puede ser apelada ante las Cortes Federales, quienes conocen y resuelven sobre el asunto en un procedimiento donde la carga de la prueba recae en la agencia que denegó el acceso.⁷

⁴BIRKINSHAW, Paul, *Freedom of Information: the Law, the Practice and the Ideal* (4 ed. Cambridge University Press, Cambridge 2010)MACDONALD, John, et al., *The Law of Freedom of Information* (2 ed. Oxford University Press, Oxford 2009), p. 459-462.

⁵ Al respecto: <http://www.foia.gov/>Para complementar este aspecto, véase: BIRKINSHAW, Paul (2009): p. 462-464. Respecto de las causales 6 y 7 (c), FRED CATE, ANNETE FIELDS AND JAMES MCBAIN(1994),“The Right to Privacy and the Publics Rights to know: the ‘central purpose’ of the Freedom of Information Act”, en *Administrative Law Review* 41, p. 52-57.

⁶ A modo meramente ejemplar, hay 18 agencias dependientes o vinculadas con el Ministerio del Trabajo, sometidas a la FOIA. *Vid.*: <http://www.dol.gov/dol/foia/agencies.htm>

⁷ Cada apelante debe costear a su abogado para que apele, tarifa que es devuelta si se estimó que el reclamante ha tenido un “éxito sustancial” en su apelación.

- La retención de lo solicitado por parte del ente requerido obliga a éste a responder una carta en que informa al requirente de su derecho a apelar, por regla general dentro del plazo de 30 días.

1.3.1.2. Las excepciones contempladas por la FOIA

Son nueve las salvedades previstas por la Ley en el artículo 5 del USC 552 (b).

Excepción 1: información de seguridad nacional. Protege la divulgación de toda la información de seguridad nacional sobre la política de defensa nacional o extranjera que ha sido declarada confidencial de acuerdo con los requisitos sustantivos y de procedimiento de la orden ejecutiva actual.⁸

Excepción 2: normativa interna del organismo. Protege la información sobre asuntos de naturaleza trivial (conocida como “Información baja 2”) o bien aquella cuya relevación supondría una carga que afectaría las funciones del organismo (“información alta 2”).

Excepción 3: Información expresamente exenta por otras leyes. Ejemplos de dicha normativa son algunas leyes –la Privacy Act o la Critical Infrastructure Information Act- a las que nos referiremos brevemente más adelante.

Excepción 4: secretos comerciales, información comercial y financiera. Se refiere a aquella obtenida por el Gobierno y que sea confidencial o excepcionada (priveleged).

Excepción 5: memorandos o correspondencia (letters) emanadas de las agencias (interagency). Se refiere a aquella que no se encuentra disponibles al público por alguna causal legal, por ejemplo, la información que dice relación con una persona que actualmente está litigando con el organismo en cuestión.

Excepción 6: información personal o privada. La ley se refiere expresamente a los “documentos personales, médicos u otros similares” cuya revelación pública constituiría “una clara e injustificada invasión a la privacidad”.

Excepción 7: Documentos sobre investigaciones efectuadas con propósitos disciplinarios (law enforcement purposes). Esta salvedad contempla, a su vez, 6 tipos de información cuya revelación pública:

- (A) Pudiera razonablemente interferir en la ejecución de procedimientos policiales.
- (B) Pudiera privar a las personas de un juicio justo o un juicio imparcial.
- (C) Pudiera constituir una “invasión injustificada de la privacidad personal”.

⁸La orden ejecutiva vigente en la actualidad es el número 12.958, firmada por el Presidente George W. Bush con fecha 25 de marzo de 2003.

(D) Pudiera dar a conocer la identidad de una fuente confidencial, estatal, local, de una agencia o de autoridad extranjera o de cualquier institución privada que provee información confidencial, o debe tratarse de información recopilada en virtud de procedimientos criminales actualmente en el curso o de una agencia de está llevando a cabo una investigación sobre materias de inteligencia que afecten la seguridad nacional.

(E) Pudiera dar a conocer técnicas y procedimientos de investigación disciplinaria o criminal siempre que tal descubrimiento arriesgara la observancia de la ley.

(F) Pudiera razonablemente esperarse que pusiera en peligro la vida o la seguridad física de cualquier individuo.

Excepción 8: Antecedentes en manos de instituciones financieras. Dice relación principalmente con la información personal de orden bancaria o tributaria.

Excepción 9: Información geográfica o geofísica, mapas incluidos, concerniente a pozos.

1.3.1.3. La privacidad personal protegida por la FOIA. Alcance general de la excepción N° 6

Para invocar exitosamente la exención N° 6 frente a una solicitud de acceso a la información pública, la jurisprudencia ha reconocido que deben seguirse escalonadamente los siguientes pasos.

En primer lugar, la información requerida debe caer dentro de la categoría de "personal, médica o similar".⁹ Una vez que se ha establecido que la información satisface el denominado requisito de umbral de la referida excepción, el segundo requerimiento consiste en determinar si la divulgación de los documentos en cuestión "constituiría una clara e injustificada invasión en la intimidad personal". Hasta aquí las exigencias no son sino aquellas legalmente exigidas. La jurisprudencia, particularmente la del Tribunal Supremo –recogiendo la historia fidedigna de la FOIA-¹⁰ ha sostenido que esta segunda exigencia debe ser complementada por un tercer paso configurado por un proceso “de balanceo entre el derecho del público a saber y el derecho personal a la vida privada”¹¹ protegida por la excepción.

⁹En *U.S. Dept. of State v. Washington Post Co.*(1982), 599-603, el Tribunal Supremo sostuvo que la expresión “documento similar” debía entenderse en un sentido que no sólo incluyera información “sobre detalles íntimos de una persona”, sino también similar, tal como es la información contenida en un pasaporte, toda vez que ésta excepción también persigue “proteger a las personas del daño y vergüenza que puede derivarse de la revelación innecesaria de información personal”. Es en este sentido que la aludida frase debía entenderse en un sentido más amplio que restringido.

¹⁰ El reporte del Senado en la tramitación de la referida Ley: “La frase ‘clara e injustificada invasión a la privacidad personal’ enuncia la aplicación de una medida que supondrá un balance de intereses entre la protección de los asuntos privados de una persona y la consecución del derecho del público a la información gubernamental.”, en: Senador Rep. N° 813, 93d Congreso. 2d sesión. 11. (1974).

¹¹*Dept. of Air Force v. Rose* (1976), 372. En el mismo sentido, *NARA v. Favis* (2004), 171, en que se precisó que “la expresión ‘injustificada’ nos exige balancear el derecho a la privacidad familiar y el interés público en la transparencia”.

En uno de los hitos jurisprudenciales (landmark case) sobre la FOIA –U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press (1989)- sentencia que “gobierna todas las decisiones judiciales de protección a la privacidad bajo la FOIA”¹², la Corte Suprema Federal puso fin a once años de periodismo investigativo de un reportero de la cadena CBS, quien había solicitado acceso sobre los antecedentes criminales (arrestos, formulación de cargos, condenas o absoluciones) de una figura del crimen organizado, por los supuestos beneficios contractuales recibidos por su industria a cambio de contribuciones en las campañas de un congresista. Sin embargo, la Corte, unánimemente sostuvo que las agencias gubernamentales podían retener los aludidos antecedentes de particulares aun cuando dicha información pudiera encontrarse disponible en archivos públicos de las respectivas reparticiones públicas estatales.

La Corte Suprema dijo que el único interés público a ser reconocido en una ponderación con la privacidad es aquel que dice relación con información que directamente devela las actividades del gobierno.¹³ Así, se sentó un principio que ha sido recogido por toda la progenie jurisprudencial desarrollada a partir del aludido caso, cual es que el propósito central de la FOIA es “exponer al escrutinio público información oficial que de luz acerca del desempeño de las obligaciones legales de la agencia, antes que sobre el propósito particular por el cual el documento fue requerido (...). El propósito de la ley no se ve incentivado por la revelación de información, sobre ciudadanos particulares, acumulada en varios archivos de la administración, pues ello entrega poco o nada acerca de la propia conducta de la agencia.”¹⁴

Algunos otros aspectos destacables de la doctrina jurisprudencial sostenida por la Corte Federal se advertirán más adelante en una síntesis sobre algunas de las sentencias más relevantes que dicen relación con la tensión entre la FOIA y la privacidad personal.

1.3.2. Legislaciones estatales sobre Acceso a la Información Pública

Si bien las leyes sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, “leyes FOI”) poseen variedad de denominaciones –Ley de Documentos Públicos¹⁵, Ley de la Luz¹⁶, y muchas otras más¹⁷- en la mayoría de los casos son del todo similares con la FOIA. En efecto, junto con compartir el propósito común de brindar acceso sobre la información gubernamental, en todas ellas los documentos se presumen disponibles al público y contemplan específicas excepciones que son estrictamente redactadas. Asimismo, todas prevén una acción de reclamación judicial ante un tribunal estatal en caso de denegación de información.¹⁸

¹²Department of Justice Guide to the Freedom of Information Act, p. 423.

¹³U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press 489 U.S. (1989), p. 772-773.

¹⁴ Ibid, p. 771-775.

¹⁵ Public Records Law (Arizona).

¹⁶Sunshine Law (Missouri).

¹⁷ Public Information Act (Maryland), Access to Public Records Act (Rhode Island), a modomeramenteejemplar.

¹⁸Vid. *Open Gov't Guide*, REPORTERS COMMISSION FOR FREEDOM OF THE PRESS (2006), disponible en: <http://rcfp.org/ogg/index.php>. Esta versión online exhibe una clara comparación entre las distintas leyes FOI y sus características.

Con todo, las grandes diferencias existentes entre las distintas leyes FOI y la FOIA dicen relación con algunos aspectos –carácter del cumplimiento o ámbito de cobertura¹⁹, a modo ejemplar- que no inciden mayormente en las materias relevantes que son objeto del presente informe por lo que no nos referiremos a ellas.

1.3.3. Otras legislaciones pertinentes

Si bien existe una variada legislación estrechamente vinculada a la FOIA²⁰, no nos referiremos directamente a ella, ya sea porque no es estrechamente atinente al tema objeto del presente Informe, ya sea porque en muchos casos la aplicación de dicha normativa ha tenido un impacto más bien negativo en el desempeño de la Ley al desincentivar el ejercicio del derecho de acceso a la información o bien al excluir determinada información como disponible en virtud de la FOIA.

Un ejemplo ilustrativo de lo último es la Critical Infrastructure Information Act (2002), que regula el uso y revelación de información entregada al Ministerio de Seguridad Interna (Homeland Security) por motivos de riesgos y amenazas a la “infraestructura crítica”, definida ésta como “sistema y activos, sean físicos o virtuales, tan vitales para los Estados Unidos, que la inutilidad o destrucción de tales sistemas y activos generaría un debilitamiento en la seguridad nacional, en la estabilidad económica, en la salud pública, o en la combinación de éstas materias”.²¹ El resultado de esta legislación ha significado un aumento sin precedentes de la información de privados en manos del Gobierno. De hecho, “se estima que sobre el 90 por ciento de la infraestructura de la nación está a cargo de la industria privada”.²² La conciencia acerca del peligro que la diseminación de tal información produciría en la seguridad nacional ha hecho que se encuentre formalmente excluida del derecho de acceso garantizado por la FOIA.

Leyes como la señalada y otras similares -The Federal Advisory Committee Act (1972)- no han sido muchas veces un estímulo adecuado que contribuya al acceso a la información pública promovida por la Ley²³, por lo que no es pertinente referirse mayormente a ellas.

1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos²⁴

Si bien la normativa precedentemente expuesta no prevé expresamente la situación en que se encuentran los e-mails de los funcionarios públicos, los tribunales de justicia de orden estatal se han pronunciado derechamente sobre el punto, aplicando las normas y principios

¹⁹WATKINS, John & PELZ, Richard, ob. cit, p. 417. Así lo explican los autores citados: “*Mientras la FOIA sólo aplica a los documentos en poder y control de una ‘agencia’ del Poder Ejecutivo, la mayoría de las leyes FOI rigen sobre todos los ‘documentos públicos’ (...) una clase más genérica*”.

²⁰Vid. *The Sunshine Act* (1976) o *The Intelligence Authorization Act* (2003), etc.

²¹*Patriot Act* (2001), Section 1016 (e).

²²SUMMERILL, Joseph, (2003) *The Federal Lawyer* (Ed. Civil Practice, Virginia, 2010), p. 24.

²³BIRKINSHAW, Paul, ob. cit, p.472.

²⁴ La prensa mundial informó durante el año 2011 acerca de la revelación pública de cerca de 24.000 correos electrónicos enviados por Sarah Palin como ex Gobernadora de Alaska. Los medios señalan que dicha revelación habría tenido lugar con ocasión del ejercicio del derecho de acceso previsto por la FOIA. No nos ha sido posible acceder a dicho procedimiento y tampoco hemos podido constatar que tal evento haya sido objeto de algún tipo de reclamación judicial. Al respecto, puede consultarse: <http://www.abc.es/20110610/internacional/abci-sarah-palin-mails-201106101616.html>

generales de acceso a la información pública vigentes en cada Estado. Tratándose del específico tema de los aludidos correos electrónicos, no se ha aplicado el principio fundante de la FOIA en cuanto a que toda la información en poder de una autoridad pública es por ello accesible a menos que una excepción justifique lo contrario.

En efecto, en las ocasiones en que esta particular situación ha sido analizada se ha sostenido que la presunción de publicidad rige recién una vez que se ha estimado que los antecedentes solicitados cae dentro de la categoría de documento público y para que ello ocurra es condición previa que el solicitante haya proveído ciertos indicios para pensar que existe una “conexión sustantiva” entre el contenido de los correos y el ejercicio de la función pública que se desempeña.²⁵ Esta exigencia de vinculación entre la información solicitada y su conexión con el desempeño de los deberes funcionarios parece tener asidero sustantivo en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema Federal, por lo que nos referiremos de inmediato a ello, previo a revisar los fallos que tienen directa relación con los correos electrónicos de los funcionario públicos.

1.4.1. Corte Suprema (Federal) de Estados Unidos

La Corte Suprema Federal se ha pronunciado aproximadamente en treinta y un ocasiones sobre la aplicación de la FOIA, desde 1966 hasta el año 2011.²⁶ De todas ellas, en sólo ocho oportunidades²⁷ ha emitido su opinión sobre la excepción relativa a la invasión a la privacidad personal. Si bien en ninguna de ellas se ha referido directamente a la privacidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos, parece de todos modos pertinente ilustrar el modo en que el Tribunal Federal ha resuelto en algunos casos la tensión existente entre el derecho de acceso y la excepción de la privacidad contemplada por el número 6 de la FOIA.

1.4.1.1. U.S Dept. of the Air Force v. Rose (1976)²⁸

La Corte Suprema, reiterando lo dispuesto por una sentencia de segunda instancia, acogió (5-3) la solicitud de conocer los sumarios de honor y éticos llevados a cabo en la Academia de la Fuerza Aérea, organismo que se había opuesto invocando la excepción N° 6 de la Ley, afirmando que la aludida revelación estigmatizaría a los afectados por el resto de sus carreras.²⁹ El tribunal concluyó, en cambio, que concurre un indudable interés público en conocer los engaños y otras infracciones disciplinarias ocurridas en la Academia de la Fuerza

²⁵TAYLOR, Lindsay J., “Griffis v. Pinal County: estableciendo cuando los correos personales de un funcionario público son documentos públicos sujetos a revelación”, en *Arizona LawReview*, vol. 49 (2007), p. 1032. El autor ha destacado esta jurisprudencia aunque critica que no se haya definido ni dado ejemplos para ilustrar en qué casos se está ante dicha exigencia de “nexo sustantivo” entre el documento solicitado y los deberes gubernativos.

²⁶Collaboration on Government Secrecy, disponible en: www.wcl.american.edu/lawandgov/cgs/ Si bien el último caso pronunciado por la Suprema Corte –*FCC v. AT&T, Inc.*, 562 U.S. (2011)– se refiere a la excepción 7 (c) de privacidad personal, no lo incluiremos en nuestro recuento, puesto que sólo responde a la acotada pregunta de si esta excepción era aplicable a las personas jurídicas (*corporations*), no innovando en nada respecto de los temas objeto del presente informe.

²⁷Desde el leading case *U.S. Dept. of the Air Force v. Rose* (1976) hasta el *National Archives & Records Administration v. Favish* (2004).

²⁸*Air Force v. Rose* 425 U.S. 352 (1976).

²⁹*Ibid*, p. 377.

Aérea, toda vez que la obediencia y confiabilidad son virtudes muy relevantes para la efectividad militar.³⁰

Aparte del modo en que se resolvió el balance entre ambos intereses, el caso es relevante porque por vez primera la Corte Federal sostuvo que el lenguaje como la historia legislativa de la FOIA indica que las excepciones por ella contempladas debían ser interpretadas restrictivamente.³¹

1.4.1.2. U.S. Dept of State v. Washington Post Co. (1982)³²

El Diario Washington Post había pedido al Departamento de Estado revelar si era efectivo que dos oficiales del Ejército Revolucionario Iraní contaban con pasaportes norteamericanos. El ente público se negó a acceder argumentando que dicha información calificaba como “documentación similar” a que hace referencia la excepción prevista en el N° 6 de la FOIA y cuya develación constituiría una “clara e injustificada” invasión a la privacidad bajo la referida salvedad.³³ La Corte Suprema (en resolución unánime) apoyó la decisión del Departamento de Estado en cuanto a retener, en virtud de la referida causal, la información solicitada por el periódico. Sostuvo que los dos iraníes podrían correr peligro si se accediera a lo pedido por el Diario. Ello les “generaría una seria amenaza de carácter físico emanada de los grupos revolucionarios prestos para la violencia”.³⁴

Al no acogerse el argumento que había sustentado la Corte de Apelaciones en cuanto a que la aludida excepción contenida en la Ley no autoriza la retención de información fundado en la “seguridad física o personal de personas situadas o residentes fuera del país”, el Tribunal Supremo atribuye un sentido amplio a la referida excepción y al mismo tiempo uno más restringido al interés público en la referida revelación.³⁵ La Corte Suprema mantendría similar interpretación restrictiva del interés público en *Federal Bureau of Investigación v. Abramson* (1982)³⁶, caso en el que el FBI rechazó la solicitud de un periodista para conocer algunos documentos de dicho organismo.

1.4.1.3. U.S. Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press (1989)³⁷

Un grupo de periodistas pidió al FBI los antecedentes sobre los arrestos, cargos, condenas y absoluciones sobre una conocida figura del crimen organizado, a cuyas empresas se imputaba haber recibido contratos en materia de Defensa a cambio de contribuciones a la campaña de un corrupto congresista.³⁸ La Corte Suprema (en fallo unánime) apoyó la retención de información por parte del ente requerido, añadiendo que el único interés público que ha de reconocerse en un balance con la privacidad del afectado es en develar información –en este

³⁰Ibid, p. 381.

³¹Ibid, p. 361.

³²*Dept. of State v. Washington Post* 456 U.S. 595 (1982).

³³ Ibid, p. 596-600.

³⁴Ibid, p. 597 N° 2.

³⁵HALSTUK, Martin. E., “Blurred Vision: The Supreme Court’s FOIA Opinions on Invasion of Privacy”, (2000) p. 130.

³⁶*FBI v. Abramson* 456 U.S. 615 (1982).

³⁷*Dept. of Justice v. Reporters* 489 U.S.,p. 749.

³⁸Ibid, p. 757. El parlamentario había sido condenado por violar la Ley de Campañas Políticas.

caso sobre los antecedentes criminales de una persona- si la solicitud busca tener acceso a “información oficial” que dé luz acerca de la conducta o desempeño de una agencia o funcionario público.³⁹

En la misma línea se pronuncia la Corte Federal en cuanto al modo de interpretar la FOIA. La sentencia afirma que su “propósito central es asegurar que las actividades del gobierno estén abiertas al ojo crítico del escrutinio público, no que la información sobre ciudadanos particulares que se encuentran en poder del gobierno pueda ser revelada”⁴⁰, por lo que concluyó que la revelación pública de los antecedentes criminales de una persona, que no inciden directamente en el desempeño gubernamental constituye una “injustificada invasión a la privacidad” atendido que dicha información “cae fuera del ámbito del interés público que la FOIA pretende servir”.⁴¹

Este caso es considerado como de capital relevancia (seminal case), toda vez que junto con establecer lo que se denomina el “oficial information test”⁴², constituye un precedente indudable en los tres siguientes casos en que organismos públicos invocan la excepción N° 6 de la FOIA para retener la información solicitada.⁴³

1.4.1.4. U.S. Dept. of State v. Ray (1991)⁴⁴; U.S. Dept. of Defense v. Federal Labor Authority (1994)⁴⁵ y, Bibles v. Oregon Natural Desert Assn. (1997)⁴⁶

Los tres casos señalados son categóricos en sostener el fondo de la argumentación desarrollada en el caso precedentemente expuesto. En el primero, Ray (1991), el Tribunal citó expresamente el considerando pertinente de Reporters Commitee (1989) en cuanto a que el interés público en la revelación pública se refiere a aquella “información oficial” que ilumine acerca del desempeño de las obligaciones legales del ente o funcionario público en cuestión.⁴⁷

Federal Labor Authority (1994), un caso en que se pedía acceder al domicilio de ciertos empleados públicos, la Corte Suprema enfatizó que el único interés público en la revelación pública que debe ser sopesado en este balance es el grado en el cual dicha revelación puede servir al propósito central de la FOIA, cual es “contribuir significativamente al conocimiento público de las operaciones o actividades del gobierno”.⁴⁸ Por último, en Bibles v. Oregon Natural Desert Assn. (1997), caso en que se solicitó tener acceso a los nombres y direcciones de quienes habían recibido un boletín publicado por la Oficina de Bienes Nacionales, el

³⁹Ibid, p. 772-773. En este considerando cita el caso *Air Force v. Rose* (1976), p. 372.

⁴⁰ Ibid, p. 774.

⁴¹ Ibid, p. 775.

⁴²FRED CATE, ANNETEFIELDS AND JAMES MCBAIN(1994), ob. cit., p. 67, donde define este “test” como un umbral para determinar si la información solicitada bajo la FOIA debería ser revelada públicamente.

⁴³HALSTUK, Martin . E., ob.cit.,(2000) p. 135.

⁴⁴*U.S. Dept. of State v. Ray* (1991) 502 U.S. 164.

⁴⁵*U.S. Dept. of Defense v. Federal Labor Authority* (1994) 510 U.S. 487.

⁴⁶*Bibles v. Oregon Natural Desert Assn.*117 U.S. 795 (1997).

⁴⁷*Ray* (1991) p. 177-179. Creemos que lo categórico de esta afirmación debería matizarse a la luz de lo expuesto en este mismo considerando en que si bien la Corte estimó que había interés público en saber si el organismo requerido estaba cumpliendo la política prometida (en cuanto a supervigilar la protección de Haitianos deportados a su país) el interés en proteger la privacidad y seguridad de los haitianos era superior.

⁴⁸*Federal Labor Authority* (1994), p. 494-495.

Tribunal Federal reiteró lo antes afirmado en cuanto a los propósitos centrales de la FOIA para efectos de determinar cuando era legítimo pasar por encima de la excepción contenida en el N° 6 de la referida Ley.⁴⁹

1.4.1.5. National Archives & Records Administration v. Favish (2004)

El caso trata de la publicitada muerte en 1993, del presumiblemente suicidado Vince Foster, uno de los asesores de Bill Clinton mientras este era Presidente. Allan Favis solicitó el acceso de las fotografías de la escena de muerte del aludido ex asesor. Los organismos en poder del material requerido denegaron el acceso, invocando la salvedad 7 (C) de la FOIA, que exime de revelación pública los documentos cuyo conocimiento podría causar “una clara e injustificada invasión en la intimidad personal.”

Al llegar el asunto ante la Corte Suprema Federal, ésta concluyó (unánimemente) que la intimidad implicada en este caso superaba el débil interés público en el descubrimiento de las fotografías, ya que el solicitante no había acompañado antecedentes plausibles para sostener tal interés público.

Y siendo coherente con la doctrina precedentemente sostenida, afirmó al respecto que “donde hay un interés de intimidad protegido por la exención 7 (C), el interés público invocado debe mostrar que los funcionarios responsables actuaron negligentemente o de algún modo incorrectamente en la realización de sus obligaciones [por lo que] el requirente debe producir pruebas que garantizarían la creencia, para una persona razonable, que la presunta impropiedad del gobierno podría haber ocurrido”.⁵⁰ Profundizando el razonamiento, agregó: “Sólo cuando el requirente de FOIA haya producido pruebas suficientes para justificar la convicción, por una persona razonable, que la presuntiva impropiedad del gobierno podría haber ocurrido, allí habrá un contrapeso en la balanza de la FOIA (...) para sopesarlos contra los intereses de intimidad reconocibles en los documentos solicitados. Favish no ha producido ninguna prueba para poner aquel equilibrio en el juego.”⁵¹

1.4.2. Cortes Supremas estatales

1.4.2.1 Corte Suprema de Arizona: ¿puede estimarse que los e-mails de un funcionario público no son “documentos públicos”?

Síntesis: en *Griffis v. Pinal County* (2007)⁵² la Corte Suprema de Arizona se pronunció acerca de si la información personal contenida en los correos electrónicos creados y mantenidos por computadores de propiedad del gobierno eran documentos públicos bajo el ámbito de la ley estatal de acceso. La decisión del tribunal concluyó que las referidas comunicaciones no eran documentos públicos per se, dado que el criterio por el cual debían ser conocidos dependía de si se advertía una conexión entre lo solicitado y un compromiso en los deberes funcionarios del requerido.

⁴⁹*Bibles v. Oregon* (1997), p. 795.

⁵⁰*National Archives & Records Administration v. Favish* 541 U.S. 157 (2004), p. 157.

⁵¹Idem.

⁵²TAYLOR, Lindsay, ob. cit., p.156 P.3d 418.

Atendida la pertinencia del caso para los efectos del presente informe, nos referiremos al mismo con mayor detalle.

A) Antecedentes de hecho y procedimientos judiciales previos

En 2005, la Oficina de la Policía de Pinal County comenzó una investigación como consecuencia de denuncias efectuadas, en contra del Administrador del referido Condado, señor Griffis, que lo inculpaban de beneficiarse de un negocio de armas de caza a expensas de fondos del Condado, sin la debida autorización.⁵³ En dicho contexto, uno de los periódicos locales solicitó tener acceso a todos los correos electrónicos, enviados y recibidos en determinadas fechas por Griffis, administrados por el sistema computacional de Pinal County.⁵⁴

El Condado otorgó acceso a más de setecientos correos electrónicos sobre el tema rechazando, asimismo, entregar aquellos que el afectado había estimado de carácter personal o confidencial hasta que el Periódico solicitante amenazó con demandar judicialmente al Condado si no se le daba conocimiento de todos los correos electrónicos inicialmente requeridos.⁵⁵ Griffis interpuso una acción cautelar (preliminary injunction) que le fue concedida por la Corte local aunque luego el Diario como el Condado lograron dejarla sin efecto, a lo cual accedió el tribunal en el entendido que se trataba de información “presuntivamente abierta a la inspección pública”⁵⁶ por lo que ordenó la liberación de los correos del afectado con la excepción hecha de la información personal financiera (números de tarjetas de crédito, cuentas corrientes, etc.).⁵⁷ El tribunal ofreció al afectado efectuar una inspección personal para resolver si lo sostenido por él superaba la presunción de conocimiento público, quién rechazó la posibilidad y apeló ante la Corte de Apelaciones del estado.⁵⁸

Dicha Corte revirtió la orden dada por el tribunal local, fundada especialmente en una decisión anterior de la Corte Suprema estatal -Salt RiverPima-Maricopa Indian Community v. Rogers (1991)- en que el mismo Diario había solicitado conocer documentación creada por una compañía privada bajo el argumento de que dicha información se encontraba situada en una oficina gubernamental y estaba en posesión de una agencia pública.⁵⁹ El fallo de la C. Suprema desechó entonces esta noción amplia y había formulado tres definiciones de “documento público”, cuyo elemento definitorio común era la necesidad de existir una relación entre el documento y los deberes oficiales del funcionario afectado.

El argumento principal de Griffis ante la Corte de Apelaciones fue que el tribunal local no había aplicado el estándar previamente formulado por la Corte Suprema en Salt River (2001), consistente en determinar “si la información buscada fue creada o recibida en pos de algún deber o asunto público”⁶⁰ para los efectos de decidir si los documentos solicitados eran o no de libre acceso. La Corte de Apelaciones hizo suyo el argumento expuesto y estimó, sin

⁵³TAYLOR, Lindsay, *ibid*, p. 420

⁵⁴Idem.

⁵⁵Idem.

⁵⁶Ibid, p. 783.

⁵⁷Ibid, p. 420.

⁵⁸Ibid, p. 783.

⁵⁹Ibid, p. 907.

⁶⁰Ibid, p. 788.

revisar los correos electrónicos, que de los antecedentes del caso se desprendía que no había conexión entre los correos electrónicos de Griffis y sus deberes funcionarios, por lo que no cabía que fuesen públicamente revelados.⁶¹

B) La decisión de la Corte

La decisión unánime (5-0) de la Corte fue categórica en sostener que los correos electrónicos –creados y mantenidos por un sistema computacional público y utilizados por funcionarios públicos- no pueden ser considerados documentos públicos (public records) conforme al derecho de Acceso a la Información.⁶² Esta resolución tuvo por fundamento las siguientes consideraciones:

- i. Que el gasto de fondos públicos y tampoco la mera posesión de un documento por un organismo o funcionario público transformará un documento privado en uno público.⁶³
- ii. Lo anterior se justifica puesto que aunque los correos electrónicos son enviados y recibidos en computadores públicos, algunos emails pueden referirse “únicamente a asuntos personales y, por tanto, no cumplirían con el requisito sustantivo de que exista una conexión con las actividades de gobierno”⁶⁴
- iii. La Corte reconoció el fuerte compromiso de favorecer la entrega de documentos gubernamentales, aunque sostuvo que no se veía de qué modo la revelación de documentos “estrictamente privados” protegía el propósito subyacente a las políticas públicas de Transparencia. Lo dijo textualmente así: “Los documentos estrictamente privados no dan luz alguna respecto de cómo el gobierno cumple su tarea o gasta el dinero de los contribuyentes”.⁶⁵
- iv. Por tanto, los correos en cuestión, al contener información “puramente personal” no son documentos públicos *per se*⁶⁶, por lo que no es posible acceder a su revelación pública.⁶⁷

La sentencia del máximo tribunal de Arizona formuló básicamente un procedimiento escalonado para determinar si el material solicitado era o no documento público para los efectos de la ley estatal de acceso. En primer lugar, afirmó que la parte solicitante debe dar indicios –en cuanto a la conexión sustantiva con las actividades de gobierno- acerca del carácter público del documento.⁶⁸ En segundo término, efectuado lo anterior por la parte

⁶¹Ibid, p. 790.

⁶²Ibid, p. 422.

⁶³Ibid, p. 421.

⁶⁴Ibid, p. 422. *Vid.* WATKINS, John & PELZ, Richard, p. 436-437.

⁶⁵Idem.

⁶⁶Ibid, p. 421-23.

⁶⁷El mismo tribunal observó a mayor abundamiento en 422-423, que si los correos electrónicos fuesen considerados “documentos públicos” *per se*, habría una presunción en favor de su publicidad aunque también reconoce que, en definitiva la privacidad, la confidencialidad o los superiores intereses del Estado, en un proceso de balanceo, podrían contrarrestar la aludida presunción.

⁶⁸Ibid, p. 422.

solicitante, ésta debe pedir a la Corte que lleve a cabo una inspección personal (in camera review) de los documentos disputados para determinar si constituyen o no documentos públicos.⁶⁹ Conforme a lo anterior, el documento puede ser considerado público o privado. Si es considerado privado, no habrá acceso por no estimarse documento público. Si es estimado público, corre una presunción en favor de su revelación, pero no la asegura, toda vez que el tribunal puede [en un proceso de balance] estimar que hay derechos o intereses públicos contrapuestos que ameritan no autorizar la publicidad de los antecedentes solicitados.⁷⁰

1.4.2.2 Corte Suprema de West Virginia: ¿puede un correo electrónico acogerse a la excepción de privacidad personal para justificar su retención?

Síntesis: en *Associated Press v. Canterbury* (2009)⁷¹, la Corte Suprema de Apelaciones del estado de West Virginia⁷² resolvió que los correos electrónicos enviados por un juez a un particular no constituyen “documentos públicos” bajo la Ley de Acceso a la Información del estado, debido a que ellos no inciden en “las obligaciones, responsabilidades y deberes oficiales” del aludido funcionario público.

Este fallo afirma ser representativo de similar jurisprudencia pronunciada por otras Cortes estatales –en Arizona⁷³, Florida⁷⁴, Ohio⁷⁵ y Colorado⁷⁶- sobre asuntos idénticos o análogos a aquel decidido por la Corte Suprema de West Virginia. Algunos, por el contrario, rechazan la aludida similitud o analogía.⁷⁷

A) Antecedentes de hecho

El año 2008 el solicitante, Associated Press (en adelante “AP”), pidió al señor Canterbury –el responsable de autorizar el acceso- tener conocimiento de todos los documentos en que constaran las comunicaciones (correos electrónicos)⁷⁸ entre el juez E. Maynard y el ciudadano D. Blankenship, durante el período que va desde el 1° de enero de 2006 hasta febrero de 2008. El funcionario encargado, Canterbury, denegó la solicitud fundado en que lo requerido no era públicamente revelable conforme a lo dispuesto por la FOIA.

B) El Derecho involucrado

⁶⁹Idem.

⁷⁰Ibid, p. 423.

⁷¹*Associated Press v. Canterbury*, 688 S.E.2d 317.

⁷²No obstante la denominación de la Corte –“Corte Suprema de Apelaciones”- es la de mayor jerarquía en el estado de West Virginia.

⁷³*Associated Press v. Canterbury*, p. 325, en que cita el caso *Griffis v. Pinal County*, 156 P.3d 418 (2007).

⁷⁴Ibid, 326, en que cita *State v. City of Clearwater*, 863 So.2d 149 (2003).

⁷⁵Ibid, 328, donde se cita a *Wilson-Simmons v. Lake County Sheriff's Dept.*, 693 N.E.2d 789 (1998).

⁷⁶Ibid, 326, en que se cita el caso *Denver Publ'g Co. v. Bd. of County Comm'rs*, 121 P.3d 190 (2005).

⁷⁷(sin autor) “Taking out the context: A Critical Analysis of *Associated Press v. Canterbury*”, en *West Virginia Law Review*, vol. 113, (2010), p. 280, donde se afirma que “los casos citados por la Corte son de jurisdicciones con leyes FOIA que definen un documento público de modo más restrictivo que en la WVFOIA”.

⁷⁸*Associated Press v. Canterbury*, p. 320-321. Las referidas comunicaciones constaban en 13 correos electrónicos enviados en un período cercano a dos años.

La Ley de Acceso a la Información de West Virginia (1977) –en adelante “WVFOIA”– entrega a toda persona “el derecho a inspeccionar o copiar cualquier documento público de una institución pública del estado, salvo aquellas excepciones previstas en la sección cuarta del presente artículo”⁷⁹

La WVFOIA define “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”.⁸⁰

Dentro de dichas salvedades la WVFOIA prevé 19 categorías de información exentas de revelación pública. Entre ellas, cabe destacar la número 2, que exime de conocimiento público la “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.” (§29B-1-4. Exemptions). Con todo, en el presente caso, al estimarse que no se estaba frente a un documento público, no fue necesario considerar la aplicabilidad de las excepciones.

C) La decisión de la Corte Suprema de West Virginia

Para arribar a la conclusión de que la información solicitada no era pública y, por tanto, evitar el sometimiento a la FOIA y a un eventual balanceo de intereses en tensión, la Corte articuló las siguientes consideraciones:

- i. Que la definición de “escrito” (writing) contenida en la WVFOIA incluye las comunicaciones por correo electrónico⁸¹ a cuyo conocimiento se solicitaba tener acceso.
- ii. El argumento medular sostuvo que “[b]ajo el claro lenguaje de la definición [por el WVFOIA] de ‘documento público’, la comunicación de un funcionario público o de un empleado público por correo electrónico personal y que no dice relación con la conducta de un asunto público, no constituye un documento público sujeto a la revelación dispuesta por la FOIA.”⁸²
- iii. Luego, concordó en cuanto a que la determinación, acerca de “si la comunicación por correo electrónico, de un empleado o funcionario público, constituye un documento público sometido a la revelación de la Ley de Información Pública de West Virginia,

⁷⁹ W. VA. CODE § 29B-1-3.

⁸⁰ W. VA. CODE § 29B-1-2 (4). Al respecto, NEELY, Alfred, *Administrative Law In West Virginia* 53, Michie Co. ed., 1982, p. 541, afirma que una lectura sensible de la disposición “autorizaría excluir sólo los escritos personales y privados, de funcionarios gubernamentales, que *carecen absolutamente* de relación con obligaciones públicas” (la cursiva es del autor). En el mismo sentido, MC. GINLEY&WEISE (2010).

⁸¹ *Associated Press v. Canterbury*, 324. La Ley define como “writing” a “todo libro, papel, mapa, fotografía, tarjeta, cinta, grabación u otro material documental, independiente de su forma o características físicas” W. Va. CODE § 29B-1-2(5) (2009).

⁸² *Ibid*, p. 319-320.

se encuentra circunscrito a un análisis del contenido del correo electrónico que no se extiende a un análisis contextual sobre el interés público del documento.”⁸³

D) La disidencia del fallo

La jueza disidente lo fue sólo en términos parciales. En cuanto a las cuestiones de Derecho concordó con la mayoría en cuanto a que un correo electrónico personal de un funcionario público, que no se refiere en su contenido, a asuntos que afecten la función pública que se desempeña, no constituye un documento público para los efectos de la WVFOIA.⁸⁴

Su disidencia se fundó en dos aspectos: el primero –y más relevante- estriba en que ella derechamente desestimó que los correos electrónicos en cuestión fueran “puramente personales”⁸⁵ y no se vincularan con la conducta funcionaria en los asuntos públicos. Resulta ilustrativa su opinión al respecto:

“La mayoría, en este caso, sin embargo, no realiza ningún análisis de los hechos como tampoco discute el marco analítico adecuado para determinar si un escrito se relaciona con la conducción en los asuntos públicos. Por el contrario, simplemente hacen una declaración concluyendo que todos los e-mails en cuestión son de naturaleza personal, sin siquiera tratar dediscutir siun correo electrónicoentreun Juez de la Corte Suprema de Justiciayel Director General deun litigantecorporativo, conun caso pendiente de una cuantía de más de\$ US 50 millones, tiene alguna (...) conexión demostrable conla conducción delos asuntos públicos.”⁸⁶

En el segundo aspecto de su disidencia, consideró que el objeto del análisis no sólo bastaba focalizarlo en el contenido de la información, como lo hizo la mayoría, sino también en el contexto de la misma para los efectos de determinar si un escrito tiene antecedentes que inciden en la conducta funcionaria en los asuntos públicos.⁸⁷ En tal sentido, la disidencia critica, por ejemplo, que el fallo haya omitido información relevante para concluir que ella contenía antecedentes concluyentes en cuanto que afectaba en un asunto de interés público.⁸⁸

En las críticas desplegadas contra este fallo⁸⁹ suelen citarse algunos casos de la misma Corte estatal resueltos en la década de los ochenta que enfatiza el principio de que las excepciones al derecho de acceso deben ser interpretadas restrictivamente⁹⁰ así como también la

⁸³Ibid, p. 320. En este sentido, el fallo añade: “[s]i la definición de documento público por la FOLA implica un examen del contexto de los documentos por existir un interés público en el mismo, el legislador debe haber incluido dicha autorización en la definición.”

⁸⁴Ibid, p. 336 (disidencia).

⁸⁵Idem.

⁸⁶*Associated Press*, p. 338-339.

⁸⁷*Associated Press*, p. 336-337 (disidencia).

⁸⁸Ibid, p. 320, en que se señala que “*MasseyEnergyCompany*, la empresa liderada por el Sr. Blankenship (...) tenía un interés relevante en un juicio pendiente ante la Corte que integraba el Juez Maynard”.

⁸⁹ (Sin autor), “Taking out of context: A Critical Analysis”, p. 260-285. En una línea similar, aunque no necesariamente atacando el citado fallo, véase: HESTER, Tom (2008): “States Fight to Keep Officials' E-mail From Open-Records Inspection”, en *Associated Press*, Mar. 16, disponible en <http://www.ap.org/FOI/foi031608a.html>; KOZINETS Peter S. (2007): “Access to the E-mail Records of Public Officials: Safeguarding the Public's Right to Know”, en *Communications Lawyer*, vol 25, p. 17-26.

⁹⁰*Hechler v Casey*, 333 S.E. 2d 799, 808 (W. Va 1985).

regla de que el interesado que quiere impedir la entrega de información tiene la carga de probar los motivos que justifican que los documentos en cuestión se excepcionen de la exigencia general de apertura dispuesto por la Ley.⁹¹ Con todo, esta jurisprudencia no presta directa utilidad en relación con el objeto del presente informe.

⁹¹*Daily Gazette Co. v. W. Va. Board of Med.*, 325 S.E. 2d 66 (W. Va 1986).

2. CANADÁ

2.1. Síntesis

En los escasos antecedentes directamente pertinentes con la publicidad/privacidad de los correos electrónicos, se ha sostenido por la Corte de Ontario, que los correos electrónicos de un funcionario público sobre cuestiones personales no podía considerarse accesible al público por el sólo hecho de encontrarse bajo el control de un organismo público.

2.2 Introducción: la particularidad del Ordenamiento Jurídico Canadiense

Antes que nada cabe observar la complejidad del sistema jurídico canadiense, que se explica en buena medida debido a que se trata de un “pacto entre dos comunidades que no sólo habitan dentro de un mismo Estado sino que se distinguen por su identidad específica: idioma, religión, costumbres, sistema legal, pasado común, etc.”⁹² Conforme a lo señalado, es impropio referirse al “ordenamiento jurídico canadiense”, puesto que existen al menos dos órdenes claramente distinguidos según la tradición anglosajona (commonlaw) o francesa (de raigambre románico-canónica) en que se fundan, aunque a raíz de la British North America Act (1867) la Federación Canadiense quedó dividida en cuatro provincias: Quebec, Ontario, New Brunswick y New Scotland, a las que más tarde se le agregarían otras seis provincias.⁹³

La dispersión jurídica generada a partir de la realidad esbozada comenzó a ser disciplinada en virtud de la dictación de la primera constitución en forma, la Constitución Canadiense (1982) cuyas fuentes están constituidas por el antiguo British Act (1867), la Carta de Derechos y Libertades Canadiense y las disposiciones relativas a las enmiendas constitucionales, que otorgaron autonomía en diversas materias a las diversas provincias. Dentro de esta miscelánea de fuentes locales, Gall señala que las más relevantes son, en primer lugar, la ley y, en segundo lugar, la jurisprudencia, entre otras de segundo orden como la costumbre, las prerrogativas reales (facultad de conceder indultos), la doctrina y la moralidad.⁹⁴

Las primeras fuentes constituyen el derecho directamente vinculante mientras que las restantes son las que se denominan fuentes secundarias (softlaw). Tratándose de la jurisprudencia, las motivaciones de las sentencias judiciales (ratio decidendi) pueden convertirse en precedentes, que en el futuro, otros jueces deberán tener en consideración al resolver sobre casos con situaciones fácticas análogas, pues al igual que en el Reino Unido y Estados Unidos, en Canadá rige la doctrina de la obligatoriedad del precedente judicial (stare decisis).

Siguiendo la relevancia de las fuentes, el presente informe comprenderá principalmente el tratamiento de las fuentes de orden legal y jurisprudencial –directamente vinculantes–

⁹²CASTRO, Julián, “El Federalismo en Canadá ayer y hoy” en (Ibarra, Guillermo y Ruelas, Ana Luz: coord.) *México y Canadá en la Globalización* (México D.F., Porrúa, 2010), p. 125.

⁹³MORINEAU, Marta, *Una introducción al CommonLaw*, Estudios Jurídicos UNAM, México D.F, 2001, pp. 56-57.

⁹⁴GALL, Gerald L., *The Canadian Legal System*, (Calgary, Carswell, 1995), p. 38-44.

incorporando otras fuentes administrativas en la medida que sean pertinentes como complemento de las fuentes principales. En consecuencia, y atendida la nutrida coexistencia de jurisdicciones y legislaciones locales en materia de Acceso a la Información, nos referiremos fundamentalmente a la Ley Federal de Acceso, y a la escasa jurisprudencia judicial en lo que sea directamente pertinente para el objeto de este trabajo.

2.2. Legislación Relevante

2.3.1. The Access to Information Act 1982 (AIA)

Desde el año 1983 (año de entrada en vigencia) Canadá cuenta con legislación especial en materia de Acceso a la Información Pública a través de la Access to Information Act (en adelante “AIA” o la “Ley”, indistintamente), entre cuyos propósitos legalmente definidos (art. 2.1) se encuentran: (a) Ampliar las leyes de Canadá para proporcionar un derecho de acceso a la información en registros que se encuentren bajo control de una institución de gobierno⁹⁵, conforme a los siguientes principios: (i) que la información de gobierno esté disponible al público, (ii) que las excepciones al derecho del acceso sean limitadas y específicas y, (iii) que las decisiones sobre el descubrimiento de información de gobierno sean revisadas independientemente del gobierno. (b) Complementar y no sustituir los procedimientos existentes para el acceso a la información de gobierno sin limitar de ningún modo el acceso a la información de gobierno que está normalmente disponible al público (art. 2.2).

El ámbito de acción de la AIA rige respecto de todo documento (“cualquier documento material independientemente de su medio o forma”) que se encuentre en poder de una “institución de gobierno” o “cabeza” (head) de una institución gubernamental.

Por “institución de gobierno” se entiende (a) cualquier ministerio del Gobierno de Canadá o cualquier entidad u oficina, catalogada en el organigrama I⁹⁶ contenido en la Ley y, (b) cualquier corporación vinculada con la Corona y cualquier filial totalmente poseída por tal corporación, dentro del significado de la sección 83 del Acto de Administración Financiera. En relación con una institución de gobierno, se entiende que la “cabeza” de dicha institución es (a) el miembro del Consejo Privado de la Reina para Canadá, quien preside el departamento o el ministerio, o (b) en cualquier otro caso, la persona designada bajo la subdivisión 3.2 (2) como jefe de la institución para los objetivos de esta ley o, si ninguna persona es designada, el Presidente de la institución, cualquiera sea su título (art. 3). Así, la Ley rige para todos los ministerios, organismos o agencias públicas, con la excepción de ciertas corporaciones de la Corona, del Parlamento y de los Tribunales de Justicia.

La AIA dispuso, asimismo, de la creación de un órgano administrativo responsable denominado Office of the Information Commissioner (en adelante, “Comisionado”), ente autónomo y designado por el Parlamento, una de cuyas funciones principales es velar por el

⁹⁵Como veremos, según el art. 4.3, para los efectos de la AIA, cualquier documento solicitado conforme a esta ley, que no existe pero puede ser producido, sujeto a las limitaciones legales, de un registro explotable por una máquina lectora de archivos, en poder de una institución de gobierno que usa el hardware de ordenador y el software, se considerará un registro bajo control de la institución de gobierno.

⁹⁶ El respectivo organigrama, contenido como Anexo al final de la AIA, contiene un listado larguísimo de instituciones, ministerios, oficinas o agencias públicas sujetas al cumplimiento de esta Ley.

cumplimiento de la Ley y pronunciarse sobre la legalidad de las infracciones reclamadas por los solicitantes de acceso frente a una negativa o a un cumplimiento insatisfactorio o tardío por parte del organismo público requerido.

Cabe añadir que las decisiones del Comisionado no son vinculantes para el organismo público requerido, por lo constituyen meras recomendaciones, las que en todo caso pueden ser reclamadas judicialmente en caso de no ser adoptadas por el ente público ante quien se presentó la solicitud de acceso.

2.3.1.1. Otras características relevantes de la AIA

- ¿Quién tiene derecho a acceder a la información pública y cuales son los requisitos para hacerlo? Los ciudadanos canadienses y los residentes permanentes tienen derecho a acceder a cualquier archivo bajo control de una institución de gobierno (art. 4.1).
- La solicitud de información debe formularse por escrito ante la agencia gubernamental que tiene en su poder lo requerido, debiendo contener los detalles suficientes como para que un funcionario experimentado pueda, sin un esfuerzo extraordinario, identificar lo requerido (art. 6).
- El derecho de acceso otorga igualmente facultades para emplazar y poder obligar a los sujetos obligados a dar testimonio (oral y escrito) sobre lo solicitado; a ingresar en cualquier dependencia de una institución gubernamental; de entrevistar a cualquier funcionario de gobierno y, de examinar cualquier archivo del gobierno y obtener copias de los mismos, así como los que pertenecen a cualquier investigación.
- La institución tiene 30 días para responder a una solicitud por escrito.⁹⁷ El plazo es prorrogable si la búsqueda es muy larga y compleja. Cuando toda o parte de la información se refiere a terceros (una persona o entidad que no sea el solicitante), la institución de gobierno debe notificar a dicho tercero para que señale su asentimiento u oposición. Este puede iniciar recurrir directamente ante la Corte Federal si su información es divulgada.
- En caso de negativa frente al requerimiento de acceso, el solicitante tiene el plazo de un año para interponer, sin costo alguno, un recurso de revisión ante la Oficina del Comisionado. Las causales de procedencia del recurso son las siguientes:
 - Si la institución requerida ha negado la información, la ha respondido de manera inapropiada o ha tardado en hacerlo.
 - Si los costos de reproducción de lo solicitado son muy altos de manera que constituye un obstáculo para acceder a dicha información.
 - Cuando la información es enviada en otro idioma oficial al distinto al de elección del solicitante.

⁹⁷ Las solicitudes formales son las que se hacen por escrito de conformidad a la Ley. Si son verbales o mediante otro modo de expresión se entienden informales, para cuya respuesta no hay plazo o bien este es indefinido.

- Recibido el recurso en la oficina del Comisionado, se asignará un investigador para el caso, quien puede solicitar mayor información o hacer preguntas sobre la cuestión al solicitante. Asimismo, se le dará al solicitante la oportunidad para que exprese su opinión sobre el caso. Es usual que el investigador represente al Comisionado y sea el mediador para encontrar una vía de solución al recurso.
- Habiendo considerados todos los antecedentes y argumentos, los de la agencia y/o de cualquier parte afectada por la publicidad de la información requerida, el Comisionado se pronunciará entregando su mera recomendación al solicitante de acceso.
- Si el Comisionado estima insatisfactoria la respuesta del ente público, podrá, previa autorización del solicitante, reclamar ante la Corte Federal de Canadá. A su vez, si el requirente no está conforme con los resultados de la investigación efectuada por el Comisionado, puede reclamar ante la Corte Federal de Canadá para que revise la respuesta (o la falta de ella) del ente público.
- Los terceros cuyos antecedentes formen parte de lo requerido por una solicitud de acceso pueden reclamar ante la Corte Federal si no están satisfechos con la investigación llevada a cabo por el Comisionado.

2.3.1.2. Excepciones previstas en la Ley

Mencionaremos las de mayor relevancia, dado que en el caso de la AIA, el listado de excepciones es de largo y detallado desarrollo. En efecto, la Ley contempla varias categorías de información, a su vez, singularizadas en muchas especies de tales géneros.

A) Responsabilidades de Gobierno

- Información obtenida de fuentes confidenciales, tales como gobiernos extranjeros o instituciones similares, por lo que consiste en una prohibición absoluta (art. 13. (1)).
- Asuntos cuya difusión podría ser dañina para la conducción del Gobierno de Canadá en sus asuntos federales o provinciales (art. 14).
- Asuntos exteriores, de defensa o de seguridad. Le ley señala varias materias cuya difusión generaría un daño en los referidos asuntos (art.15. (1)).
- Cumplimiento de la ley en diversas materias. Se refiere a información relativa a la investigación, prevención y sanción del crimen; investigaciones en materia de Inteligencia; información técnica sobre armas, sistemas computacionales, procedimientos disciplinarios, etc. (arts. 16. (1) y 16. (2)).
- Información que fue obtenida o preparada por la Policía Montada de Canadá en el desempeño de sus funciones para una provincia o el municipio. (art. 16.(3)).

- Documentos en que consten investigaciones o auditorías conducida por ciertas autoridades o en representación de éstas, salvo que hayan finalizado. Dichas autoridades son, entre otros, el Comisionado de Información, el Comisionado de la Privacidad, el Auditor General, el Comisionado de Lobby (16.1 y 16.2).
- Seguridad individual. Se refiere a la revelación de documentos cuyo conocimiento podría razonablemente amenazar la seguridad de las personas (art. 17).
- Intereses económicos de Canadá y de ciertas instituciones. El primer tipo de información dice relación con los tratados comerciales o con antecedentes científicos o técnicos cuya revelación pudiera afectar la estabilidad económica. La segunda especie se refiere a información similar en poder de ciertas empresas estratégicas (arts. 18 y 18.1).

B) Información personal

Se refiere a los antecedentes contenidos en documentos que contengan información personal, de conformidad con la definición establecida por la sección 3 de la Ley de Protección a la Vida Privada (PrivacyAct) (19. (1)).

Asimismo, la Ley establece que es posible acceder a documentos que contengan información personal, siempre (a) que la persona a quien concierne haya consentido en su revelación; (b) que se trate de información disponible al público, o (c) que la revelación pública se haga según lo dispuesto por la sección 8 de la Ley de Protección a la Vida Privada (19. (2)).

C) Información de terceros.

Se refiere a información confidencial financiera, comercial, científica o técnica entregada al gobierno o a una institución de este por un tercero. Se fundamenta en la creencia razonablemente fundada de que haya una pérdida o ganancia financiera o que perjudique la competitividad de un tercero.

D) Prohibiciones establecidas por otras leyes

Elementos que la componen y su alcance: Cualquier expediente solicitado que contenga información y que su divulgación este restringida o conforme a cualquier disposición precisada en el Organigrama II.

2.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos

2.4.1. Los correos electrónicos de los funcionarios públicos como “documento” accesible en virtud de la AIA

En una de sus disposiciones fundamentales, la AIA otorga derecho de acceso público a “la información en registros” que se encuentren en poder de un ente público, con independencia de su forma o formato. Desde esta perspectiva, se encuentra garantizado el acceso a registros que no consistan en soporte papel o tradicional, por ejemplo, cintas magnéticas, videos, dibujos, mapas, microfilmes, fotografías, CDs, por los que los correos

electrónicos deben entenderse comprendidos dentro de la noción de documento público susceptible de revelación pública.

Más aún, la legislación canadiense es una de las pocas en virtud de la cual expresamente se exige a las autoridades pertinentes crear o producir documentos electrónicos en respuesta a solicitudes de acceso, siempre que la generación de tal documentación no sea una carga indebida. Así, el artículo 4 (3) es tan singular como inequívoco al prescribir lo siguiente: “Para los propósitos de esta Ley, cualquier registro solicitado conforme a esta Ley, que no existe, pero puede (...) ser producido a partir de un registro explotable por la máquina en el control de una institución de gobierno que use el hardware de ordenador y el software, según la experiencia técnica normalmente usada por la institución de gobierno, será considerado un registro [público] bajo el control de la institución de gobierno.”

La específica disposición citada se encuentra tan asumida por los entes públicos que ello probablemente explica, por una parte, que en este particular aspecto de la Ley no se haya producido mucha litigación judicial en materia de acceso a la información contenida en correos electrónicos de funcionarios públicos. A este resultado puede contribuir, también, el diseño institucional que prevé una vía administrativa como condición previa para acceder a la revisión judicial.

Muestra de una realidad que asume las consecuencias normativas de la disposición legal arriba indicada es que uno los Reportes Canadienses más especializados sobre Acceso a la Información⁹⁸ proporcionan consejos directos, desde diversas perspectivas⁹⁹, acerca de cómo enfrentar la inevitable publicidad potencial del contenido de los correos electrónicos de los funcionarios.¹⁰⁰ Esta realidad ha hecho que surjan críticas a la disposición citada, fundada en que los hábitos a que conlleva la apertura de los emails no contribuyen a la eficacia en el cumplimiento de los deberes funcionarios.¹⁰¹

La perspectiva señalada ha sido respaldada, tratándose de los correos electrónicos, en aquellas ocasiones en que se ha pronunciado el Comisionado. Sin embargo, ello ha sido últimamente puesto en entredicho con ocasión de una sentencia de diciembre de 2010, de la Corte de Ottawa, en el único caso en que una autoridad judicial se ha pronunciado derechamente sobre el tema.

2.4.2. La privacidad de los correos electrónicos conforme a lo resuelto por la Corte de Ontario

⁹⁸TROMP, Stanley L., *Fallen Behind: Canada's Access to Information Act in the World Context* (2008), p. 394 Disponible en: <http://www3.telus.net/index100/foi>

⁹⁹Ibid, p. 184, por ejemplo, de lo problemático que puede ser borrar los emails desde la perspectiva del cumplimiento de la ley.

¹⁰⁰Ibid, p. 206, en que cita a un profesor australiano que afirma: “Bien, si quiero sobrevivir en el servicio público, mejor no le dedico mucho tiempo al correo electrónico”.

¹⁰¹ALASDAIR, Roberts, *BlackedOut: Government Secrecy in the Information Age*, (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 56, donde responde a la pregunta de si los funcionarios deberían autocensurarse el correo electrónico: “Este miedo –afirma Roberts- ha demostrado ser exagerado. El correo electrónico se ha hecho demasiado firme y profundamente enraizado en la vida de trabajo contemporánea como para que la autocensura sea una estrategia eficaz; dicho de modo elíptico, [ello] requiere tiempo, y mina el esfuerzo para conseguir el trabajo hecho.”

2.4.2.1. City of Ottawa v. Ontario (2010)¹⁰²

Síntesis: La pregunta que este caso procura responder es si los correos electrónicos de carácter personal, enviados y recibidos por un empleado público en su lugar de trabajo, que no están relacionados con su función pública, están sometidos a la revelación pública dispuesta por la ley. “Esta es la cuestión central radicada en este juicio”¹⁰³, señala la sentencia.

A) Antecedentes de hecho y de derecho

En cuanto a los hechos, el solicitante pide acceso a la Municipalidad de Ottawa, de los correos electrónicos intercambiados entre el señor O' Connor, un empleado municipal, y la Sociedad de Ayuda de niños, una ONG en la cual el señor O' Connor había colaborado como voluntario. El funcionario a cargo de las solicitudes de acceso respondió que “las referidas comunicaciones no se relacionaban con las obligaciones del señor O' Connor como Fiscal de la Municipalidad”¹⁰⁴ (City Solicitor), por lo que los antecedentes requeridos “no estaban bajo la custodia o control municipal por lo que caían fuera del ámbito de la MFIPPA”¹⁰⁵ (Municipal Freedom & Protection of Privacy Act).

El solicitante, insatisfecho, recurrió ante el Comisionado, quien a su vez encomendó el tema a un Árbitro, quien apoyó la idea que los emails en este caso estaban bajo la custodia y/o control de la Municipalidad. La fundó en que “(1) la Municipalidad estaba en posesión material de los correos en su servidor; (2) la Municipalidad estaba facultada para regular el sistema de correos y no podía evadir su responsabilidad por la vía de preferir no ejercer control respecto de un tipo particular de documento; y (3) dado que la Municipalidad estaba facultada para monitorear los correos electrónicos en caso de uso indebido [ello significa que], cualquier email del sistema a cualquier hora está bajo el control de la Municipalidad, incluso en caso que ésta no los haya utilizado ni accedido a ellos”.¹⁰⁶ Atendida la opinión desfavorable del Comisionado, la Municipalidad recurrió ante los tribunales de justicia.

En relación al derecho, la disposición legal en cuestión, el artículo 4 (1) de la señalada Ley establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho de acceso a un documento o una parte de un documento bajo la custodia o en el control de una institución a menos que, (a) el documento o la parte del mismo quepa dentro de una de las excepciones previstas en los artículos 6 a 15, o (b) que el jefe o superior es de la opinión, fundada en motivos plausibles, que la solicitud del acceso es frívola o molesta.”

La discusión sobre el derecho versaría, por tanto, en si dichos correos se encontraban o no “bajo la custodia o control” del organismo requerido. Para ello se analizó en primer lugar, la

¹⁰²City of Ottawa v. Ontario 2010 ONSC 6835.

¹⁰³Ibid, p. 1.

¹⁰⁴Ibid, p. 9.

¹⁰⁵Idem.

¹⁰⁶City of Ottawa v. Ontario, p. 15.

finalidad de la legislación (“incentivar la democracia”)¹⁰⁷ y se llegó a la conclusión que el acceso a correos electrónico personales no contribuiría al proceso democrático¹⁰⁸.

Luego procuraron determinar de qué modo dicho propósito podía contribuir a la interpretación de la disposición en cuestión.¹⁰⁹ En tercer lugar se examinó si había una diferencia entre email y documentos de papel¹¹⁰, concluyendo en que si bien no la había, la circunstancia de que hubiera un control y fiscalización sobre ambos tipos de documentos – incluso con mayor intensidad y frecuencia en los emails- “no cambia la naturaleza [no gubernamental] del documento, ni la naturaleza de los deberes de la Municipalidad en relación con ellos”.¹¹¹ Por último, se dejó constancia de que esta aproximación era consistente –en este particular aspecto de “la custodia o control de los documentos”- con el alcance brindado por otros pronunciamientos de los tribunales de justicia.¹¹²

B) La decisión adoptada por la Corte

La Corte de Justicia Superior de Ottawa sostuvo (en decisión unánime) que los aludidos correos electrónico no están dentro del ámbito de la Ley de Acceso a la Información del municipio.

“En mi opinión [afirmó el juez redactor del fallo] no es razonable que los correos electrónicos que pertenecen a una persona particular se encuentren sometidos al acceso público simplemente porque son enviados o recibidos en un servidor de propiedad del Gobierno (...) por lo que confirmo al decisión adoptada por la Municipalidad de Ottawa de negar el acceso a los referidos documentos”¹¹³.

¹⁰⁷Ibid, p. 21-27.

¹⁰⁸Ibid, p. 25, 26, 27.

¹⁰⁹Ibid, p. 28-35.

¹¹⁰Ibid, p. 36-42.

¹¹¹Ibid, p. 42.

¹¹²Ibid, p. 43-51.

¹¹³Ibid, p. 53-54.

II. JURISDICCIONES EN QUE AUTORIDADES DE ORDEN ADMINISTRATIVO SE HAN PRONUNCIADO SOBRE LA MATERIA SIN ULTERIOR RECLAMACIÓN JUDICIAL

1. INGLATERRA

1.1. Síntesis

Al no existir normativa legal específica respecto de los e-mails, se aplican las reglas generales aplicables a toda clase de información que se encuentre en poder de autoridades públicas. Estas indican que los e-mails están sujetos al derecho de acceso a la información de los ciudadanos, a menos que queden comprendidos en alguna de las numerosas y amplias excepciones a ese derecho. El elemento decisivo es el contenido del e-mail, no así su ubicación en cuentas oficiales o privadas. Al respecto, dos criterios generales pueden extraerse de la normativa inglesa: mientras el e-mail más se refiera a políticas gubernamentales,¹¹⁴ menores serán las posibilidades de reclamar su publicidad. Del mismo modo, a mayor privacidad de su contenido, menor probabilidad de que se considere información accesible al público.

1.2. Introducción: el Ordenamiento Jurídico Inglés

El presente informe se refiere al derecho vigente en Inglaterra y Gales (en adelante conjuntamente “Inglaterra”), jurisdicción particular dentro del Reino Unido, y por tanto no comprende los ordenamientos jurídicos de Escocia e Irlanda del Norte.

El ordenamiento jurídico inglés presenta algunas características generales que son relevantes para el este informe. En primer término, la combinación de una constitución sólo parcialmente escrita, unida al principio de soberanía parlamentaria en la producción de normas legales¹¹⁵, explican que no exista control judicial de constitucionalidad. En consecuencia, el presente informe no se referirá a la constitucionalidad de las normas legales involucradas. En segundo lugar, siendo la cuna del CommonLaw, las fuentes del derecho presentan ciertas características especiales. Así la jurisprudencia, si bien teóricamente inferior en jerarquía a las normas legales, es fuente directa vinculante para todo el sistema jurídico, incluyendo los jueces (*staredecisis*). En contraste, la doctrina presenta menor relevancia que en países de la familia del derecho continental. Adicionalmente, fuentes de “derecho blando” (*softlaw*) son también relevantes (si bien nunca vinculantes para los jueces), tales como códigos de buenas prácticas u orientaciones interpretativas emitidas por autoridades públicas (especialmente aquellas que gozan de autonomía). Aumentando aun más la complejidad de fuentes jurídicas, existe normativa legal no estatutaria (i.e., no incluida en texto formal de ley) o consuetudinaria, la cual es reconocida y aplicada por los jueces con rango de ley. Consecuentemente, el presente informe ha puesto especial énfasis en la legislación y la jurisprudencia, incorporando derecho blando y doctrina como complemento necesario pero de menor valor jurídico. El tratamiento

¹¹⁴Esta expresión genérica se explica con mayor detalle en el apartado 1.4.3. i).

¹¹⁵*Vid.* en DICEY, AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8 edn London 1908)

de convenciones y costumbres se ha reducido al mínimo indispensable dada su inherente obscuridad fuera del sistema inglés. En tercer término, debe recordarse que Inglaterra pertenece a dos organizaciones supranacionales de gran importancia: la Unión Europea (“UE”) y el Consejo de Europa (“CE”). Si bien la jerarquía teóricamente superior de algunas normas emitidas por tales organizaciones, así como la vinculatoriedad de la jurisprudencia de algunos de sus órganos, impactan decididamente en el derecho inglés, hemos preferido evitar repeticiones y dejar el análisis de tales fuentes supranacionales para los capítulos específicos de este informe dedicados a las mismas.

1.3. Legislación Relevante

1.3.1. Freedom of Information Act 2000 (“FOIA”)

Esta es la principal norma que regula la materia en estudio. Aprobada con fecha 30 de noviembre de 2000, la FOIA constituye un último eslabón en la transformación de la tradicional ‘cultura del secreto’ inglesa¹¹⁶ hacia la mayor transparencia de la actividad estatal. Cabe considerar, sin embargo, que la ley no respondió completamente a las expectativas generadas durante su discusión, evidenciando una serie de compromisos que morigeraron notoriamente sus efectos¹¹⁷.

Las principales características de la FOIA son las siguientes:

- Se contempla un derecho general de acceso a la información en poder de ‘autoridades públicas’ (Section I), el listado de las cuales es particularmente amplio (Section 3 y Schedule 1), incluyendo las Cámaras del Parlamento; Universidades; el Servicio Nacional de Salud; gobiernos locales; empresas estatales, y entes privados desarrollando funciones públicas (previa singularización ministerial¹¹⁸). Cabe destacar que este derecho general de acceso a la información ha sido calificado por la jurisprudencia como ‘nuevo derecho fundamental’.¹¹⁹
- La información puede estar registrada de cualquier forma (y excepcionalmente incluso no registrada (Section 84)). Al respecto, la doctrina ha destacado en forma consistente dos puntos. El primero es que la norma debe interpretarse en forma amplia, incluyendo las más diversas formas de registro de información, tales como documentos, fotografías, videos, registros computacionales, grabaciones de sonido, planos, etc.¹²⁰ El segundo consiste en

¹¹⁶ E.g., HAZELL, Robert; WORTHY, Ben; GLOVER, Mark, *The Impact of the Freedom of Information Act on Central Government. Does the FOI work?* (Palgrave MacMillan, Basingstoke 2010), p. 106 ss.; BROOKE, H., *Your Right to Know. How to Use the Freedom of Information Act and Other Access Laws* (Pluto Press, London 2005), p. 25.

¹¹⁷ Comentarios acerca de la historia de la FOIA y sus antecedentes pueden encontrarse en BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 27 ss.; BARRATT, P., "Introduction and Background to the Law" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006), p. 1-10.

¹¹⁸ Esta facultad no había sido utilizada, al menos hasta el año 2009, BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 141.

¹¹⁹ *Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 61.

¹²⁰ MACDONALD, John, et al., *The Law of Freedom of Information* p. 69; BROOKE, H., ob. cit., p. 15; SHARPE AND BIGG, "The Right of Access" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006), p. 55.; Cf. HOLSEN, S. AND AMOS, J., "A Practical Guide to the UK Freedom of Information Act 2000" <www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115.pdf > accessed 16 Diciembre 2011, 14; WADHAM, J., et al., *The Freedom of Information Act 2000 (Blackston's Guide)* (4 edn Oxford University Press, Oxford 2011), p. 37.

enfatar que el derecho de acceso es a la información, no al formato de su registro, el cual es sólo un medio¹²¹. Esta observación posee diversas posibles aplicaciones. Por ejemplo, el requirente de información – en su petición - debe singularizar esta, no siendo necesario señalar con total precisión el registro en que se encuentra. Del mismo modo, si la información se encuentra dividida en diversos registros, el requirente debe recibir copia de todos ellos. Finalmente, la eventual confidencialidad de un documento no se extiende a todo su contenido, sino sólo a la información confidencial contenida en él, por tanto, las secciones no confidenciales del mismo son accesibles al público.

- La petición de información debe ser por escrito (Section 8) y puede estar sujeta al pago de una tasa (Section 9). La respuesta debe ser entregada en el plazo de 20 días hábiles contados desde la recepción de la petición (Section 10).
- Se crea un Comisionado de Información y un Tribunal de Información (Section 18). El Comisionado tiene labores de promoción, evaluación voluntaria y reporte ante las Cámaras del Parlamento (Sections 47 a 49). También puede recibir reclamos contra autoridades públicas que no han respetado debidamente el derecho de acceso a la información (una vez agotadas las reclamaciones internas de la autoridad cuya conducta se cuestiona) (Section 50), requerir información (Section 51) y eventualmente ordenar a la autoridad revelar la información en determinado plazo, si bien ciertas autoridades poseen la facultad de ‘vetar’ tales ordenes¹²² (Sections 52 y 53). El no cumplimiento de estas órdenes puede ser tratado como desacato a un tribunal (Section 54), y pueden ser apeladas ante el Tribunal de Información (Section 57), cuyas decisiones son a su vez apelables ante los tribunales ordinarios (Section 59). El Comisionado carece de las facultades de entrada y registro, necesitando expresa autorización de la Justicia Ordinaria (Schedule 3). En cuanto al Tribunal de Información, su composición es sólo parcialmente letrada.
- Se instruye a los ministros para que dicten Códigos de Prácticas que guíen a las autoridades públicas en el cumplimiento de la ley (Section 45).
- La información histórica (más de 30 años de antigüedad) no está sujeta, en términos generales, a las excepciones de acceso aplicables a otro tipo de información (Part VI).
- Contiene disposiciones especiales sobre información en materia ambiental (Part VIII).¹²³
- No expresa un propósito o propósitos específicos que puedan servir de orientación interpretativa para los actores jurídicos.¹²⁴

Cabe destacar, sin embargo, que la FOIA contempla un gran número de excepciones, i.e., información que no queda siempre sujeta al derecho de acceso a la información pública. (Part II). Algunas de tales excepciones son absolutas y otras calificadas (Section 2). En las primeras basta con que la información requerida quede comprendida en la categoría

¹²¹ Cf. SHARPE AND BIGG, ob. cit., p. 55; TURLE, Marcus, *Freedom of Information Manual* (Sweet & Maxwell, London 2005), p. 7; MACDONALD, John, et al., ob. cit., p. 69; WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 38.

¹²² *Vid.* BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 123-125 y 131 ss.

¹²³ *Vid.* HOLSEN AND AMOS, ob. cit., p. 10-11.

¹²⁴ BIRKINSHAW, Paul, ob. cit.; HAZELL, Robert; et al, ob. cit. p. 16-17.

singularizada por la excepción para que la autoridad pueda excusarse de entregarla¹²⁵. En contraste, las excepciones calificadas exigen un paso adicional, ya que la autoridad debe realizar un ‘test de interés público’. En lo medular, dicho test requiere que la autoridad sopesa si existe un interés público mayor en no entregar la información que en entregarla.

Las excepciones absolutas son las siguientes:

- Información accesible para el solicitante por otros medios (Section 21).
- Información provista o relacionada con organismos de seguridad (Section 23).
- Documentos incorporados en procedimientos judiciales (Section 32).
- Información cuya entrega afectaría las facultades de las Cámaras del Parlamento. Se requiere un certificado del Presidente de la Cámara o del Clerk of theParliaments (cabeza del personal administrativo de la Cámara de los Loes) (Section 34).
- Información que se encuentra en poder de las Cámaras del Parlamento cuya entrega, en la opinión del Presidente de la Cámara o del Clerk of theParliaments, sería perjudicial para la convención de la responsabilidad colectiva de los Ministros, inhibitoria para la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar, o perjudicial para la efectiva conducción de los asuntos públicos. (Section 36).
- Información de carácter personal protegida por la Data ProtectionAct 1998 (Section 40).
- Información que obtuvo una autoridad pública de otra persona, la cual no puede revelarse sin que la primera incurra en breach of confidence (Section 41). Esta figura puede entenderse como un tipo de responsabilidad extracontractual por violación de confianza, y es un ejemplo de normas consuetudinarias de rango legal, la cual si bien es aplicada por los jueces, carece de la nitidez y estandarización de las normas legales estatutarias.
- Información cuya revelación este prohibida por ley, infrinja obligaciones comunitarias (i.e., EU), o constituya desacato a los tribunales (Section 44).

Las excepciones calificadas son las siguientes:

- Información que va a ser publicada (Section 22).
- Información exceptuada para salvaguardar la seguridad nacional (Section 24). Basta un certificado firmado por el Ministro correspondiente describiendo en forma general la información clasificada.

¹²⁵ La autoridad no está obligada, sin embargo, a rechazar la solicitud de acceso a la información. Se trata de una facultad y no de un deber. Cf. BROOKE, H., ob. cit., p. 25.

- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la defensa nacional o las fuerzas armadas (Section 26).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a las relaciones internacionales o a los intereses del Reino Unido en el exterior, o se trata de información confidencial de otros estados, organizaciones o cortes internacionales (Section 27).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a las relaciones entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, o entre estos últimos (Section 28).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la economía nacional o regional, o a los intereses financieros del gobierno nacional o los gobiernos regionales (Section 29).
- Información relacionada a investigaciones criminales o, en general, investigaciones sobre ciertas infracciones de ley (offences) (Section 30).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a una serie de actividades relacionadas con el cumplimiento de la ley (e.g., prevención y detección de delitos, recolección de impuestos, mantenimiento de la seguridad carcelaria) (Section 31).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio al ejercicio de las funciones de organismos públicos auditores de otros organismos públicos (Section 33).
- Información en poder del Gobierno relacionada con la formulación o desarrollo de políticas gubernamentales, comunicaciones entre ministros, etc. (Section 35).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la convención de la responsabilidad colectiva de los Ministros; inhibiría o sería probable que inhibiera, la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar; o causaría, o sería probable que causara, perjuicio a la efectiva conducción de los asuntos públicos. (Section 36).
- Comunicaciones con la Reina, la Familia Real o sus colaboradores directos (Royal Household), o la entrega de honores o dignidades por parte de la Corona (Section 37).
- Información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, la puesta en riesgo de la salud física o mental, o la seguridad, de cualquier persona (Section 38).
- Información sujeta a regulaciones específicas en materia ambiental (Section 39).
- Información relativa al secreto profesional de los abogados (Section 42).
- Secretos comerciales, o información cuya entrega causaría, o sería probable que causara, perjuicio a los intereses comerciales de cualquier persona (incluyendo la autoridad que detenta la información) (Section 43).

- Otras excepciones, si bien de distinto carácter, se producen cuando el costo de cumplimiento en la entrega de información es excesivo (Section 12), y cuando la solicitud es ‘irritante’ (vexatious) o repetitiva (Section 14).

1.3.2. Otras Normas Legislativas

1.3.2.1. Human Right Act 1998 (“HRA”)

La HRA incorporó la Convención Europea de Derechos Humanos (la “Convención”) al derecho interno inglés, cuyo artículo 8º protege el derecho a la vida privada y familiar (incluyendo la correspondencia). Esto es particularmente relevante toda vez que con anterioridad no existía en Inglaterra un derecho general a la privacidad, si bien diversas figuras jurídicas estatutarias y consuetudinarias ofrecían cierto grado de protección¹²⁶.

Un efecto adicional de la HRA es que toda la legislación inglesa (incluyendo la FOIA) debe interpretarse, en la medida de lo posible, en forma compatible con los derechos protegidos por la Convención (Section 3).

Finalmente, la HRA impone a los tribunales ingleses, cuando lidien con casos en que incidan los derechos protegidos por la Convención, la obligación de considerar la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (la que será analizada en otro capítulo de este informe).

1.3.2.2. Data Protection Act 1998 (“DPA”)

La regla general es que la información protegida en virtud de la DPA no puede ser entregada en respuesta a un requerimiento basado en la FOIA (Section 40). Se trata de ‘información personal’, la cual se entiende como aquella en virtud de la cual un individuo vivo puede ser identificado, ya sea por sí misma o en conjunto con otra información que el controlador de la información ya posee o es probable que llegue a poseer (Section 1 DPA). El régimen aplicable al procesamiento, custodia y entrega de esa información se encuentra específicamente regulado en la DPA, si bien la FOIA establece un régimen especial (también con diversas referencias a la DPA) cuando el solicitante de la información no es el titular de la misma.¹²⁷ Finalmente, cierta información personal de autoridades públicas referidas al ejercicio

¹²⁶ *Vid.* FELDMAN, David, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales* (OUP, Oxford 2002).

¹²⁷ La relación entre la DPA y la FOIA es explicada por WHITE, A., "Relationship Between Freedom of Information and Data Protection" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006). Véase también SHARPE AND BIGG, ob. cit., p.67-68, así como los documentos emitidos por Comisionado de Información denominados *Access to Information Held in Complaint Files*, Versión 2 de septiembre de 2011 (disponible en http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~media/documents/library/Data_Protection/Practical_application/access_to_information_held_in_complaint_files.ashx, 26 diciembre 2011); y *Freedom Of Information Act Environmental Information Regulations*, Versión 4 del 18 de marzo de 2011 (disponible en http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/PERSONAL_INFORMATION.ashx, 26 de diciembre de 2011).

de su cargo (e.g., información de contacto) podría quedar excluida de la protección descrita en esta sección.¹²⁸

1.3.3. Normativas Sectoriales de Acceso a la Información Pública

Existen una serie de normas que regulan el acceso a ciertos tipos específicos de información, normalmente vinculadas al tipo de autoridad en cuyo poder se encuentra la misma. Si bien la FOIA derogó, expresa o tácitamente, algunas de estas normas especiales, otras se mantienen al menos parcialmente vigentes. Ejemplos de lo anterior son la Local Government Act 1985; la Access to Health Records 1990 y la Public Records Act 1958. Cabe destacar que la existencia de estos ‘derechos especiales de acceso a la información pública’ pueden perjudicar solicitudes de información fundamentadas en la FOIA, toda vez que podría aplicarse la excepción absoluta contenida en la Section 21 de dicha norma, i.e., la información sería accesible para el solicitante por otros medios.¹²⁹

1.3.4. Propiedad Intelectual

Finalmente, cabe considerar que el uso, copia, reproducción, etc., de la información entregada en virtud de la FOIA puede quedar sujeta a leyes de propiedad intelectual, incluyendo regímenes de autorización, pago de derechos, etc.¹³⁰

1.4. Derecho de Acceso a los E-mails de Funcionarios Públicos

La normativa mencionada previamente no singulariza en forma expresa la situación en que se encuentran los e-mails de los funcionarios públicos. En consecuencia, se aplican las normas y principios generales de acceso a la información pública. En efecto, la regla básica consagrada en la FOIA es que toda la información en poder de una autoridad pública es accesible, a menos que una excepción justifique lo contrario¹³¹. Se requiere, por tanto, un análisis de distinga dos etapas sucesivas:

1.4.1. ¿Se considera a los e-mails de funcionarios públicos como continentes de información que se encuentra en poder de la autoridad pública?

Si bien la FOIA no define el concepto de información, establece claramente que para los efectos de la dicha ley basta que haya sido registrada, sin hacer distinción alguna entre los tipos de registro o soporte, sean aquellos manuales o electrónicos, visuales, escritos o auditivos, etc. En consecuencia, no existe argumento textual alguno que permita excluir a los e-mails del rango de soportes de información que la FOIA hace accesibles al público. Más aún, la interpretación amplia que hace la doctrina inglesa del tipo de soporte que puede contener

¹²⁸HOLSEN AND AMOS, ob. cit., p. 26.

¹²⁹BARRATT, P., ob. cit., p. 16; SHARPE AND BIGG, ob. cit., p. 52-53.

¹³⁰*Id.*, por ejemplo, la *Guidance N°19 Freedom of Information Publication Schemes* (disponible en www.nationalarchives.gov.uk/documents/information-management/freedom-of-information-publication-schemes.pdf, 12/12/2011).

¹³¹HOLSEN AND AMOS, ob. cit., p. 7.

información confirma la inclusión del e-mail dentro de la regla general de acceso al público¹³². En realidad, lo señalado no es sino un reflejo de que, para la FOIA, el derecho de acceso es a la información en sí, con independencia de cómo haya sido registrada.

Un segundo elemento consiste en determinar si el e-mail ‘se encuentra en poder’ de la autoridad pública. Esta situación supone excluir tanto imposibilidades fácticas como jurídicas. Ejemplos de las primeras son e-mails borrados en forma irrecuperable, o que fueron guardados sólo en la memoria temporal del computador o red computacional (en realidad, la información contenida en ellos no estaría debidamente ‘registrada’)¹³³. Ejemplos de las segundas sería el caso de la autoridad que posee información sólo en calidad de depositario de la misma, o tal y como ha señalado el Ministerio de Justicia, discusiones o comunicaciones de contenido privado, las que tampoco se considerarían ‘en poder’ de la autoridad.¹³⁴ Más específico en esta materia ha sido el Comisionado de Información, cuyas orientaciones reconocen dos momentos. Con anterioridad a diciembre de 2011, el tratamiento de e-mails era breve y esquemático. Aún así, se había establecido que lo normal es que los e-mails privados enviados o recibidos por los funcionarios en su lugar trabajo no se consideran como información que la autoridad tiene en su poder en cuanto no presentan interés para ella¹³⁵. Sin embargo, esto ‘es una cuestión de hecho y grado (...) dependiendo del nivel de acceso y control que la autoridad tenga sobre el sistema de e-mail y las políticas de uso del computador’¹³⁶. Más aún, el contenido del e-mail resultaría fundamental, ya que si tiene relación con los deberes del funcionario sería potencialmente accesible.

Actualmente, durante la redacción del presente informe, y en respuesta a una situación particular de gran interés mediático,¹³⁷ el Comisionado de Información emitió un guía general

¹³²*Vid. supra* 6. BIRKINSHAW es quien más directamente se refiere a los e-mails al señalar que “*Access to information should include Access to information in documentary form or in a computer or other memory store – the Act is comprehensive in this regard. Computer printout, email attachments as well as papers should be available*”, p. 134. Del mismo modo, COPPEL, P., *Information Rights. Law and Practice* (Hart, Oxford 2010), p. 316, recuerda que en el contexto de la litigación civil se entiende en general por documentos “*anything in which information of any description is recorded (...) including email*”.

¹³³ Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 37.

¹³⁴ *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy* (www.justice.gov.uk/downloads/guidance/freedom-and-rights/foi-exemption-s35.pdf, 26 de diciembre de 2011), 8.

¹³⁵ *Freedom of Information Act Awareness Guidance No. 12*, Versión 2.0 de 26 de febrero de 2007 (disponible en: http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/awareness_guidance_12_info_caught_by_foi_act.pdf, 26 de diciembre de 2011), 7.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ El Ministerio de Educación rehusó entregar información que, según los denunciantes, se encontraría en e-mails enviados por el Ministro y algunos de sus asesores desde cuentas electrónicas privadas. La razón de la denegación habría sido que la información no se encontraba en poder del Ministerio. Este caso levantó gran revuelo político, y se discutió públicamente la posibilidad de que el uso de cuentas privadas de e-mail por parte de funcionarios de gobierno se hiciera con el propósito de evadir la aplicación de la FOIA. La discusión también se refirió a la posibilidad fáctica y la legalidad de distinguir (y por tanto excluir de la FOIA) e-mails de funcionarios gubernamentales que tuviesen contenido ‘político-partidista’. La situación fue denunciada ante el Comisionado de Información, quien declaró públicamente su posición a favor de la publicidad de e-mails contenidos en cuentas privadas que contengan información relativa a funciones gubernamentales. Posteriormente emitió una guía especial sobre la materia cuyo contenido se explica a continuación en el texto del Informe. Finalmente, con fecha 12 de marzo de 2012, el Comisionado de Información dictó la decisión FS5402276 (disponible en:

sobre los e-mails de autoridades públicas contenidos en cuentas electrónicas privadas, en el cual precisó lo señalado previamente¹³⁸. En concreto, reafirmó que lo relevante es el contenido del e-mail, por lo que si contiene información que “se relaciona con asuntos oficiales de la autoridad pública”, su ubicación en cuentas privadas no lo exime per se de las normas de la FOIA. No obstante lo anterior, eventuales búsquedas de información en tales e-mails se prevén como excepcionales, y siempre a ser realizadas por la persona titular de la cuenta respectiva. Tales búsquedas serían ordenadas por la autoridad pública una vez que, con ocasión de una solicitud de información, se hayan considerado diversos factores tales como el foco de la solicitud de información, la materia de la misma, quién y a quién fue enviada la información, etc. En todo caso, la información debe haber sido “generada en el curso de la conducción de los asuntos de la autoridad pública” y no existir en otra parte del sistema de dicha autoridad. Adicionalmente, el Comisionado advierte que borrar o esconder información para evitar su entrega una vez que ya ha sido solicitada es un delito según la FOIA (Section 77), lo que incluiría la situación que se produciría si la autoridad negara hallarse en poder de cierta información sabiendo que se encuentra en cuentas privadas de e-mail. Finalmente, cabe destacar que la normativa recientemente emitida por el Comisionado se refiere exclusivamente a e-mails en cuentas privadas, por lo que los e-mails contenidos en cuentas oficiales seguirían rigiéndose sólo por las orientaciones anteriores.

En definitiva, parece razonable afirmar que la privacidad del funcionario público constituye una barrera jurídica relevante para el acceso a sus e-mails, en la medida que el contenido de los mismos sea efectivamente privado. En contraste, el hecho de hallarse tales e-mails en cuentas electrónicas oficiales o personales no determinaría el carácter público o privado de la información (aunque sería una consideración que impactaría en el procedimiento de búsqueda de la misma), al menos según lo ha entendido la autoridad administrativa, cuestión que aún debe ser refrendada por los tribunales de justicia. Cabe recordar, sin embargo, que estos últimos se encuentran bajo la obligación que les impone la HRA de interpretar la legislación (incluyendo la FOIA) en forma compatible con el respecto a los derechos fundamentales contenidos en la Convención, incluyendo el derecho a la vida privada

1.4.2. ¿Pueden los e-mails de funcionarios públicos acogerse a alguna excepción al derecho de acceso a información en poder de autoridades públicas?

Es perfectamente posible que los e-mails de funcionarios públicos (o más precisamente, la información contenida en ellos), puedan quedar comprendidos en las numerosas excepciones que contempla la FOIA. Esta es una cuestión que debe analizarse caso a caso. Sin embargo, y dado el contexto de este informe, analizaremos a continuación dos excepciones que, en nuestra opinión, podrían ser particularmente aplicables a los e-mails entre funcionarios

http://www.ico.gov.uk/news/latest_news/2012/~media/documents/decisionnotices/2012/fs_50422276.ashx, 24 de marzo de 2012), en la cual sostuvo que la información requerida debía considerarse en poder del Ministerio, y por tanto sujeta a la FOIA. El plazo para apelar de dicha decisión se encuentra pendiente.

¹³⁸*Official information held in private email accounts*, Versión 1.0 de 15 de diciembre de 2011 (disponible en: http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/official_information_held_in_private_email_accounts.ashx, 26 de diciembre de 2011).

de gobierno del alto rango. Cabe destacar que ambas han sido particularmente polémicas y de alta utilización¹³⁹.

1.4.3. Excepción contenida en la Section 35 de la FOIA

Esta disposición exime de entrega a la información en poder del Gobierno relacionada con:

- i. la formulación o desarrollo de políticas gubernamentales.
- ii. las comunicaciones entre ministros, incluyendo los procedimientos del Gabinete o de comités del Gabinete.
- iii. la consultoría legal del Procurador General o similares (o requerimientos de la misma).
- iv. las operaciones de los funcionarios que proveen apoyo administrativo de carácter personal a los ministros.

Para los efectos de esta sección, se entiende por Gobierno cualquier organismo o autoridad que ejerce funciones establecidas por ley en el nombre de la Corona, excluyendo servicios de inteligencia (Section 84). En todo caso, esta definición apunta a las instituciones del gobierno central y no a las autoridades locales¹⁴⁰.

Adicionalmente, la FOIA provee expresamente que la información estadística no puede incluirse dentro de las dos primeras categorías una vez que se ha adoptado una decisión sobre la política pública respectiva (Section 53 (2)).

El propósito general de esta excepción es proteger el proceso deliberativo interno del gobierno, manteniendo un ‘espacio de pensamiento privado’ y evitando una exposición pública prematura que podría dañar el intercambio “franco y robusto” de opiniones, así como el trabajo del Gobierno en general o la neutralidad de los funcionarios públicos.¹⁴¹ También se persigue evitar que las autoridades produzcan intencionalmente registros incompletos, tergiversados o imprecisos.¹⁴²

¹³⁹ E.g., BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 196.

¹⁴⁰ Cf. J WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 139, MACDONALD, J., et al., ob. cit., p. 193; BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 196.

¹⁴¹ Cf. TURLE, Marcus, 'Qualified Exceptions' in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook* (The Law Society, London 2006), p.113; *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy* (www.justice.gov.uk/downloads/guidance/freedom-and-rights/foi-exemption-s35.pdf, 26 de diciembre de 2011); *Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*, Versión 2 del 11 de septiembre de 2008 (disponible en http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/FORMULATIONOFGOVERNMENTPOLICY.ashx, 26 de diciembre de 2011).

¹⁴² Cf. *Department for Culture, Media and Sport v Information Commissioner* EA/2007/0090 párr. 6, si bien tanto el Comisionado de Información como el Tribunal de Información han manifestado escepticismo al respecto. *Vid. Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013 para.107; *Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*.

Se trata de una excepción amplia, tal como se desprende del texto (basta que ‘se relacione’ con los cuatro temas singularizados), y lo han confirmado la doctrina, la jurisprudencia¹⁴³, el Ministerio de Justicia¹⁴⁴, e incluso el Comisionado de Información¹⁴⁵.

Las áreas más relevantes son las dos primeras, por lo que a continuación enunciaremos brevemente las especificaciones y definiciones que sobre las mismas han realizado otras fuentes del derecho inglés.

i. Formulación o desarrollo de políticas gubernamentales

Según la jurisprudencia, el propósito específico de esta excepción es proteger la eficiencia, efectividad y calidad de los procesos en cuestión¹⁴⁶, otorgando el suficiente ‘tiempo y espacio’ al gobierno para diseñar acabadamente sus políticas¹⁴⁷. En este contexto, la expresión ‘formulación y desarrollo de políticas gubernamentales’ debe interpretarse en forma amplia¹⁴⁸. Ello no obsta a que se trate de un período acotado dentro del proceso político, el cual es previo a la implementación, y cuyo fin puede constatarse por diversos hitos tales como el anuncio de una determinada política en el Parlamento o la aprobación de la ley correspondiente¹⁴⁹ (se concibe la formulación de políticas públicas como una serie de decisiones separadas y no como un proceso en continua evolución¹⁵⁰). En todo caso, no es necesario que todo el documento en cuestión se refiera, línea por línea, a políticas gubernamentales: basta que se refiera a ellas en su conjunto¹⁵¹. Adicionalmente, la excepción también se extiende a los antecedentes de hecho que sirven de sustento a la formulación o desarrollo de políticas gubernamentales.¹⁵²

Por su parte, el Comisionado de Información ha señalado, a través de textos no vinculantes u orientaciones¹⁵³, que ante la falta de definición legal, “políticas gubernamentales” deben entenderse como “el desarrollo de opiniones y prioridades por los ministros, quienes determinan cuales opciones deben ser transformadas en acción política y cuándo”¹⁵⁴. Rara vez podrían consistir en decisiones sobre individuos o materias puramente administrativas u operacionales. También se ha hecho hincapié en que la excepción en comento cubre políticas gubernamentales y no intra-ministeriales. Las primeras suponen un proceso político que representan la visión colectiva de los ministros y/o que se aplican a través de distintos

¹⁴³*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 53.

¹⁴⁴*Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, 5.

¹⁴⁵*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*.

¹⁴⁶*HM Treasury v Information Commissioner* EA/2007/0001 para. 57 (4)

¹⁴⁷*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 75 (iv); *Office of Government Commerce v Information Commissioner* EA/2006/0068 and EA/2006/0080 para 85 (citando entre sus precedentes a *Secretary of State for Work and Pensions v Information Commissioner* EA/2006/0040), confirmado por la High Court en *Office of Government Commerce v Information Commissioner* CO/5491/2007 y CO/4438/2007 para. 100.

¹⁴⁸*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 53.

¹⁴⁹*Ibid.* para.53-56; *Scotland Office v Information Commissioner* EA/2007 /0128 para 67.

¹⁵⁰*Secretary of State for Work and Pensions v Information Commissioner* EA/2006/0040 para. 56

¹⁵¹*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para. 58.

¹⁵²*Ibid.* para. 55.

¹⁵³*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*.

¹⁵⁴*Ibid.*, p.3.

ministerios. Políticas ministeriales internas, tales como organización de turnos laborales, quedan excluidas. Adicionalmente, el Comisionado de Información ha intentado precisar los términos ‘formulación’ y ‘desarrollo’, señalando que la primera se refiere a las etapas más tempranas de una política pública (e.g., generación de opciones, evaluación de riesgos), mientras que el segundo va más allá y puede incluir la mejora o alteración de políticas en curso. En todo caso, la excepción no se aplica cuando la política ya ha sido terminada.

El Ministerio de Justicia ha precisado expresamente, si bien en textos no vinculantes u orientaciones, que esta excepción comprendería los e-mails de funcionarios públicos (nuevamente, es la naturaleza de la información y no el tipo de registro lo que determina si se aplica o no la excepción).¹⁵⁵ También ha señalado que no es necesario que la información sea ‘completamente interna’: consejos o sugerencias de terceros también podrían quedar incluidos.¹⁵⁶

- ii. Comunicaciones entre ministros, incluyendo los procedimientos del Gabinete o de comités del Gabinete

La razón principal detrás de esta excepción es la protección de la convención constitucional inglesa acerca de la responsabilidad colectiva de los ministros¹⁵⁷. Siendo el inglés un sistema de gobierno parlamentario de gabinete, las decisiones gubernamentales son públicamente compartidas por todos los ministros, y las disidencias y matices son ventilados en forma exclusivamente interna (entre los ministros). La jurisprudencia ha tendido, en general, a respetar dicha convención en casos de acceso a la información pública¹⁵⁸, aplicándola a ‘toda comunicación relevante/significativa’ entre ministros¹⁵⁹. También ha proveído ciertos criterios a considerar cuando se invoca esta excepción, tales como el contenido de la información; su antigüedad; si se puede identificar ministros específicos; si aquellos continúan políticamente activos; etc.¹⁶⁰ Cabe también destacar que esta excepción no es mutuamente excluyente con la contenida en el numeral anterior¹⁶¹, y tampoco debe considerarse como más difícil de invocar que aquella¹⁶². Más aún, la presente excepción también comprende la correspondencia entre secretarios privados de los ministros en cuanto refleja las opiniones de estos últimos.¹⁶³

El Comisionado de Información¹⁶⁴ ha señalado expresamente, en textos no vinculantes u orientaciones, que las comunicaciones cubiertas por la excepción incluyen correspondencia escrita en cualquier forma, tales como e-mails. También se comprenden las comunicaciones de funcionarios públicos realizadas a nombre/por encargo de un ministro, e incluso aquellas comunicaciones que no se relacionan a políticas gubernamentales.

¹⁵⁵*Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, 6.

¹⁵⁶*Idem.*

¹⁵⁷ Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 136.

¹⁵⁸E.g., *Cabinet Office v Information Commissioner* EA/2010/00027.

¹⁵⁹*Cabinet Office v Information Commissioner* EA/2010/00027 para. 18 (vii).

¹⁶⁰*Scotland Office v Information Commissioner* EA/2007/0070 para.87.

¹⁶¹*Ibid.* para 43.

¹⁶²*Department for Culture, Media and Sport v Information Commissioner* EA/2007/0090 para. 16.

¹⁶³*Scotland Office v Information Commissioner* EA/2007 /0128 para 75.

¹⁶⁴*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24.*

El Ministerio de Justicia, sin embargo, también mediante orientaciones, ha recalcado que la protección se extiende sólo a los ministros y no a todos los funcionarios públicos.¹⁶⁵

1.4.4. Excepción contenida en la Section 36 de la FOIA

Esta disposición exige a la información no incluida en la excepción anterior cuya entrega, en la opinión razonable de una persona calificada (normalmente el ministro del ramo o la autoridad a cargo del organismo):

- i. causaría o sería probable que causara perjuicio a la convención de la responsabilidad colectiva de los Ministros, o
- ii. inhibiría o sería probable que inhibiera la libre y franca entrega de opinión o el intercambio de opiniones para deliberar, o
- iii. causaría o sería probable que causara perjuicio a la efectiva conducción de los asuntos públicos.

Si bien esta excepción tiene propósitos similares a la contenida en la Section 35¹⁶⁶, existen algunas diferencias relevantes¹⁶⁷. En primer término, su aplicación es más amplia en cuanto no sólo cubre al gobierno central sino a toda autoridad pública. Del mismo modo, las comunicaciones no requieren ser de nivel ministerial para quedar cubiertas¹⁶⁸. Adicionalmente, la presente excepción se aplica a cualquier tipo de información que produzca los resultados anteriores (no se vincula a ciertas clases de información o a la adopción de políticas públicas)¹⁶⁹.

La jurisprudencia ha reconocido la amplitud de la excepción. En particular ha aceptado la naturaleza de “cajón de sastre” del numeral iii) precedente, señalando que aquel se aplicará cuando sea necesario para “los intereses del buen gobierno retener la información, sin que otra excepción cubra el caso, y cuando la entrega de la misma perjudicaría el servicio o los propósitos de la autoridad pública debido a la disrupción causada por la entrega de la información”.¹⁷⁰ Cabe destacar que esta perspectiva jurisprudencial encuentra también cierto asidero en la historia fidedigna de la ley en cuanto a la necesidad de crear una excepción residual que cubriera los casos no previstos cuando el buen gobierno exigiera retener la información¹⁷¹.

Otro aspecto al que los tribunales ingleses han otorgado especial atención es la noción de ‘opinión razonable’, afirmando que no es necesario que sea la única alternativa razonable, y

¹⁶⁵ Cf. *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, p. 7.

¹⁶⁶E.g., WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 139.

¹⁶⁷Vid. *Freedom of Information Guidance. Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, p. 3; Ibid., p. 139.

¹⁶⁸TURLE, Marcus, "Qualified Exceptions", ob. cit., p. 145.

¹⁶⁹ E.g., Ibid., p. 145.

¹⁷⁰*McIntyre v Information Commissioner* EA/2007/0068 para.25.

¹⁷¹ Cf. TURLE, Marcus, ob. cit., p. 146.

dando una importancia no siempre esencial al procedimiento utilizado para llegar a ella.¹⁷² En todo caso, es necesario que exista evidencia del consejo y los argumentos que se entregaron a la persona calificada y sobre los cuales fundó su opinión.¹⁷³

El Comisionado de Información también ha emitido orientaciones acerca de lo que debe entenderse por opinión razonable¹⁷⁴: basta que sea de acuerdo a la razón, no absurdo o irracional. No es necesario que sea “lo más razonable”, pero a lo menos supone tomar en consideración lo importante y tener el material relevante a la vista. También ha señalado que es relevante documentar la opinión y como se llegó a ella.

1.4.5. Test de Interés Público

Ahora bien, salvo cuando la excepción contenida en la Section 36 se refiere a información en poder de las Cámaras del Parlamento, ambas excepciones antes analizadas (Section 35 y Section 36) son calificadas y no absolutas. Ello implica que la autoridad, antes de rechazar la petición de información, debe aplicar el ‘Test de Interés Público’ antes mencionado, i.e., debe existir un interés público mayor en no entregar la información que en entregarla.

Si bien la FOIA no define interés público (la ‘amorfía’ de la noción sería intencional para darle flexibilidad en cuanto concepto contextual y evolutivo)¹⁷⁵, el Comisionado de Información ha emitido orientaciones acerca de la noción de interés público y la aplicación del respectivo test¹⁷⁶. Es así como luego de confirmar la inexistencia de una definición general de interés público, señala que el test en cuestión debe realizarse caso a caso, según las circunstancias concretas y específicas de la situación. Recuerda, no obstante, que en caso de equivalencia de las razones sopesadas en el test (i.e., el test no entrega una respuesta concluyente), la información debe ser entregada. Adicionalmente, identifica algunos elementos de interés público que podrían verse envueltos en la entrega de información, tales como aumentar la comprensión de los temas que se encuentran en el debate público y fomentar la participación en el mismo; potenciar la accountability y la transparencia de las autoridades públicas en relación a sus decisiones y en particular respecto del gasto público; permitir a las

¹⁷²*Vid. Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013; *Salmon v Information Commissioner* EA/2007/0135; *McIntyre v Information Commissioner* EA/2007/0068; *University of Central Lancashire v Information Commissioner and David Colquhoun* EA/2009/0034 para. 57-62; *Chief Constable of Surrey Police v Information Commissioner* EA/2009/0081 para.54; *Evans v Information Commissioner* EA/2006/0064 para. 14.

¹⁷³*University of Central Lancashire v Information Commissioner and David Colquhoun* EA/2009/0034 para.58-61; *Chief Constable of Surrey Police v Information Commissioner* EA/2009/0081 para. 54.

¹⁷⁴*Prejudice to Effective Conduct of Public Affairs (section 36)*, Versión 1.0 de Noviembre de 2011 (disponible en www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/section_36_prejudice_to_effective_conduct_of_public_affairs.ashx, 26 diciembre 2011), 6.

¹⁷⁵COOK, Meredith, *Balancing the Public Interest: Applying the Public Interest Test to Exceptions in the UK Freedom of Information Act 2000* (UCL, London 2003), 11; Turlle, Marcus, *Freedom of Information Manual*, p. 12.

¹⁷⁶*Freedom of Information Act Environmental Information Regulations. The Public Interest Test*, Versión 3 de 3 de Julio de 2009 (disponible en http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/FEP038_PUBLIC_INTEREST_TEST_V3.ashx, 26 de diciembre de 2011).

personas comprender, y eventualmente impugnar, las decisiones de autoridades que afectan sus vidas, y exponer información que afecta la salud y seguridad públicas.

Específicamente en relación al test de interés público que debe realizarse bajo la excepción contenida en la Section 35, la jurisprudencia ha señalado que este debe considerar el impacto que la decisión tendrá sobre la conducta futura del gobierno¹⁷⁷. Por su parte, el Comisionado de Información ha recomendado considerar si, en el caso particular de que se trata, efectivamente entregar la información podría inhibir el debate, o a los funcionarios públicos de expresar francamente sus opiniones y disidencias, u obligarlos a defender todo lo que surgió durante el proceso de deliberación.¹⁷⁸ También debe considerarse la importancia de la participación, la accountability, y la calidad de las decisiones gubernamentales.

En relación a la primera, se hace hincapié en que la participación del público requiere información para ser relevante, que la no entrega de información puede arriesgar que ciertos grupos o individuos adquieran una inmerecida posición de influencia en la discusión de políticas públicas, y que se requiere información para debate informado. Sobre la accountability, se destaca la importancia de exponer o disipar las sospechas de actos y decisiones dañinos o malintencionados de la autoridad; la necesidad de contrapesar el dominio mediático del gobierno, y el particular interés público que existe cuando se hayan involucrados grandes gastos o prácticas excepcionales.¹⁷⁹ En cuanto a la calidad de las decisiones gubernamentales, se invita a considerar si la entrega de información podría tener el efecto saludable de mejorar el nivel del consejo o discusión que rodea la adopción de políticas públicas. En contraste con todo lo anterior, evitar bochornos públicos no sería una consideración relevante para el test. Finalmente, el Ministerio de Justicia ha sugerido ciertas consideraciones particularmente aplicables al test de interés público que se realiza en relación a comunicaciones ministeriales¹⁸⁰. Ellas son, por una parte, el interés en deliberaciones transparentes cuyos resultados tendrán gran impacto en las vidas de los ciudadanos, y por la otra, a través de la protección de la convención de la responsabilidad colectiva, asegurar la calidad del debate interno del Gabinete y la no personalización de sus decisiones.

En relación al test de interés público bajo la excepción contenida en la Section 36, existe jurisprudencia contradictoria en relación al peso que debe otorgar quién realiza el test a la opinión de la persona calificada que optó por la retención de la información¹⁸¹ (si bien puede darse la situación en que ambas sean la misma persona, en cuyo caso se trata de dos operaciones distintas que no deben realizarse simultáneamente).¹⁸² En todo caso, la similitud de los bienes jurídicos protegidos en ambas secciones (35 y 36), hace generalmente aplicable al test de interés público realizado bajo la Section 36 lo señalado en el párrafo precedente.¹⁸³

¹⁷⁷*Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard* EA/2006/0006 para.70; y *Export Credits Guarantee Department v Friends of the Earth* CO/8179/2007 para. 38.

¹⁷⁸*Freedom of Information Act Awareness Guidance No.24*, 5.

¹⁷⁹*Ibid.*,p. 6-7.

¹⁸⁰*Freedom of Information Guidance.Exemptions guidance Section 35 – Formulation of government policy*, 17-18.

¹⁸¹*Contrastar Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013 para. 91-92, con *Evans v Information Commissioner* EA/2006/0064 para. 36.

¹⁸²*McIntyre v Information Commissioner* EA/2007/0068.Vid. STEAD, Adam,*Information Rights in Practice. The Non-Legal Professional's Guide* (Facet, London 2008), p. 126-127.

¹⁸³ Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit.,p. 141.

1.4.6. Test de Perjuicio

Una diferencia relevante entre las excepciones contempladas en la Section 35 y la Section 36 de la FOIA es que la segunda de ellas requiere que la autoridad, adicionalmente al test de interés público, lleve a cabo un test de perjuicio. De este modo, para denegar la solicitud de información, la autoridad pública debe estar convencida que la revelación de la misma será perjudicial para los intereses establecidos expresamente en la ley (en este caso, para la convención de responsabilidad colectiva de los ministros, etc.). Cabe destacar, sin embargo, que la FOIA suavizó el lenguaje del proyecto original, substituyendo ‘substantialharm’ por ‘prejudice’¹⁸⁴.

En esta materia, la jurisprudencia ha establecido que la autoridad debe probar causalidad entre la entrega de la información y el posible perjuicio¹⁸⁵. Adicionalmente, y siguiendo una interpretación sugerida en la historia fidedigna de la FOIA¹⁸⁶, los tribunales han exigido que el riesgo sea real, significativo, actual y de sustancia, y no una mera posibilidad hipotética¹⁸⁷ (si bien pareciera no haber total claridad respecto de si las probabilidades de ocurrencia del perjuicio deben ser mayores a las de no ocurrencia).¹⁸⁸

Macdonald agrega que aunque cada caso se debe resolver según sus circunstancias particulares, existe en esta materia una gran posibilidad de sentar precedente, por lo que es importante que se consideren los efectos de la entrega de información no solo para el caso en cuestión pero también para otros similares¹⁸⁹.

Finalmente, el Comisionado de Información emitió orientaciones generales sobre el test en comento,¹⁹⁰ señalando que la voz perjuicio debe entenderse como sinónimo de daño (cualquier daño: basta que no sea trivial), y que la autoridad debe ofrecer evidencia respecto de la relación causal entre la entrega de la información y el daño (lo que no significa certeza de que el daño efectivamente ocurrirá). En otro documento específicamente dedicado a la excepción contenida en la Section 36, el Comisionado señaló que la expresión “causaría perjuicio” implicaría un chance superior al 50% de ocurrencia, mientras que ‘sería probable que causara perjuicio’ implicaría un probabilidad menor, pero aún significativa y de peso (no sólo

¹⁸⁴BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p.126.

¹⁸⁵*Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner* EA/2005/0026 y EA/2005/0030 para.30. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 84, afirma que este precedente ha sido seguido en otros casos, si bien no los singulariza.

¹⁸⁶BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 126.

¹⁸⁷Cf. *John Connor Press Associates Limited v Information Commissioner* EA/2005/0005, para 15; *Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner* EA/2005/0026 y EA/2005/0030 para.30; *Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation* EA/2006/0011 and EA/2006/0013 para. 53.

¹⁸⁸Cf. *Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner* EA/2005/0026 y EA/2005/0030 para.34-35; *John Connor Press Associates Limited v Information Commissioner* EA/2005/0005, para 15.

¹⁸⁹MACDONALD, John; et al.,ob. cit., p. 47.

¹⁹⁰*Freedom of Information Act Awareness Guidance No 20*, Versión 2.0 de 5 de marzo de 2008 (disponible en http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index/~/_media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/awareness_guidance_prejudice_adversely_affect.ashx, 26 de diciembre de 2011).

hipotética o remota).¹⁹¹ En cuanto al numeral ii), el Comisionado ha señalado que inhibir debe entenderse como limitar, decrecer o suprimir la libertad para expresar opiniones¹⁹², y que el objetivo último de esta excepción es evitar que se afecte la calidad del proceso de toma de decisiones.¹⁹³

¹⁹¹*Prejudice to Effective Conduct of Public Affairs (section 36)*, 7.

¹⁹²*Ibid.*, p. 11.

¹⁹³*Ibid.*, p. 9-10.

III. JURISDICCIONES EN QUE NO HA HABIDO PRONUNCIAMIENTO PARTICULAR POR LO QUE LA NORMATIVA O JURISPRUDENCIA GENERAL PUEDE SER ILUSTRATIVA

1. ESPAÑA

1.1. Síntesis

En España no existe Ley especial de Acceso a la Información sino un restrictivo derecho de acceso a los datos en poder de la Administración cuya naturaleza como derecho fundamental ha sido puesta en duda, motivo por el cual el Tribunal Constitucional no ha acogido amparos en que se ha invocado el aludido derecho. Por su parte, los correos electrónicos se encuentran indubitadamente protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones y especialmente por el derecho a los datos personales, llegándose a sostener que el derecho de disponer de la información propia alcanza incluso a los datos personales que no son íntimos, estén ellos o no contenidos en un soporte particular o público.

1.2. Constitución Española

1.2.1. Libertad de Información y derecho de acceso a la información en poder de la Administración

El artículo 20.1, letra d) de la Constitución Española (la “Constitución”) consagra la libertad de información en términos de reconocer el derecho “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. En todo caso, la jurisprudencia constitucional nunca ha entendido éste como un derecho a la transparencia ni tampoco como un derecho que habilite a las personas para exigir la recepción de información y mucho menos si ésta se encuentra en poder de la Administración.¹⁹⁴ Sólo en la doctrina ha habido un debate respecto de si el referido derecho de acceso forma parte de la libertad de información.¹⁹⁵

¹⁹⁴DESANTESGUANTER, 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 Libre de Derecho*, México, vol. 12, 1988, p. 531.

¹⁹⁵La posición clásica estima que el derecho de acceso es un derecho constitucional autónomo de configuración legal, diferente de la libertad de información, pues éste impone a los poderes públicos un mero deber de abstención de interferir el proceso de comunicación entre sujetos privados, esto es, se configura como el “derecho del público a la noticia”, algo muy distinto al derecho de acceso a la información en poder de dichos poderes públicos. En esta posición: ÁLVAREZ RICO, M. (1979), El derecho de acceso a los documentos administrativos, *Documentación Administrativa*, núm. 183, p. 103-133; POMED SÁNCHEZ, L. A. (1989), El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, INAP. Madrid y, parcialmente, MESTRE DELGADO, J. F. (1993), El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, Civitas, Madrid.

Por su parte, el artículo 105, letra c) del texto fundamental es el que mandata al legislador para que regule “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”¹⁹⁶, por lo que se trata de un derecho de desarrollo programático-legislativo antes que uno directamente vinculante. El referido acceso a los documentos en poder de la Administración se encuentra desarrollado por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁹⁷, cuyos artículos 35, letra n) y 37 pormenorizan el derecho de acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, disposiciones sobre las que nos referiremos enseguida.

El modo en que se encuentra formulada esta garantía ha llevado a afirmar que se trata de un derecho que no es fundamental sino que “de configuración legal”, no susceptible de amparo constitucional. Así lo ha reconocido por lo demás una sentencia del Tribunal Constitucional en que se declaró inadmisibile parcialmente un recurso de amparo en el que se invocó el artículo 105.b) en cuestión.¹⁹⁸ Este aspecto constituye un supuesto decisivo a la hora de enjuiciar los motivos acerca de lo disminuido que aparece este derecho frente al indubitado derecho fundamental a la intimidad, en sus diversas manifestaciones.

1.2.2. Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones privadas y derecho a la protección de datos

La Constitución Española asegura en su artículo 18.1 el derecho “al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Luego el derecho a la intimidad es reconocido en sus diversas manifestaciones. Así, el artículo 18.2 consagra la inviolabilidad del domicilio, mientras que el 18.3 garantiza “el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.”

El artículo 18.4 finaliza estableciendo 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.” El Tribunal Constitucional por su parte, de modo invariable desde 1993¹⁹⁹, ha venido reconociendo que la citada disposición constitucional del artículo 18.4 garantiza – aunque sea en términos implícitos- el derecho a la protección de datos personales, o derecho a la “libertad informática” (en el ámbito de la autodeterminación informativa), sobre cuyo desarrollo legislativo y jurisprudencial más reciente nos referiremos enseguida.

1.2.2.1. El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3)

Esta garantía fundamental se ha ido configurando como un derecho con relieves especiales respecto del derecho a la intimidad, toda vez que –como lo ha reconocido la

¹⁹⁶ Constitución Española, art. 105: “La Ley regulará”, letra b) “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.”

¹⁹⁷ Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999.

¹⁹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 161/1988.

¹⁹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 254/1993, FJ 6. reiterado luego en las SSTC 143/1994, FJ 7, 11/1998, FJ 4, 94/1998, FJ 6, 202/1999, FJ 2. En el llamado constitucional a limitar “el uso de la informática” en pos de la intimidad, se desprende el deber de proteger los datos personales.

jurisprudencia constitucional- el artículo 18.3 de la Constitución Española “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 misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”²⁰⁰.

Por otra parte, aunque el aludido artículo 18.3 no se refiere explícitamente a los correos electrónicos sino que a las comunicaciones “postales, telegráficas y telefónicas”, no habría que excluir las comunicaciones efectuadas mediante correos electrónicos, chats u otros medios, toda vez que estas modalidades se llevan a cabo a través de un artificio técnico, requisito indispensable para que este tipo de comunicación se entienda tutelada por el derecho al secreto de las comunicaciones y no por la intimidad²⁰¹ (derecho éste que aplica más bien a las comunicaciones directas en un sentido físico o material).

Lo anterior refuerza en términos más absolutos el carácter inviolable de las comunicaciones contenidas en correos electrónicos, incluso de funcionarios públicos, no sólo atendido a que la normativa no efectúa distinción sobre el punto, sino primordialmente por el carácter formal de la protección constitucional de derecho al secreto a las comunicaciones privadas y, también, por la prevalencia constitucional de éste por sobre el restrictivo derecho de acceso a los archivos y registros en poder de las Administraciones Públicas.

1.2.2.2. El derecho a la libertad informativa (art. 18.4)

Como ya se indicó y de modo análogo a lo expuesto respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, la jurisprudencia constitucional ha erigido a la manifestación de la intimidad reconocida en el artículo 18.4 como un derecho fundamental derivado de la intimidad pero con un objeto y función distinto de aquella.

Ha dicho la referida magistratura que el derecho a la “libertad informativa” consiste en “el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática”.²⁰² La aludida Ley ha pasado a ser la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, sobre la que nos referiremos en adelante.

Sólo cabe adelantar por ahora lo capital que resulta la citada sentencia del Tribunal Constitucional, para los efectos de la protección de correos electrónicos, al afirmar que el derecho a la protección de datos “también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”.²⁰³

1.3. Legislación más relevante

²⁰⁰ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 114/1984, F.J. 7. Añade que “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia ‘erga omnes’) ajenos a la comunicación misma.”

²⁰¹PERALES (2007): El derecho al secreto de las comunicaciones. Disponible en: dfeocumentostics.com/component/option,com_docman/task,doc:view/gid,408/Itemid,3/, p. 12 y ss.

²⁰² Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000, FJ 5.

²⁰³Sentencia Tribunal Constitucional Español, 114/1984, Ibid, FJ 6.

1.3.1. Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Esta norma legal (en adelante, la “Ley de Administración Pública” o la “Ley”, indistintamente) vino a cumplir con el mandato constitucional de regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos.²⁰⁴ Su artículo 37.1 junto con reconocer el “derecho a acceder a los registros y a los documentos que (...) obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren” (correspondientes a procedimientos ya finalizados al momento de la solicitud) asegura, asimismo, en el 37.2 que el “acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas”. Análogo límite –la intimidad- establece también el artículo 37.7 en caso que los solicitantes pretendan conocer antecedentes de “interés histórico, científico o cultural relevante”.

La crítica a la Ley no se hizo esperar por contemplar graves deficiencias y lagunas, a saber: la limitación a solicitar documentos relacionados con procedimientos terminados y archivados, la falta de regulación de un procedimiento que brinde tutela al requirente de información sin tener que acudir a un costoso y lento proceso judicial²⁰⁵, la facultad de denegar una solicitud genérica sin posibilidad de subsanarla²⁰⁶ y, la creación de restricciones adicionales a las previstas en la Constitución.²⁰⁷

Una especial crítica merece aquella cláusula abierta, prevista por la Ley, según la cual “[e]l 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 una ley”²⁰⁸, lo cual, en verdad, hace depender la efectividad del derecho de acceso en una decisión –de facto- y enteramente discrecional de la Administración.²⁰⁹

A lo expuesto se añade que la Ley de Administración Pública tampoco ha previsto procedimiento ni modalidad alguna para vencer o, al menos, morigerar la referida reserva de información, formulada en los términos amplios y discrecionales ya indicados.

²⁰⁴ Ley 30/1992. Luego, se dictó el Real Decreto 208/1996, por el que se reglamentan los Servicios de Información Administrativa y atención al ciudadano.

²⁰⁵ La denegación de acceso por los causales que veremos es recurrible por vía administrativa y, en su caso, por vía contencioso-administrativa.

²⁰⁶ DE CARRERAS SERRA, LLuís. “Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación”, Ariel Derecho. Barcelona, 1996. Pág. 57.

²⁰⁷ Las limitaciones al derecho de acceso establecidas en la Constitución (la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos, la intimidad de las personas) se amplían en la Ley 30/92 a tres casos más: los expedientes que contengan información sobre el ejercicio de las competencias constitucionales –no administrativas- de los Gobiernos estatal y autonómicos; los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial; las actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

²⁰⁸ Ley 30/1992, art. 37.4.

²⁰⁹ ÁLVAREZ RICO, Manuel; ÁLVAREZ RICO, Isabel, “Derecho de Acceso a los Archivos y registros administrativos en la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 135. Septiembre- Diciembre de 1994, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. p. 473.

Lo anterior ha llevado a sostener que el derecho de acceso a la información contemplado en la Ley no aplica en verdad a los documentos en poder de la Administración que contengan datos íntimos, cuyo acceso está prohibido de modo absoluto a terceros, llegándose a afirmar derechamente que no cabe la comunicación a terceros de ningún dato personal en poder de la Administración.²¹⁰ Otros, reconociendo las referidas restricciones estiman que es posible conciliar éstas con una interpretación que impulse una mirada de conjunto de los derechos, principios y bienes involucrados.²¹¹ Estos mismos son, en todo caso, los que hoy en día promueven la dictación de una Ley de Acceso a la Información Pública más general²¹² atendidas las insuficiencias a que ha dado origen el actual texto de la Ley.

1.3.2. Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

Como consecuencia del reconocimiento jurisprudencial-constitucional del derecho de protección de datos, éste tuvo su primer desarrollo legal en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (la “LORTAD”, hoy derogada). Actualmente se encuentra regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, “LOPD”) y en sus reglamentos de desarrollo.

En lo fundamental, la LOPD regirá respecto de todos “los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.”²¹³ El Tribunal Constitucional ha hecho extensivo también el ámbito de protección de la LOPD a los datos personales contenidos en soporte informático²¹⁴ y, en particular, ha sostenido que la “libertad informática” comprende el “derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)”²¹⁵, cuya protección incluye expresamente a los correos electrónicos, especialmente a partir de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, a la que nos referiremos más adelante.

En ambos cuerpos normativos –la derogada LORTAD y la actual LOPD- reina el más absoluto silencio acerca de las relaciones entre acceso a la información pública y protección de datos, omisión que se ha criticado enfáticamente al concurrir la circunstancia de que tanto una como otra ley son coetáneas, respectivamente, a la Ley de Administración Pública (de 1992) y a su modificación posterior por la Ley 4/1999.²¹⁶ Este “olvido” es más grave aún si se tiene en consideración las Directivas Comunitarias sobre la materia, particularmente en lo referido a

²¹⁰MURILLO DE LA CUEVA, Lucas (1993): Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; p. 96, quien señala que la autorización de la comunicación del titular de los datos equivale a negar el derecho de acceso a la información pública en el caso de documentos que contengan información personal.

²¹¹GUICHOT, Emilio, “Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación”, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, p. 16 y ss.

²¹²GUICHOT, Emilio, “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Documento de trabajo 170/2011, *Fundación Alternativas*, p. 22 y ss.

²¹³ Ley Orgánica 5/1992, art. 2.1.

²¹⁴ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 202/1999.

²¹⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional, 11/1998, FJ 5 y, 94/1998, FJ 4.

²¹⁶GUICHOT, Emilio, “Acceso a la información y protección de datos. Estado de la cuestión”, 2008, p. 13.

incorporar en los ordenamientos de la Unión Europea la cláusula de la ponderación de derechos e intereses para el tratamiento no consentido de datos personales.

Esta incomunicación absoluta entre cuerpos normativos interrelacionados se explica en buena medida por la prevalencia del derecho fundamental a la protección de datos por sobre el derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, quedando, por tanto, este acceso a la información condicionado a que los archivos y registros no contengan datos de carácter personal, tal como se desprende de la doctrina afirmada por el Tribunal Constitucional a partir de la Sentencia 292/2000.

Si bien la jurisprudencia generada a partir de entonces no se refiere específicamente a los correos electrónicos sí es posible hacerla extensiva a la protección de éstos a la luz de los considerandos expuestos por la jurisprudencia constitucional más relevante sobre la materia.

1.4. Algunos lineamientos del Tribunal Constitucional que pueden incidir respecto de la privacidad/publicidad en los correos electrónicos de los funcionarios públicos

Atendido que no ha existido un pronunciamiento específico de la jurisprudencia constitucional sobre el secreto de los correos electrónicos de los funcionarios públicos —en el entendido que se trata de información resguardada por la intimidad, el secreto de las comunicaciones y, especialmente, por la protección de datos personales contenidos en cualquier soporte— la siguientes sentencias del Tribunal Constitucional son representativas de la doctrina que ha sostenido dicha magistratura en relación a la reserva de la información contenida en correos electrónicos, ya sea por la vía de estimarse protegida en cuanto se trata de una comunicación reservada o bien en la medida en que se considera cubierta por la libertad informática que protege los datos personales, se encuentren éstos en soporte privado o público.

1.4.1. En relación con la injerencia en el contenido protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones (v.gr. correos electrónicos)²¹⁷

El Tribunal Constitucional ha dicho 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. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”.²¹⁸ Esta previsión legal no sólo debe ser inexcusable y judicial, sino también “la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención”.²¹⁹

²¹⁷Aunque no se trata particularmente de jurisprudencia constitucional, cabe señalar que en España hay varios fallos se han pronunciado sobre las potestades del empresario de acceder, bajo ciertas condiciones, a los correos electrónicos del trabajador en la empresa. Al respecto puede ser consultados el siguiente fallo, a modo ejemplar: Sentencia Tribunal Supremo (26/09/2007), referida a la revisión de un computador que contenía pornografía). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de Cataluña (2000, AS/3444), sobre el envío de correos electrónicos con finalidades distintas a las laborales y Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (1996, AS/2877), en la que se refiere al uso abusivo de los medios de la empresa.

²¹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 49/1999, F.J. 4º.

²¹⁹Ibid, F.J. 4º.

Una típica habilitación legal en materia de intervención de comunicaciones (comunicaciones telefónicas, correspondencia postal o telegráfica o de e-mails) es el artículo 579 de la Ley Criminal de conformidad con la L.O. 4/1988, que contiene las garantías mínimas de la intervención del derecho del procesado o sobre quienes existan indicios de responsabilidad criminal, siempre y en todo caso mediante resolución judicial. Es nuestro parecer que la aludida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que regula el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, no provee de dicha habilitación respecto del derecho al secreto de las comunicaciones, por carecer aquella de “todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” judicial.

1.4.2. El derecho a la protección de datos como la facultad de disponer de los mismos, se encuentren éstos en soporte particular o público

La jurisprudencia constitucional ha sido categórica en dotar al derecho a la protección de datos personales de un haz de amplias facultades que van más allá de proteger la intimidad personal o familiar. Así lo ha dicho al precisar el objeto de este derecho: “El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio 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 a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.²²⁰

En cuanto al alcance de este derecho afirma que su objeto “no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos”.²²¹

Profundizando el citado aserto, añade que “[t]ambién por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.²²²

Lo anterior permite afirmar que la información contenida en un correo electrónico de un funcionario de un organismo de la Administración forma parte del contenido protegido por el derecho a la protección de datos, sea que se trate de datos íntimos o no, que se encuentren en un soporte particular o público.

1.4.3. Referente a la protección constitucional de los datos personales contenidos en un computador portátil de un particular

²²⁰ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000, F.J. 6º.

²²¹Idem.

²²²Idem.

En reciente sentencia (noviembre de 2011), el Tribunal Constitucional sintetizó su doctrina en materia de derecho a la intimidad de datos personales, aplicado en este caso al acceso a archivos y correos electrónicos contenidos en un computador portátil de un particular, no de un funcionario público. Al reiterar los requisitos para intervenir en el aludido derecho fundamental, señaló, en primer término, el consentimiento –expreso o tácito– para autorizar la intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar.²²³ Una segunda causal de injerencia legítima es la aplicación del test de proporcionalidad, esto es, cuando se constata la existencia de un interés prevalente al interés de la persona en mantener la reserva.²²⁴ En tercer lugar, señala que la única afectación legítima, a falta de consentimiento del titular del derecho, es la autorización judicial motivada, conforme al test de proporcionalidad.²²⁵

Añade que “[s]i no hay duda de que los datos personales (...) están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, menos aún pueda haberla en el cúmulo de información que se almacena por su titular en un ordenador personal (...). A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión y recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones (...) sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1) en la medida en que estos correos o email, escritos o leídos por su destinatario, quedan almacenado en la memoria del terminal informático utilizado”.²²⁶

Por último, al hacer suyo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia advierte que a la demandante “no se le advirtió de que podría ser objeto de un seguimiento, por lo que podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado ‘en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por internet’”.²²⁷

Es de nuestro parecer que la circunstancia de existir un ordenamiento muy precario y restrictivo en materia de acceso a la información de la Administración, unido ello a los estrictos estándares que han de satisfacerse para legitimar la intervención en el derecho a la intimidad y de las comunicaciones privadas, dificultan la labor de entrar a conocer eventualmente el contenido de los correos electrónicos de cualquier persona, funcionarios públicos incluidos.

En refuerzo de lo señalado, uno de los elementos distintivos en esta sentencia respecto de la anterior es que aquí la eventual intervención en el derecho a la intimidad se encontraba motivada por la satisfacción de un interés público indubitado –la persecución criminal de la pornografía– objetivo que no concurre en el caso que se invoque el artículo 105, letra c) de la Constitución Española, ya sea porque esta norma no contiene un derecho fundamental, ya sea porque el interés en la transparencia o en el acceso a la información que obra en poder de la Administración no goza de la misma entidad como finalidad constitucionalmente legítima.

²²³ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 173/2011, F.J. 2.

²²⁴ Idem, que cita a su vez, la Sentencia 159/2009, F.J. 3. Así lo dice: “tampoco podrá considerarse ilegítima aquella injerencia o intromisión (...) que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

²²⁵ Ibid, F.J. 3. Como única salvedad a la autorización judicial reconoce “los supuestos en que concurran motivos justificados para la intervención policial inmediata.”

²²⁶ Idem.

²²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Español, 173/2011, F.J. 4, que cita, a su vez, el Caso *Copland v United Kingdom* 62617/00 párr.42.

1.5. Anteproyecto Ley de Transparencia en España²²⁸

Hemos estimado pertinente reseñar las principales características del referido Anteproyecto de ley de transparencia y acceso de los ciudadanos a la información pública (documento que se adjunta como Anexo del presente Informe) por la evidente incumbencia sobre el tema objeto de este trabajo, aunque se ha afirmado que su pronta tramitación no estaría entre las prioridades legislativas del nuevo Gobierno español.²²⁹ Este decaimiento en el interés por sacar adelante el referido Anteproyecto del Gobierno español anterior probablemente se debe a que la actual administración trabaja en una nueva propuesta sobre la materia.

1.5.1. Características principales

Se reseñarán los aspectos más relevantes del referido Anteproyecto en lo que se refiere al objeto del presente trabajo. Al igual que la Ley 20.285, el aludido texto distingue entre la Transparencia Activa de la actividad pública (Capítulo I) y el Derecho de Acceso a la Información Pública (Capítulo II).

- Información Pública

Se considera información pública “aquella información pública, cualquiera que sea su soporte y forma de expresión, elaborada o adquirida por los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones y que obre en su poder” (art. 2.1). Asimismo es dicha información “la que obre en poder de otras entidades o sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, siempre que haya sido generada u obtenida en el ejercicio de la actividad pública” (art. 2.2).

- Titulares del derecho de acceso

“Todas las personas tienen derecho a acceder, previa solicitud, a la información pública, sin más limitaciones que las contempladas en esta ley” (art. 4).

- Limitaciones del derecho de acceso

El derecho de acceso “sólo podrá ser limitado cuando de la divulgación de la información personal pudiera resultar un perjuicio para: (...)

- h) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión
- i) La garantía de los derechos constitucionales, incluidos el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial
- j) La vida privada y los intereses particulares legítimos” (art. 5.1).

²²⁸El texto del Anteproyecto se encuentra disponible en: http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Advancing/Spain/Espana_Anteproyecto_Ley_Transparencia.pdf

²²⁹ Algunos medios de prensa han dicho que la presentación de la ley “no forma parte del calendario de medidas urgentes” que detalló el Presidente el pasado diciembre.” Al respecto véase: <http://www.publico.es/espana/356578/el-gobierno-entierra-la-ley-de-transparencia>

- Las limitaciones no son absolutas
Añade luego que las “limitaciones serán proporcionadas atendido su objeto y su finalidad de protección y se aplicarán a menos que un interés público superior justifique la divulgación de la información” (art. 5.2).
- Los datos personales íntimos constituyen un límite absoluto al derecho de acceso²³⁰
Establece que las “solicitudes de acceso (...) que contengan datos íntimos o que afecten a la vida privada se denegarán, salvo que exista consentimiento expreso y por escrito del afectado, o una ley lo autorice.”
A los efectos de esta ley, se consideraran en todo caso datos íntimos los referidos a la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial, salud y sexualidad” (art. 6.2).
- Los datos personales –no íntimos- serán accesibles si se vinculan con la actividad pública, a menos que deba prevalecer la protección de datos sobre el interés público en la divulgación de los mismos.
Tratándose de solicitudes a información que contenga datos personales –no íntimos- “se estimarán cuando se trate de información directamente vinculada con la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano o entidad al que se solicite”.
Con todo, “se denegará el acceso cuando se considere que en el caso concreto concurren especiales circunstancias que hacen prevalecer la protección de los datos personales sobre el interés público en la divulgación de la información” (art. 6.3).

²³⁰ Como dice la Exposición de Motivos (el Mensaje) el Anteproyecto “cierra el acceso a la información pública que contiene datos relativos a la intimidad o la vida privada de las personas, salvo que el afectado lo consienta expresamente y por escrito, o lo autorice la Ley”.

2. CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

2.1. Síntesis

La Corte Europea de Derechos Humanos no se ha referido en forma directa al derecho de acceso a la información contenida en e-mails de funcionarios públicos. Tampoco ha reconocido un derecho general de acceso a la información, si bien en ocasiones lo ha subsumido en otros derechos cuando la información es de interés público, pertenece al solicitante, o impacta decisivamente en el ejercicio de otros derechos. En todo caso, la Corte considera a los e-mails (incluyendo aquellos de funcionarios públicos) como correspondencia generalmente sujeta a la garantía de privacidad. En consecuencia, el acceso a los mismos requeriría que su contenido no fuera privado, o que se sujetara a ciertos requisitos tales como consagración legal, previsibilidad del acceso, procedimientos adecuados, etc.

La situación anteriormente descrita podría cambiar radicalmente si se aprueba el actual borrador de “Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales” (que recoge recomendaciones vigentes pero no vinculantes del Consejo Europa), la cual permitiría el acceso a los e-mails de funcionarios públicos, siempre y cuando no concurriera una excepción, principalmente la privacidad de los mismos y la afectación de las deliberaciones entre autoridades públicas. Tales excepciones, sin embargo, no serían absolutas y cederían frente a la existencia de un interés público mayor en la entrega de la información.

2.2. Introducción

La Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte”) fue creada por la Convención Europea de Derechos Humanos (la “Convención”, en lo sucesivo)²³¹, para asegurar el cumplimiento de la misma. Sus decisiones son vinculantes para los estados miembros que han reconocido su jurisdicción.

Al respecto, cabe destacar cuatro características de la naturaleza y el funcionamiento de la Corte y de la Convención que inciden en este informe. En primer lugar, se trata de un sistema supletorio de protección de derechos fundamentales. Ello no sólo significa que es necesario haber agotado las vías jurídicas domésticas (internas) de reclamación antes de acudir a la Corte, sino que ésta, al analizar las causas sometidas a su conocimiento, considera con gran detención la normativa propia de cada país involucrada. En consecuencia, las orientaciones y decisiones de la Corte no deben analizarse aisladamente, sino que a la luz de las normas del país que fue parte del respectivo juicio.

En segundo término, la Corte y la Convención han sido tradicionalmente consideradas como guardianes de estándares mínimos de protección que derechos fundamentales, por lo que no es lo normal que los fallos de la Corte recaigan en materias en reciente desarrollo cuya

²³¹ Disponible en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf (7/1/2012).

importancia para la adecuada salvaguarda de los derechos fundamentales no esté suficientemente acreditada. Menos aún cuando el tópico en cuestión carece de fundamento expreso en la Convención, cual es justamente el caso del derecho de acceso a la información en poder de autoridades públicas.

En tercer lugar, la Corte ha desarrollado la teoría del “margen de apreciación”, en virtud de la cual reconoce cierta discrecionalidad a los Estados en algunas materias, particularmente en relación a las restricciones impuestas a derechos fundamentales; en la forma de solucionar conflictos entre ellos, así como en la determinación de las obligaciones positivas que debe asumir el Estado para lograr la efectiva vigencia de los derechos resguardados por la Convención.²³² Ahora bien, la Corte no ha establecido criterios claros en cuanto a la amplitud y profundidad de este margen de apreciación, el cual “será en ocasiones amplio y en ocasiones estrecho, dependiendo de la naturaleza de los derechos en discusión, o del balance que se haga de los derechos en conflicto”.²³³ En todo caso, es posible afirmar que cuando se trata de materias que no reúnen cierto consenso entre los estados miembros, la Corte tiende a aplicar un generoso margen de apreciación.²³⁴

Finalmente, es importante destacar que la Corte no es sino uno de los órganos del Consejo de Europa.²³⁵ Para los efectos de este informe, y como complemento de la jurisprudencia de la Corte, utilizaremos la normativa emitida por el Comité de Ministros (formado por los ministros de relaciones exteriores de todos los países miembros). Si bien dicha normativa no es directamente vinculante, sirve de ‘derecho blando’ o ‘softlaw’, y suele ejercer influencia no sólo en los estados miembros, sino también en la labor de los otros órganos del Consejo de Europa, incluyendo la Corte. Adicionalmente, en ocasiones las recomendaciones del Consejo de Ministros constituyen una etapa intermedia hacia la celebración de tratados, protocolos o acuerdos vinculantes sobre las materias que tratan.

2.3. El Derecho de Acceso a la Información Pública en la Normativa del Consejo de Europa

Resulta innegable que la Convención no garantiza en forma expresa un derecho de acceso a la información pública. No obstante lo anterior, existen ciertos antecedentes que demuestran la preocupación del Consejo de Europa en esta materia. Es así como ya en la década de los 70’s existió un borrador de Protocolo Adicional (i.e., tratados internacionales que complementan la Convención) para incluir el derecho a buscar información dentro del Artículo

²³²*Vid.* OVEY y WHITE (2002): *Jacob and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2002; p. 210.

²³³Idem. Traducción libre.

²³⁴*Vid.*, por ejemplo, *Evans v. United Kingdom* 6339/05, para. 77.

²³⁵ El Consejo de Europa es una asociación internacional de Estados creada por el Tratado de Londres de 1949. Su creación obedeció al anhelo de asegurar el respeto a los derechos fundamentales en Europa después de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial. De acuerdo al artículo 1 del Tratado de Londres, el propósito del Consejo de Europa es “alcanzar una mayor unidad entre sus miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que constituyen su herencia común y facilitar su progreso económico y social” (Traducción libre de la versión inglesa disponible en www.coe.int. (25 de enero 2012). Sus principales órganos son el Consejo de Ministros, la Asamblea Parlamentaria y la Corte Europea de Derechos Humanos.

10 de la Convención (Libertad de Expresión).²³⁶ Posteriormente, el Comité de Ministros emitió en 1981 la Recomendación No. R (81) 19 sobre acceso a la información en poder de las autoridades públicas, posteriormente reemplazada por la Recomendación Rec (2002) 2 de fecha 21 de febrero de 2002 (la “Recomendación”)²³⁷. En términos generales, la Recomendación constituye ‘derecho blando’ (no directamente vinculante) que puede ser utilizado como inspiración; marco; estándar mínimo, y/o normativa supletoria, de los regímenes nacionales de acceso a la información pública²³⁸. Más aún, las recomendaciones del Consejo de Ministros han sido utilizadas por la Corte en la interpretación de la Convención²³⁹.

Para los efectos de este informe, los contenidos relevantes de la Recomendación son los siguientes:

- Declara que el acceso a documentos oficiales permite el desarrollo de una opinión crítica y una participación informada del público en materias de interés común; fomenta la eficiencia y la efectividad de la administración; evita la corrupción, y fortalece la confianza pública en las autoridades.
- Define ‘documentos oficiales’ como toda la 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.
- Los Estados Miembros deben garantizar el derecho a acceder, previa solicitud, a los documentos oficiales en poder de las autoridades públicas.
- Las limitaciones al derecho de acceso deben ser establecidas con precisión por la ley, ser necesarias en una sociedad democrática, y proporcionadas al fin de proteger alguno de los siguientes intereses:
 - La seguridad nacional, la defensa y las relaciones internacionales.
 - La salud pública.
 - La prevención, investigación y enjuiciamiento de actividades criminales.
 - La privacidad u otros intereses privados legítimos.
 - Intereses comerciales u económicos.
 - La igualdad de las partes ante los tribunales.
 - La naturaleza.
 - La inspección, control y supervisión por parte de autoridades públicas.
 - La economía, así como las políticas monetarias y cambiarias del estado.
 - La confidencialidad de las deliberaciones con – o entre – autoridades públicas “durante la preparación interna de una materia”.

²³⁶COPPEL, P., ob. cit., p. 79.

²³⁷Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/H-Inf\(2003\)003_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/H-Inf(2003)003_en.pdf) (13/1/2012).

²³⁸ Cf. WADHAM, J., et al., ob. cit., p. 23

²³⁹HINS, Wouter and VOORHOOF, Dirk, “Access to the State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention of Human Rights”, en *European Constitutional Law Review* 3, 2007, p. 120.

- Se puede 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.

Cabe finalmente destacar que actualmente el Consejo de Europa se encuentra tramitando un borrador para una “Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales”²⁴⁰. Dicho proyectotoma como base la Recomendación previamente descrita, si bien introduce algunas innovaciones. Entre ellas destacan las siguientes:

- Se simplifica la definición de “documentos oficiales”, entendiéndose por tales cualquier información, registrada en cualquier forma, redactada o recibida, y en poder de las autoridades públicas.²⁴¹
- Se modifica la última excepción, de forma de proteger las deliberaciones con – o entre – autoridades públicas sobre el examen (examination) de una materia.

Con los antecedentes anteriormente expuestos, se pueden realizar diversas inferencias en relación al objeto de este informe. Como punto de partida, resulta evidente que los e-mails de funcionarios públicos debieran quedar, en principio, sujetos al derecho de acceso a la información pública, ya que aquella se puede encontrar en cualquier clase de formato de registro, incluyendo e-mails. No obstante lo anterior, el contenido del e-mail se presenta como fundamental para determinar si aquel cae dentro de alguna excepción al derecho de acceso. Para el objeto de este informe, destacan en particular dos excepciones: la privacidad y las deliberaciones con/entre autoridades públicas.

1. La privacidad, en este contexto, puede invocarse de dos formas: como protección a particulares cuya información se encuentra en manos de las autoridades públicas (data protection), pero también como salvaguarda a las comunicaciones personales de las autoridades públicas. Este último factor, sin embargo, podría debilitarse si la Recomendación es sustituida por la Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales en actual discusión. En efecto, la definición de información accesible al público que utiliza la Recomendación exige que aquella se vincule “a cualquier función pública o administrativa”, lo que excluiría la información de carácter privado de la autoridad pública en cuestión. En contraste, el borrador de la convención elimina dicha exigencia de la definición de información de acceso público.
2. Las deliberaciones entre autoridades públicas parece ser una excepción particularmente amplia, tal y como existe en algunos ordenamientos internos de los países miembros (e.g., Inglaterra). En efecto, tanto la Recomendación como el borrador de la Convención señalan que tales deliberaciones pueden versar sobre prácticamente cualquier asunto, i.e., ni siquiera es necesario que se trate de políticas públicas. Más aún, la tendencia que

²⁴⁰La versión utilizada se encuentra disponible en <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/workingdocs/doc08/edoc11631.htm> (13/1/2012).

²⁴¹Se ha sugerido eliminar la noción de “documentos oficiales” y sustituirla por la más amplia de “información”. *Ver* DARBISHIRE, Helen, "Access to Information: A Fundamental Right, A Universal Standard" Access Info Europe <http://www.access-info.org/documents/Access_Docs/Thinking/Get_Connected/Access_Info_Europe_Briefing_Paper.pdf> accessed 14/1/2012, 7.

demuestra el borrador de la convención sobre Acceso a Documentos Oficiales es a la ampliación de la excepción de comento. En efecto, la Recomendación limita esta excepción a las deliberaciones que tienen lugar ‘durante la preparación interna de una materia’, cuestión que es eliminada por el borrador de convención, para quien basta que las deliberaciones se refieran al ‘examen’ una materia. Evidentemente, dicho examen puede ser coetáneo o incluso posterior al hecho, política pública, discusión política, etc. de que se trate.

En todo caso, es relevante destacar que ninguna de las excepciones anteriores es absoluta. En ambos casos (lo que también es aplicable a todas las otras excepciones contenidas en la Recomendación y en el borrador de la convención), debe realizarse un test de interés público, i.e., la información debe ser entregada si existe un interés público en su acceso que prima por sobre el daño que eventualmente causaría su entrega. Esta decisión la adopta, en primer término, la autoridad en poder del documento. Sin embargo, tanto la Recomendación (Sección IX N.1), como el borrador de la Convención sobre Acceso a Documentos (Artículo 8 N.1.), exigen la existencia de un proceso de revisión de esta decisión, el que debe realizarse ante un tribunal legalmente establecido, o al menos ante un órgano independiente e imparcial establecido por ley.

2.4. Jurisprudencia Relevante de la Corte

Si bien no parece existir jurisprudencia expresa de la Corte sobre el derecho de acceso a los e-mails de los funcionarios públicos, destacaremos brevemente algunas líneas jurisprudenciales que nos parecen relevantes para el tema que nos ocupa. Cabe destacar, sin embargo, que la mayoría de los casos estudiados obedecen a contextos diferentes al acceso a la información pública, fundamentalmente relativos al acceso y manejo de información propia en manos de la autoridad, así como a la interceptación y vigilancia de comunicaciones privadas.

2.4.1. Se ha reconocido el derecho de acceso a información oficial en ciertos contextos

La Corte ha reconocido en ciertos casos una suerte de derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas. Dado que tal derecho carece de fundamento textual en la Convención, la Corte lo ha subsumido en otros derechos que sí han sido expresamente garantizados en aquella.

La opción más evidente ha sido utilizar el derecho a la libertad de expresión comprendido en el Artículo 10 de la Convención. En principio, la Corte se ha resistido a reconocer explícitamente un derecho general de acceso a la información pública dentro del derecho a la libertad de expresión²⁴². No obstante lo anterior, existen indicios de apertura,²⁴³ particularmente vía un entendimiento amplio del derecho a recibir información. Es

²⁴²E.g., *Leander v Sweden*9248/81 para. 74; *Guerra v Italy* 116/1996/735/932 para. 53; *Sîrbuv. Moldova*73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01 y 73973/01, para. 17-18, y *Roche v United Kingdom*32555/96, para. 172. Vid. JÄDERBLOM, H., "European Standards for Public Access to Official Information" <http://www.presserecht.de/index.php?option=com_content&task=view&id=488&Itemid=127> accessed 13/1/2012, 1-2; COPPEL, P., ob. cit., p. 84-85; HINS AND VOORHOOF, ob. cit., p. 117-120.

²⁴³COPPEL, P., ob. cit., p. 85-86. Cf. HINS AND VOORHOOF, ob. cit., 120 ff. Vid. también el posible avance que en esta materia refleja *Sdružení Jihočeské Matky v République Tchèque* 19101/03. En este caso, si bien la Corte

así como la Corte ha reconocido el derecho de particulares de acceder a información de interés público en manos de las autoridades²⁴⁴.

Otra alternativa ha sido la utilización de la protección ofrecida por el Artículo 8° de la Convención a la vida privada y familiar. En este contexto, la Corte ha reconocido el derecho de acceso a la información personal del solicitante en poder de autoridades públicas, tales como expedientes médicos, historial de menores adoptados o bajo medidas de protección, etc.²⁴⁵ Del mismo modo, también invocando el Artículo 8° de la Convención, la Corte ha reconocido el derecho a acceder a información ambiental que afecta la vida privada o doméstica del solicitante.²⁴⁶

Un tercer derecho invocado por la Corte para otorgar derechos de acceso a información en poder de autoridades públicas ha sido el derecho a un proceso equitativo o debido proceso (Artículo 6°), cuando la información en cuestión es relevante para el desarrollo de un juicio.²⁴⁷

Finalmente, también se ha utilizado el derecho a la vida (Artículo 2) para asegurar el acceso a información referida a peligros para aquella.²⁴⁸

2.4.2. La privacidad de los e-mails se encuentra protegida por el derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el Artículo 8° de la Convención

El artículo 8° de la Convención dispone lo siguiente:

“Derecho al respeto de la vida privada y familiar

1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2 No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto 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.”

La Corte ha señalado repetida y expresamente que los e-mails se encuentran comprendidos en las nociones de “vida privada” y “correspondencia” utilizadas por el artículo

reconoce la dificultad (pero no imposibilidad o inconveniencia) de deducir un derecho general de acceso a documentos administrativos, considera que rechazar una solicitud de entrega de los mismos constituye una interferencia con el derecho a la libertad de información contemplado en el Artículo 10 de la Convención. En consecuencia, para ser legítimo, dicho rechazo debe cumplir con los requisitos impuestos en el inciso segundo del Artículo 10.

²⁴⁴*Társagág a Szabadságjogokért v Hungary* 37374/05 para. 26.

²⁴⁵E.g., *KH v Slovakia* 32881/04 para. 44 ss. *Vid. Gaskin v United Kingdom* 10454/83 para. 49; *Roche v United Kingdom* 32555/96, para. 167, y *McGingley and Egan v United Kingdom* 10/1997/794/995-996 para. 101.

²⁴⁶ Cf. *Guerra v Italy* 116/1996/735/932 para. 60.

²⁴⁷E.g., *KH v Slovakia* 32881/04 para. 59 ss.

²⁴⁸*Öneryıldız v Turkey* 48939/99 para. 90.

8º.²⁴⁹ Ello se extiende a los e-mails enviados en el contexto laboral o profesional²⁵⁰, incluyendo aquellos de funcionarios públicos.²⁵¹ Cabe reiterar, sin embargo, que estas declaraciones se hicieron en contextos diversos a la entrega de información pública.

2.4.3. La protección del Artículo 8º de la Convención no es absoluta

Tal y como señala el inciso segundo del Artículo 8 de la Convención transcrito precedentemente, las injerencias al derecho protegido son legítimas cuando aquellas cumplen con ciertos requisitos taxativos, a saber:

- a) La injerencia está prevista por ley (en forma lo más explícita y detallada posible).
- b) Es una medida necesaria en una sociedad democrática.
- c) Se persigue un fin legítimo: 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 libertades de los demás.

En relación al primer requisito, la Corte ha señalado que este posee cuatro elementos²⁵²:

- i. La injerencia debe tener contar con un fundamento en la ley doméstica.
- ii. Dicha ley debe ser accesible para la persona en cuestión.
- iii. El afectado debe ser capaz, con asesoría legal si es necesario, de prever las consecuencias de la ley.
- iv. La ley debe ser compatible con el estado de derecho.

Acerca del numeral iii) precedente, la Corte ha destacado, en relación a los e-mails, la importancia de advertir su monitoreo en forma previa para evitar que la persona desarrolle razonables expectativas acerca de la confidencialidad de los mismos.²⁵³

2.4.4. La protección del Artículo 8º no sólo se ejerce frente al Estado

El Artículo 8º, así como la Convención en su conjunto, surgen como un sistema de protección del individuo frente al Estado²⁵⁴. En consecuencia, podría afirmarse que invocar

²⁴⁹E.g., *Copland v United Kingdom* 62617/00 para. 41; *Liberty v United Kingdom* 58243/00 para. 56, y *Kennedy v United Kingdom* 26839/05 para. 118. *Vid.* también, *mutatis mutandi*, *Halford v United Kingdom* 20605/92 para. 44, y *Amann v. Switzerland* 27798/95 para. 44.

²⁵⁰*Copland v United Kingdom* 62617/00 para. 41, y *Kennedy v United Kingdom* 26839/05 para. 118. *Vid.* también, *mutatis mutandi*, *Halford v United Kingdom* 20605/92 para. 44; *Amann v. Switzerland* 27798/95 para. 44.

²⁵¹*Vid.* las circunstancias del caso *Halford v United Kingdom* 20605/92. *Vid.* También el comentario CRAIG, JDR AND OLIVER, HD, "The Right to Privacy in the Public Workplace: Should the Private Sector be Concerned?" (1998) *Industrial Law Journal* 27, p. 49.

²⁵²*Heino v Finland* 56720/09 para. 36 (refiriéndose a su vez a una serie de otros precedentes de la misma Corte). Una exposición similar, si bien con los requisitos en cuestión agrupados en diferente forma, puede hallarse en *Kennedy v United Kingdom* 26839/05 para. 151, y *Liberty v United Kingdom* 58243/00 para. 59.

²⁵³*Copland v United Kingdom* 62617/00 para. 42, y *Halford v United Kingdom* 20605/92 para. 45 (*mutatis mutandi*).

²⁵⁴E.g., *K.U. v Finland* 2872/02 para. 42.

este artículo para proteger la privacidad de autoridades públicas frente a los ciudadanos no respondería al sentido último del Artículo 8º. Sin embargo, en nuestra opinión, este argumento histórico/literal no debe sobrevalorarse, toda vez que los funcionarios públicos son individuos protegidos por la Convención²⁵⁵, y las normas de acceso a la información pública, aunque suelen ser invocadas por privados, son actos estatales. En otras palabras, nos parece posible que funcionarios públicos aleguen que la privacidad de sus e-mails estaría siendo afectada por las leyes nacionales de acceso a la información pública, en cuyo caso correspondería analizar si se cumplen los requisitos necesarios para que tal interferencia sea legítima a la luz de la Convención (lo que a su vez supone que el contenido de los e-mails sea efectivamente privado). Y aún en el caso que el conflicto se presente derechamente como un problema entre particulares, debe recordarse que la Corte ha fallado que el Artículo 8º impone obligaciones positivas sobre los Estados de asegurar el respeto de la vida privada en las relaciones entre particulares.²⁵⁶

2.5. Observaciones Finales

Es importante destacar que el Consejo de Europa es una institución cuyas tres preocupaciones fundamentales son los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho.²⁵⁷ Dado que el acceso a la información en poder de las autoridades públicas, y la transparencia que ello supone, impacta decididamente en las tres materias señaladas, habría de esperar que las diversas instituciones del Consejo (incluyendo la Corte), adoptaran una posición pro-acceso a dicha información. Ello podría transformarse en el desarrollo de una gran deferencia hacia las normas locales de acceso a la información²⁵⁸, lo que a su vez podría redundar, por ejemplo, en aplicación de un amplio margen de apreciación en el caso de impugnación de tales normativas nacionales.

²⁵⁵*Halford v United Kingdom* 20605/92 (*mutatis mutandi*).

²⁵⁶*K.U. v Finland* 2872/02 para. 42-43. *Vid.* también Hins 120 ff.

²⁵⁷*Vid.* <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal> (13/1/11).

²⁵⁸Considérese, por ejemplo, la postura de la Corte en *Gillberg v Sweden* 41723/06.

3. CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. Síntesis

No obstante la falta de un pronunciamiento expreso, la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea asume que existe un derecho de acceso a los e-mails de los funcionarios públicos. Dicho derecho de acceso, de acuerdo a la normativa vigente de la Unión Europea, debe entenderse sujeto a dos condicionantes: i) que los e-mails se puedan calificar como ‘documentos públicos’, i.e., se refieran a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución respectiva (y no a materias privadas), y ii) que no concurra alguna de las excepciones contempladas en dicha normativa. Entre tales excepciones destaca la protección del proceso deliberativo interno de las instituciones, la cual ha sido interpretada por la Corte de Justicia de forma más bien estricta.

3.2. Introducción

La Corte de Justicia es un órgano de la Unión Europea creado en 1952, cuya última transformación (incluyendo cambio de nombre) ocurrió con el Tratado de Lisboa de 2009. Sus decisiones son vinculantes para las instituciones de la Unión Europea y para los Estados Miembros.

Es importante considerar que la Corte de Justicia es una institución de estructura compleja que, adicionalmente, ha sufrido transformaciones en el tiempo. Es así como actualmente se compone de una Corte General (competencia genérica de primera instancia), una Corte de Justicia (competencia genérica de primera y segunda instancia), y cortes especiales (de las cuales la única en actual funcionamiento es la Corte de Función Pública). Antiguamente, en cambio, contaba con dos tribunales, la Corte Europea de Justicia y la Corte de Primera Instancia. Para evitar confusiones innecesarias, el presente informe se referirá genéricamente a todos los tribunales mencionados como Corte Europea de Justicia o “CEJ”.

Cabe también destacar que siendo la CEJ sólo uno de los órganos de la Unión Europea, existen otros órganos que han emitido normativa que resulta fundamental para la materia de que trata este informe, toda vez que desarrollan y complementan el derecho de la Unión Europea contenido en los tratados internacionales que le dan origen, todo lo cual conforma el ordenamiento jurídico que aplica la CEJ. En este contexto, es importante recalcar que la Unión Europea ha evolucionado desde prácticas marcadas por el secreto y confidencialidad, hacia una mayor transparencia.²⁵⁹ Del mismo modo, es preciso tener presente que actualmente la Unión Europea se encuentra discutiendo modificaciones relevantes a la normativa vigente en esta materia.²⁶⁰

3.3. Normativa Relevante

²⁵⁹*Vid.*, COPPEL, P., ob. cit., 95 ff.

²⁶⁰*Vid.*, BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 381 ss.

A partir de la aprobación del Tratado de Lisboa en 2009, la UE cuenta con dos normas de máxima jerarquía en materia del derecho de acceso a la Información Pública. La primera es el Artículo 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual dispone lo siguiente:

“Derecho de acceso a los documentos:

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.”²⁶¹

La segunda norma fundamental es el Artículo 15 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual dispone, en su número 3, 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 a 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.”²⁶²

El mentado Artículo 15 (cuyo texto proviene del antiguo artículo 255 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o TCE), junto con garantizar “el mayor respeto posible al principio de apertura”, delega en el Parlamento Europeo y en el Consejo de la Unión Europea la determinación de los principios generales y de los límites al ejercicio del derecho en cuestión. En virtud de dicho mandato, las instituciones mencionadas dictaron el Reglamento (EC) N° 1049/2001, de fecha 30 de mayo de 2001 (el “Reglamento”)²⁶³. Sus aspectos fundamentales son los siguientes:

- Su propósito es definir los principios, condiciones y límites al derecho de acceso a los documentos de las instituciones de la Unión Europea (en adelante, las ‘Instituciones’), de forma de garantizar el acceso más amplio posible a los mismos. Se aplica a todos los documentos en poder de las Instituciones, elaborados o recibidos por ellas, y que se encuentren en su posesión.
- Por “documento” se entiende “todo contenido, sea cual fuere su soporte (escrito en versión papel o almacenado en forma electrónica, grabación sonora, visual o audiovisual) referentes a temas relativos a las políticas, acciones y decisiones que sean competencia de la institución”.
- Documentos sensibles son aquellos clasificados como secretos o super secretos, protegiendo intereses esenciales de la UE o de sus miembros (básicamente seguridad pública y defensa), y gozan de un tratamiento particular (e.g., se limita la obligación de

²⁶¹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF> (22 de enero 2011).

²⁶² Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:ES:PDF> (22 de enero 2011).

²⁶³ Disponible en http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_es.pdf (22 de enero 2011).

motivación de la decisión de denegar acceso de forma de no dañar los intereses esenciales en cuestión).

- Se obliga a las Instituciones a crear un registro de acceso público y electrónico de sus documentos.
- En caso de conflicto, se ordena la existencia de procedimientos administrativos y judiciales de revisión, estos últimos a cargo de la CEJ. Cabe destacar, sin embargo, que dicha corte no puede ordenar la entrega de documentos, sino sólo anular decisiones de no divulgación, por lo que la autoridad correspondiente podría invocar razones diferentes para continuar denegando la entrega de documentos.²⁶⁴
- No se modifican las normas nacionales de acceso a documentos.

Ahora bien, el Reglamento contempla diversas excepciones al derecho de acceso en comento, distinguiendo entre excepciones absolutas y relativas. Las primeras se aplican siempre, i.e., las Instituciones se encuentran impedidas de entregar los documentos correspondientes. Se producen cuando la “divulgación suponga un perjuicio para la protección” del interés público (entendido como seguridad pública, defensa, relaciones internacionales, política financiera, monetaria o económica de la UE o de algún Estado Miembro), o de la intimidad e integridad de la persona (en particular en lo relativo a datos personales, cuya protección también se garantiza en los considerandos del Reglamento).²⁶⁵

Las excepciones relativas impiden dar acceso al documento salvo que exista un interés público superior en su divulgación. Surgen cuando la ‘divulgación suponga un perjuicio para la protección’ de los intereses comerciales, los procedimientos judiciales y la asesoría jurídica, así como las actividades de inspección, investigación o auditoría.

Un caso de excepción relativa (por tanto sujeta al test o contraexcepción de interés público) particularmente relevante para este Informe se refiere a los documentos de uso interno, la cual comprende dos casos:

- Documentos elaborados para uso interno (o recibidos) sobre asuntos cuya decisión se encuentra pendiente, siempre y cuando su divulgación ‘perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución’.
- Documentos que contengan opiniones para uso interno, como parte del proceso de deliberación previo a la adopción de una decisión, o incluso posterior a su adopción si su entrega “perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución’.

²⁶⁴ Cf. COPPEL, P., ob. cit., p. 109.

²⁶⁵ *Id.* al respecto la Directiva 95/46/CE, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1995:281:0031:0050:ES:PDF> (23 de enero 2012), y el Reglamento (CE) N° 45/2001, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:008:0001:0022:es:PDF> (23 de enero de 2012). Véase también *Bavarian Lager v Comisión* T-194/04.

Lo anterior se relaciona a los considerandos de la Reglamento, donde se hace hincapié en que, si bien en principio todos los documentos deben ser accesibles al público, las Instituciones deben poder proteger sus procesos internos de deliberación y consulta cuando ello resulta necesario para cumplir sus cometidos. En todo caso, del texto del Reglamento se puede deducir que la excepción es más amplia antes de que la decisión respectiva se haya adoptado, pues posteriormente sólo se aplicaría a ‘opiniones’.²⁶⁶

En todo caso, todas las excepciones tienen un límite temporal: sólo proceden mientras se justifique la protección (según sea el contenido del documento), la que en principio no puede extenderse por más de 30 años. Dicho plazo, sin embargo, puede ampliarse si la protección es necesaria y sólo cuando se intente proteger la intimidad, intereses comerciales o documentos sensibles.

En el caso que se trate de documentos de terceros, y no haya claridad acerca de la aplicación o no de una excepción, se debe consultar a tales terceros. Si se trata de un documento de un Estado Miembro, aquel puede solicitar que el documento no sea entregado.

Cabe destacar que las excepciones pueden cubrir sólo secciones de un documento, en cuyo caso el resto debe ser divulgado.²⁶⁷

Finalmente, es necesario hacer presente que en materia ambiental existe normativa específica en relación al acceso en manos de autoridades públicas, en particular la Directiva 2003/4/EC²⁶⁸ y el Reglamento 1367/2006,²⁶⁹ el cual implementa la Convención de Aarhus de 1998.²⁷⁰

Considerando todo lo anteriormente expuesto, es posible inferir que si bien no existe normativa expresa, los e-mails de funcionarios de las Instituciones si quedarían incluidos en la amplia definición de documentos sujetos al acceso del público.²⁷¹ Ello siempre y cuando se refieran a las políticas, acciones y decisiones que sean de competencia de la institución, lo que excluiría los e-mails de contenido privado.

No obstante lo anterior, y siguiendo la misma lógica, los e-mails de los funcionarios de las Instituciones podrían acogerse a iguales excepciones que los otros documentos públicos, incluyendo la protección de las deliberaciones internas de las Instituciones

²⁶⁶ Cf. BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 387.

²⁶⁷ Confirmado por la CEJ en *Access InfoEurope v Consejo de la Unión Europea* T-233/09 para. 56.

²⁶⁸ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:041:0026:0032:EN:PDF> (21 de enero 2012).

²⁶⁹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:264:0013:0019:ES:PDF> (21 de enero 2012).

²⁷⁰ Disponible en <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> (20 de enero 2012).

²⁷¹ Cf. BOUDREZ AND EYNDE, "Digitale Archivering in Vlaamse Instellingen en Diensten" (Faculteit Rechtsgeleerdheid, Leuven 2002), p. 31.

3.4. Jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia²⁷²

Si bien nuestra investigación no ha revelado casos en que la CEJ se haya pronunciado expresamente acerca del derecho de acceso a los e-mails de funcionarios, existe jurisprudencia en la que se asume que tales e-mails caben dentro de la categoría de documentos públicos sujetos al derecho de acceso.²⁷³ Adicionalmente, la CEJ ha fallado que lo importante para analizar una solicitud de acceso y aplicar, en su caso, excepciones, es el contenido y no el medio o forma de registro.²⁷⁴

En cuanto a las excepciones al derecho de acceso a los documentos en poder de las Instituciones, la ECJ ha afirmado que aquellas son taxativas²⁷⁵ (si bien no son excluyentes y pueden concurrir)²⁷⁶, y que deben interpretarse en forma estricta.²⁷⁷ Como contrapartida, de comprobarse la procedencia de una excepción absoluta, las Instituciones están obligadas a no entregar el documento correspondiente.²⁷⁸

En relación al análisis que deben realizar las Instituciones para determinar si un determinado documento queda subsumido en una excepción al derecho de acceso, este debe ser concreto sobre el documento específico de que se trata y no genérico (i.e., aplicable a todos los documentos del mismo tipo)²⁷⁹, salvo que dicho examen sea extremadamente gravoso y más allá de lo razonable.²⁸⁰

Tratándose del perjuicio invocado, y en particular cuando la excepción se refiere a la protección del proceso deliberativo interno, se debe tratar de un daño “razonablemente previsible” y no puramente hipotético.²⁸¹ Adicionalmente, su eventualidad debe demostrarse en forma “concreta y efectiva”, no bastando hacerlo en forma puramente abstracta.²⁸² En efecto, se requiere una justificación objetiva en base a evidencia, y no meras impresiones o convencimientos de las Instituciones.²⁸³ Más aún, la CEJ ha exigido un daño “grave” o “serio”, lo cual implica un “impacto sustancial” sobre el proceso deliberativo, lo que a su vez debe analizarse a la luz de las circunstancias del caso.²⁸⁴

²⁷²Sólo se ha considerado la jurisprudencia posterior a la vigencia del Reglamento.

²⁷³*Williams v Commission* T-42/05; *Borax v Commission* T-166/05.

²⁷⁴*Borax v Commission* T-166/05 para. 108; *Borax v Commission* T-121/05 para. 73.

²⁷⁵Cf. *Ibid.* para. 41; *Ibid.* para. 34.

²⁷⁶*Williams v Commission* T-42/05 para. 126.

²⁷⁷*Access InfoEurope v Consejo* T-233/09 para. 55; *Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.145 y 147; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 143; *Muniz v Commission* T-144/05 para. 88; *MyTravel v Commission* C-506/08 para. 75; *Verin Fur Konsumenteninformation* T-2/03 para. 112.

²⁷⁸*WWF v Council* T-264/04 para.44; *Sison v Council* C-266/05 para. 46.

²⁷⁹*Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.146 y 151; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 143.

²⁸⁰*VerinFurKonsumenteninformation* T-2/03 para. 112.

²⁸¹*Access InfoEurope v Consejo* T-233/09 para. 59; *Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.141; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para 140; *Borax v Commission* T-166/05 para. 44; *Borax v Commission* T-121/05 para. 63; *Muniz v Commission* T-144/05 para. 74; *MyTravel v Commission* C-506/08 para. 76.

²⁸²*Access InfoEurope v Consejo* T-233/09 para. 59; *Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.144; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 140; *Borax v Commission* T-166/05 para. 44; *Borax v Commission* T-121/05 para. 63; *MyTravel v Commission* C-506/08 para. 76 y 110.

²⁸³*Muniz v Commission* T-144/05, 90-91.

²⁸⁴*Agrofert Holding v Commission* T-111/07 para.142; *Editions Jacob v Commission* T-237/05 para. 141; *Muniz v Commission* T-144/05 para. 75.

En cuanto al interés público envuelto, la CEJ ha fallado que en su determinación no debe considerarse el interés particular del solicitante.²⁸⁵ Adicionalmente, Birkinshaw sostiene que la CEJ habría declarado que los principios generales de apertura y transparencia que inspiran el Reglamento podrían ser considerados por las Instituciones como ‘interés público superior’ para los efectos de no aplicar una excepción.²⁸⁶

Si bien se ha señalado que la revisión judicial de las decisiones administrativas que deniegan información ha sido más bien deferente,²⁸⁷ esto pareciera aplicarse sólo a las excepciones absolutas. En ese contexto, la CEJ ha señalado que el examen de legitimidad que realiza de la decisión administrativa de denegar la divulgación de documentos se limita a verificar que se haya seguido el procedimiento adecuado para adoptar la decisión; que se haya cumplido con el deber de fundamentar; que no se haya cometido un error manifiesto en la apreciación de los hechos, y que no exista ‘abuso de poder’.²⁸⁸

Finalmente, en relación al deber de fundamentar el rechazo a la entregar un documento solicitado, este puede cumplirse en forma breve. El contexto relevante en esta materia, ya que podría hacer innecesario invocar todos los hechos o incluso todos los puntos jurídicos en discusión, particularmente si tal omisión intenta evitar un daño al bien que se intenta proteger.²⁸⁹ Lo importante es que se aprecie el raciocinio de la Institución en forma clara e inequívoca, de forma de permitir a los interesados identificar las razones detrás de la decisión, y a las cortes la revisión de las mismas.²⁹⁰

²⁸⁵ *Sison v Council* 266/05 para. 43 y 47.

²⁸⁶ Cf. BIRKINSHAW, Paul, ob. cit., p. 386, basándose en el fallo de *Turco v Council* C-39/05 y C-52/05 (acumulados). Su interpretación del caso, sin embargo, nos parece debatible.

²⁸⁷ COPPEL, P., ob. cit., p. 103-104.

²⁸⁸ *Sison v Council* 266/05 para. 34 y 64; *WWF v Council* T-264/04 para. 40.

²⁸⁹ Ibid. para. 80-83; *Co-Frutta v Commission* T-355/04 y T-446/04 para. 100-101; *Terezakis v Commission* T-380/04 para. 70-71; *Williams v Commission* T-42/05 para. 94-96.

²⁹⁰ Cf. *Sison v Council* 266/05 para. 80; *Co-Frutta v Commission* T-355/04 y T-446/04 para. 99-100; *Terezakis v Commission* T-380/04 para. 70; *Williams v Commission* T-42/05 para. 94.

IV. CONCLUSIONES

No existe en los ordenamientos jurídicos revisados normativa legal directamente atinente a la privacidad/publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos. En consecuencia, se aplican las reglas generales sobre acceso a la información pública, conforme a las cuales, los correos electrónicos serán revelables si se consideran como “documentos públicos”, y siempre que no concurra alguna de las excepciones genéricas previstas en el ordenamiento respectivo. Entre tales excepciones destacan particularmente la protección de la vida privada y el resguardo de las deliberaciones internas de los organismos gubernamentales. Mientras la primera vela por un derecho fundamental, la segunda protege la efectividad de las decisiones gubernamentales y la calidad de los procesos para adoptarlas.

En términos generales, en Estados Unidos, Inglaterra y Canadá -países que cuentan con Leyes de Acceso a la Información Pública- se considera que los correos electrónicos de funcionarios públicos son documentos públicos si existe vinculación entre la información solicitada y el desempeño público del funcionario. Por ello que, hablando estrictamente respecto de los correos electrónicos, en tales países ha padecido cierta relativización el principio de que toda la información que obra en poder de una autoridad es pública a menos que una excepción justifique lo contrario, pues el elemento decisivo para determinar la publicidad o privacidad es el contenido del e-mail, esto es, su incidencia en la función pública que el funcionario desempeña, no su ubicación en cuentas oficiales o privadas. En cambio, si se consideran como “documentos públicos” por la referida vinculación con la función pública, pero se encuentran resguardados por algunas de las excepciones al derecho de acceso, puede tener lugar un proceso de balance con el fin de determinar si, en definitiva, prevalece el interés protegido por la excepción o el interés público en la revelación de la información.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos considera a los e-mails, incluyendo aquellos de funcionarios públicos, como correspondencia generalmente sujeta a la garantía de privacidad. Así, el acceso a los mismos requeriría que su contenido no fuera privado, o que se sujetara a ciertos estándares, tales como consagración legal, previsibilidad del acceso, procedimientos adecuados, entre otros. Esto podría cambiar de aprobarse el actual borrador de “Convención sobre Acceso a Documentos Oficiales” (que recoge recomendaciones vigentes pero no vinculantes del Consejo Europa), la cual permitiría el acceso a los e-mails de funcionarios públicos, siempre y cuando no concurriera una excepción, tales como la privacidad de los mismos y la afectación de las deliberaciones entre autoridades públicas. Tales excepciones, empero, no serían absolutas frente a la existencia de un interés público mayor en la entrega de información.

La Corte de Justicia de la Unión Europea asume que existe un derecho de acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, derecho que según la normativa vigente en la Unión será operativo siempre que los e-mails se consideren “documentos públicos” (pertinentes a asuntos públicos y no a materias privadas) y que no concurra alguna de las excepciones previstas en dicha normativa (e.g., la protección del proceso deliberativo interno de las instituciones). La Corte de Justicia ha tendido a una interpretación estricta y exigente de

tales excepciones, lo que parece reflejar un creciente compromiso de la Unión Europea con el acceso a la información pública (el cual quedó claramente reflejado en el Tratado de Lisboa de 2009).

España es un caso particular, dado que no existe Ley de Acceso a la Información Pública, por lo que el contenido privado de los correos electrónicos se encuentra protegido especialmente por el derecho fundamental a la protección de datos personales, en cuya virtud se ha afirmado que la disposición de la información propia alcanza incluso a los datos personales, estén ellos o no contenidos en un soporte particular o público. En el Anteproyecto de Ley sobre la materia, los datos personales privados (sensibles) están absolutamente vedados de ser conocidos por la vía de una solicitud de acceso a la información pública y los datos personales no íntimos podrán salvarse de ser develados si se estima que un interés público justifica la retención de los mismos.

En materia de resguardo de derechos involucrados, en EEUU existe una revisión judicial directa. En Inglaterra y Canadá, en cambio, la hay previa intermediación de una entidad administrativa. En España, el derecho de acceso se ha estimado que no es derecho fundamental por lo que no es recurrible ante el Tribunal Constitucional.

V. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

1. Libros, Artículos de revista y capítulos de libros

(Sin autor), "Taking out the context: A Critical Analysis of Associated Press v. Canterbury", en *West Virginia Law Review* 113, 2010.

ÁLVAREZ RICO, MANUEL; ÁLVAREZ RICO, ISABEL: "Derecho de Acceso a los Archivos y registros administrativos en la nueva ley de régimen jurídico de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", en *Revista de Administración Pública*, Nº 135, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ALASDAIR, ROBERT, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge University Press, New York, 2006.

BARRATT, P, "Introduction and Background to the Law" in P Carey and M Turler (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, London 2006.

BIRKINSHAW, PAUL, *Freedom of Information: the Law, the Practice and the Ideal*, 4 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

BROOKE, H., *Your Right to Know. How to Use the Freedom of Information Act and Other Access Laws*, Pluto Press, London, 2005.

CASTRO, JULIÁN, "El Federalismo en Canadá ayer y hoy" en (Ibarra, Guillermo y Ruelas, Ana Luz: coord.) *México y Canadá en la Globalización*, México D.F., Porrúa, 2010.

COOK, MEREDITH, *Balancing the Public Interest: Applying the Public Interest Test to Exceptions in the UK Freedom of Information Act 2000*, UCL, Londres, 2003.

COPPEL, PHILIP., *Information Rights. Law and Practice*, 3 ed. Hart, Oxford, 2010.

CRAIG, JDR AND OLIVER, HD, "The Right to Privacy in the Public Workplace: Should the Private Sector be Concerned?", en *Industrial Law Journal* 27, 1998.

DARBISHIRE HELEN, "Access to Information: A Fundamental Right, A Universal Standard", en *Access Info Europe* 29, 2012.

DICEY, AV, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8 ed., London, 1908.

DE CARRERAS SERRA, LUÍS, *Régimen jurídico de la Información. Periodistas y Medios de Comunicación*. Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

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 Libre de Derecho*, México, vol. 12, 1988.

FELDMAN, DAVID, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, 2 ed., OUP, Oxford, 2002.

FRED CATE, ANNETE FIELDS AND JAMES MCBAIN: “The Right to Privacy and the Public’s Right to Know: the ‘central purpose’ of the Freedom of Information Act” en *Administrative Law Review* 41, 1994.

GALL, GERALD L., *The Canadian Legal System*, Calgary, Carswell, 1995.

GUICHOT, EMILIO, “Publicidad registral y derecho a la privacidad. Una necesaria conciliación”, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2006.

GUICHOT, EMILIO, “Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas”, Documento de trabajo 170/2011, *Fundación Alternativas*, Madrid, 2011.

GUICHOT, EMILIO, “Acceso a la información y protección de datos. Estado de la cuestión. Transparencia Administrativa y Protección de Datos Personales”, Madrid, 2008.

HALSTUK, Martin.E. , “Blurred Vision: The Supreme Court’s FOIA Opinions on Invasion of Privacy”, en C. N. Davis y Sigman L. Splichal (eds.), *Acces Denied. Freedom of Information in the Information Age*, Iowa State University Press, Ames, 2000.

HAZELL, ROBERT; WORTHY BEN; GLOVER MARK, *The Impact of the Freedom of Information Act on Central Government. Does the FOI work?*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2010.

HINS WOUTER AND VOORHOOF DIRK, "Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention of Human Rights", en *European Constitutional Law Review* 3, 2007.

HOLSEN SARAH AND AMOS JIM., “A Practical Guide to the UK Freedom of Information Act 2000” www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/115.pdf

JÄDERBLOM H., "European Standards for Public Access to Official Information" <http://www.presserecht.de/index.php?option=com_content&task=view&id=488&Itemid=127>

MACDONALD, JOHN; CRAIL, ROSS; JONES, CLIVES, *The Law of Freedom of Information*, 2 ed. Oxford University Press, Oxford, 2009.

MORINEAU, MARTA, *Una introducción al Common Law*, Estudios Jurídicos UNAM, México D.F., 2001.

MURILLO DE LA CUEVA, LUCAS, "Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)", en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

NEELY, Alfred S., *Administrative Law in West Virginia*, Michie Co. ed. W. Virginia, 1982.

OVEYCLAREY WHITE ROBIN, *Jacob and White: the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2002.

SHARPE AND BIGG, "The Right of Access", en P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, Londres, 2006.

STEAD ALAN, *Information Rights in Practice. The Non-Legal Professional's Guide*, Facet, London, 2008.

SUMMERILL, JOSEPH, *The Federal Lawyer*, Editorial Civil Practice, Virginia, 2010.

TAYLOR, LINDSAY J., "Griffis v. Pinal County: Estableciendo cuando los correos personales de un funcionario público son documentos públicos sujetos a revelación", en *Arizona Law Review*, Arizona, 49, 2007.

TROMP, STANLEY L., *Fallen Behind: Canada's Access to Information Act in the World Context*, Canada, 2008.

TURLE, MARCUS, *Freedom of Information Manual*, Sweet & Maxwell, Londres, 2005.

TURLE, MARCUS, "Qualified Exceptions" en P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, London 2006.

WADHAM ET AL., *The Freedom of Information Act 2000 (Blackston's Guide)*, 4 ed. Oxford University Press, Oxford 2011.

WATKINS, JOHN & PELZ, RICHARD, *The Arkansas Freedom of Information Act*, 4th ed., Arkansas Law Press, Arkansas, 2004.

WHITE, A., "Relationship Between Freedom of Information and Data Protection" in P Carey and M Turle (eds), *Freedom of Information Handbook*, The Law Society, London 2006.

2. Jurisprudencia

2.1. Estados Unidos

Department of State v. Washington Post Co. 456U.S. 595, 602(1982)

Dept. of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press 489 U.S. 749 (1989)

Dept. of the Air Force v. Rose 425 U.S. 352 (1976)

FBI v. Abramson 456 U.S. 615 (1982)

Dept. of Justice v. Reporters Committee 489 U.S. 749 (1989)

Dept. of State v. Ray 502 U.S. 164 (1991)

Dept. of Defense v. Federal Labor Authority 510 U.S. 487 (1994)

Bibles v. Oregon Natural Desert Assn. 519 U.S. 355 (1997)

National Archives & Records Administration v. Favish 541 U.S. 157 (2004)

Hechler v Casey Hechler v Casey, 333 S.E. 2d 799, 808 (W. Va 1985)

Daily Gazette Co. v. W. Va. Board of Med., 325 S.E. 2d 66 (W. Va 1986).

Griffis v. Pinal County 156 P.3d 418 (Ariz. 2007)

Associated Press v. Canterbury 688 S.E.2d 317 (W. Va. 2009).

2.2. Canadá

City of Ottawa v. Ontario (2010) ONSC 6835.

2.3. Inglaterra

Department for Culture, Media and Sport v Information Commissioner, EA/2007/0090

Guardian Newspaper Limited and Heather Brooke v Information Commissioner and British Broadcasting Corporation, EA/2006/0011 and EA/2006/0013

Department for Education and Skills v Information Commissioner and Evening Standard, EA/2006/0006

HM Treasury v Information Commissioner, EA/2007/0001

Scotland Office v Information Commissioner, EA/2007 /0128

Secretary of State for Work and Pensions v Information Commissioner, EA/2006/0040

Cabinet Office v Information Commissioner, EA/2010/00027

Scotland Office v Information Commissioner, EA/2007 /0128

McIntyre v Information Commissioner, EA/2007/0068

Chief Constable of Surrey Police v Information Commissioner, EA/2009/0081

University of Central Lancashire v Information Commissioner and David Colquhoun, EA/2009/0034

Hogan and Oxford City Council v Information Commissioner, EA/2005/0026 y EA/2005/0030

John Connor Press Associates Limited v Information Commissioner, EA/2005/0005

2.4. España

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 161/1988

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 254/1993

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 114/1984

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 202/1999

Sentencias Tribunal Constitucional Español, 11/1998

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 49/1999

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 292/2000

Sentencia Tribunal Constitucional Español, 173/2011

2.5. Corte Europea de Derechos Humanos

Evans v. United Kingdom, 6339/05

Leander v Sweden, 9248/81

Guerra v Italy, 116/1996/735/932

Sîrbuv. Moldova, 73562/01, 73565/01, 73712/01, 73744/01, 73972/01 y 73973/01

Roche v United Kingdom, 32555/96

Sdružení Jihočeské Matky v République Tchèque, 19101/03

Társagág a Szabadságjogokért v Hungary, 37374/05

KH v Slovakia, 32881/04

Roche v United Kingdom, 32555/96

McGingley and Egan v United Kingdom, 10/1997/794/995-996

Öneryildiz v Turkey, 48939/99

Copland v United Kingdom, 62617/00.

Liberty v United Kingdom, 58243/00

Kennedy v United Kingdom, 26839/05

Halford v United Kingdom, 20605/92

Amann v. Switzerland, 27798/95

Heino v Finland, 56720/09

K.U. v Finland, 2872/02

Gillberg v Sweden, 41723/06

2.6. Corte de Justicia de la Unión Europea (Unión Europea)

Williams v Commission, T-42/05

Borax v Comission, T-166/05

Borax v Comission, T-121/05

Access InfoEurope v Consejo de la Unión Europea, T-233/09

Agrofert Holding v Commission, T-111/07

Editions Jacob v Commission, T-237/05

Muniz v Commission, T-144/05

Verin Fur Konsumenteninformation, T-2/03

WWF v Council, T-264/04

Sison v Council, C-266/05

MyTravel v Commission, C-506/08

Terezakis v Commission, T-380/04