

Informe en Derecho

Doctrinas sobre el acceso a la información en decisiones divididas del Consejo para la Transparencia.

Análisis de los votos disidentes, dirimientes y concurrentes en las decisiones del CplT.

5 de febrero de 2015

Andrés Pavón Mediano*

* Abogado. MSc in Regulation, London School of Economics and Political Science. Postgraduate student, School of Public Policy, University College London. El presente informe contó con la valiosa colaboración del Abogado, Sr. Gonzalo Vergara, tanto en la búsqueda de jurisprudencia como en su sistematización.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. ANÁLISIS CUANTITATIVO	5
III. DOCTRINAS EN LAS DECISIONES DIVIDIDAS DEL CPLT	8
III.1. SOBRE EL ALCANCE DEL DAIP O ACERCA DEL SENTIDO DEL ART. 5º INC. 2º LT	9
III.1.1. Primera jurisprudencia de mayoría: Interpretación literal o estricta del art. 5º inc. 2º LT y el alcance del DAIP en sentido amplio.....	10
III.1.2. Disidencia inicial y posterior doctrina de mayoría: Interpretación conforme a la Constitución del art. 5º inc. 2º LT, con efecto restrictivo sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada.....	13
III.1.3. La órbita de control directo de la información como criterio de determinación del alcance del DAIP y su vinculación con la información privada.....	20
III.1.4. Observaciones	22
III.2. ACCESO A INFORMACIÓN SINDICAL	23
III.2.1. Posición mayoritaria inicial. La información sindical como información pública..	23
III.2.2. Doctrina disidente Consejero Olmedo: La protección de la autonomía sindical y la protección de datos personales como fuente de reserva	29
III.2.3. Doctrina Disidente Consejero Jaraquemada: La información sindical como información privada.....	29
III.2.4. Doctrina unánime: La afiliación sindical como dato personal	30
III.2.5. Observaciones	33
III.3. SOBRE EL ACCESO A CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	34
III.3.1 Jurisprudencia de mayoría. Los correos electrónicos institucionales que versan sobre el ejercicio de funciones públicas constituyen información pública	34
III.3.2. Doctrina de minoría. Los correos electrónicos institucionales constituyen comunicaciones privadas.....	37
III.3.3 Postura unánime. Sobre el acceso a correos electrónicos institucionales en situaciones específicas	40
III.3.4 Observaciones	41
III.4. SOBRE EL ALCANCE DEL SECRETO DE SUMARIO (ART. 137 EA)	42
III.4.1. Presupuesto interpretativo común: reconducción material del art. 137 EA	43
III.4.2. Jurisprudencia mayoritaria inicial: la resolución que instruye un sumario administrativo y sus documentos fundantes no forman parte del objeto protegido por el art. 137 EA.....	43
III.4.3. Disidencia y actual jurisprudencia unánime: el secreto de sumario alcanza tanto la resolución que instruye el sumario como sus documentos fundantes	45
III.4.4. Observaciones	46
III.5. SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES.....	47
III.5.1. Sobre el alcance del concepto de “fuente accesible al público” en la LPDP	47
III.5.2. Sobre el alcance del concepto de dato sensible en la LPDP	49
A. Sobre el alcance del concepto de dato sensible como estado de salud.....	50
B. Sobre el alcance del concepto de dato sensible como “hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad de la persona”.....	51
III.5.3. Sobre la aplicación de el test de interés público y el principio de finalidad.....	52
III.6. INFORMACIÓN SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS	56
III.6.1. Sobre la evaluación psicolaboral del candidato ganador	57
III.6.2. Sobre el carácter reservado de la identidad de los candidatos no seleccionados y los efectos de la falta de emplazamiento	61
III.6.3. Sobre el carácter reservado de la evaluación psicolaboral de un candidato no electo en concursos no adscritos al SADP	62
III.7. OTROS CASOS RELEVANTES	64
III.7.1. Sobre el acceso a información económica de las personas jurídicas.....	64
III.7.1.1. Sobre el acceso a las deudas tributarias de las personas jurídicas	64
III.7.1.2. Sobre el acceso a la identidad de los donatarios de organismos públicos.....	68

III.7.1.3. Observaciones	70
III.7.2. Sobre la aplicabilidad de normas de secreto al solicitante interesado en un procedimiento administrativo en los términos de la LPA	71
III.7.3. Sobre la aplicación de la LT a las empresas públicas.....	72
IV. CONCLUSIONES	75

I. INTRODUCCIÓN

Objeto del informe en Derecho. El Consejo para la Transparencia (CplT) me ha requerido el presente informe en Derecho con el objeto de sistematizar sus decisiones con votación de minoría e identificar y revisar las doctrinas que dichas votaciones contienen. En particular, conforme a los términos del requerimiento, el informe tiene por objeto (i) sistematizar las votaciones de minoría del CplT por ejes temáticos; (ii) identificar las votaciones de minoría en que aparece una posición doctrinaria clara, revisando su consistencia; (iii) exponer el efecto del voto dirimente del Presidente del Consejo en la conformación de la jurisprudencia del CplT; y (iv) dar cuenta del impacto de las votaciones disidentes en las sentencias judiciales que revisan decisiones divididas del CplT.

Relevancia. El estudio de las votaciones de minoría de un órgano colegiado que ejerce jurisdicción, como lo es el CplT¹, resulta relevante tanto a nivel intra-institucional como para los operadores jurídicos. Primero, a nivel intra-institucional, la claridad del juzgador sobre su posición dogmática en un asunto asegura la consistencia de sus votaciones y alerta sobre posibles cambios en ella. En segundo lugar, si bien las decisiones que contienen votaciones de minoría son marginales respecto del total de decisiones que emite el órgano, éstos aparecen en los denominados “casos difíciles”, es decir, aquellos que en los que la regla legal para su resolución es incompleta, ambigua o sobre su sentido personas informas pueden estar en razonable desacuerdo.² Por lo tanto, son decisiones que demandan una labor interpretativa mayor al juzgador y, como resultado de ello, normalmente dan cuenta de posiciones dogmáticas que serán aplicadas por estos en casos futuros.³ Finalmente, el estudio de las decisiones divididas del Consejo permite dimensionar la importancia del voto dirimente de su Presidente en la configuración de su jurisprudencia. Esto último es especialmente importante en el caso del CplT, por tratarse de un órgano colegiado de integración par (4 Consejeros)(art. 36 LT), que debe adoptar sus decisiones por la mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resuelve su Presidente (art. 40 LT), lo que en teoría de juegos se denomina un “jugador con poder de veto”⁴.

Alcance del informe. El informe analiza las decisiones del CplT que contienen votaciones de minoría desde su instalación en 2009 hasta septiembre de 2015. Para los fines de este informe, se entiende por votaciones de minoría aquellas que se pronuncian sobre el fondo del asunto debatido, ya sea como votos concurrentes o disidentes. En particular, el análisis se centra en aquellos casos en que el voto de minoría se refiere al eje de la decisión (*ratio decidendi*) y desarrolla una doctrina jurídica, no así aquellos votos que se refiere a elementos accesorios de la decisión (*obiter dictum*) o donde no se desarrolla una nueva doctrina. El informe prioriza el desarrollo de materias en las que la variabilidad en las decisiones de mayoría, ya sea producto del voto dirimente o los cambios de integración del Consejo Directivo, dificultan a los operadores jurídicos la identificación de una jurisprudencia clara en las decisiones del CplT.

Conforme a lo anterior, usando la base de jurisprudencia del CplT⁵ fueron analizadas 106 decisiones con voto disidente, 37 decisiones con voto concurrente y 31 decisiones con voto dirimente. Además, se revisaron las sentencias de Cortes de Apelaciones, Corte Suprema y Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre las decisiones divididas del Consejo. De todas ellas se da cuenta en la matriz de casos adjunta a este informe.

Secciones. El informe se divide en IV secciones. La sección II presenta los resultados de un análisis cuantitativo de los casos, mostrando la frecuencia de las votaciones de minoría en las decisiones del Consejo, el tipo de votación de cada consejero y el nivel de coincidencia entre

¹ Sobre las potestades jurisdiccionales del CplT, véase Bordalí, A. (2010) Aspectos procesales de la Ley Nro. 20.285. Informe en Derecho para el Consejo para la Transparencia; también véase Rajevic, E. (2010) El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente. En Enrique Rajevic y Raúl Letelier (eds.) *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago, LegalPublishing. pp. 241-248

² Dworkin, R.. (1975). Hard Cases. *Harvard Law Review*, 88(6), 1057–1109. <http://doi.org/10.2307/1340249>

³ Esto es particularmente claro en el caso del CplT, toda vez que en sus decisiones abundan referencias a sus criterios pasados, en una suerte de configuración de precedente. Para un análisis de la jurisprudencia inicial del CplT véase Rajevic, E. (2009). La Jurisprudencia Inicial del Consejo para la Transparencia. *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)* N° 22. pp.41-7.

⁴ Tsebelis, G. (2002) *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton University Press.

⁵ Disponible en: <http://productos3.legalpublishing.cl/CPLT/modulos/pages/busqueda.asp>

Consejeros al tiempo de resolver las controversias que les han sido presentadas, ya sea actuando conjuntamente como disidentes o mayoría. En la sección III se expone una sistematización de las doctrinas desarrolladas por la minoría en ejes temáticos específicos, identificando los alcances de las contraposiciones doctrinarias entre la mayoría y la minoría. Siete ejes temáticos son analizados en esta sección. En primer lugar, se revisan las doctrinas sobre el alcance del derecho de acceso a la información pública (DAIP) que han formulados los consejeros, a partir de su interpretación del artículo 5, inciso 2, de la Ley de Transparencia (LT), distinguiendo entre una interpretación literal o estricta de dicha norma y otra conforme a la Constitución con efectos restrictivos (III.1). Luego, se revisan las decisiones divididas sobre acceso a información sindical en poder de las Inspecciones del Trabajo, donde las doctrinas sobre el alcance del DAIP han sido particularmente desarrolladas (III.2). En tercer lugar, el informe da cuenta de las doctrinas resueltas sobre el carácter público o secreto de los correos electrónicos, de cara al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones contenido en el art. 19 Nro. 5 de la CPR (III.3). Posteriormente, se analizan las decisiones divididas que definen el alcance del secreto de sumario administrativo respecto de la resolución que lo ordena y sus antecedentes fundantes (III.4) En quinto lugar, se analizan las doctrinas de minoría más relevantes en materia de protección de datos personales, particularmente, la lógica del análisis que subyace a los casos que involucran datos personales, y aquellas doctrinas que determinan el alcance de los conceptos de fuente accesible al público y datos sensibles (III.5). En la sección seis el informe sistematiza las contraposiciones doctrinarias al interior del CplT en materia de acceso a información sobre concursos públicos (III.6). Finalmente, se identifican otras contraposiciones doctrinarias relevantes, pues han servido para definir el alcance de la LT y su armonización con la Ley de Procedimiento Administrativo, así como resolver el acceso a información de personas jurídicas en materia de deudas tributarias y donaciones a organismo públicos, entre las que se reconoce el derecho a la honra de dichas entidades (III.7). La sección IV concluye el informe, exponiendo las principales implicancias de sus hallazgos. Finalmente, en los Anexos I a VIII se identifican y resumen los argumentos expuestos por la mayoría y la minoría en cada decisión dividida del CplT, agrupándolos por ejes temáticos para su consulta futura.

II. ANÁLISIS CUANTITATIVO

La jurisprudencia del minoría del CplT es cuantitativamente marginal respecto del universo de decisiones de fondo emitidas por dicho organismo. En efecto, a septiembre de 2015 el CplT resolvió un total de 6.397 decisiones de fondo⁶, de las cuales el 2% contienen votaciones de minoría.

La Tabla 1 expone el total de decisiones con votos de minoría –esto es, con voto disidente y/o concurrente–, el número de recursos judiciales interpuestos en su contra y el tipo de voto.⁷ Los resultados muestran lo siguiente: (I) Las *materias más frecuentes* en las decisiones con votación de minoría han sido aquellas que se pronuncian sobre el acceso a correos electrónicos (26), el alcance del artículo 5, inciso 2, LT respecto de la información solicitada (18) y el acceso a información sindical (13). (II) Las decisiones con *voto disidente* representan la mayor parte de las votaciones de minoría del Consejo (106), mientras que los *votos concurrentes* son minoritarios (37). (III) El *voto dirimente* ha sido utilizado por el Presidente del Consejo en 31 ocasiones, lo que representa un 21.9% del total de decisiones de minoría. El Consejero Ferreiro fue quien utilizó dicha atribución en más oportunidades (15), principalmente al resolver en favor de la publicidad de correos electrónicos (6)⁸ y una interpretación restrictiva sobre el alcance del secreto de sumario (7)⁹. (IV) En el 29% de los casos las decisiones divididas han

⁶ CplT. Reporte estadístico. Septiembre 2015. Disponible en: http://extranet.consejotransparencia.cl/web_rsw/paginas/VerInformacion.aspx (consulta: 20.12.2015)

⁷ Cabe precisar que para los efectos de este informe aquellas decisiones que acumulan y resuelven más de un amparo son contabilizadas como una sola decisión. Además, dado que una decisión puede contener votos concurrentes y disidentes a la vez, la suma de éstos no corresponde al total de decisiones de minoría.

⁸ Decisiones Roles Nros. C333-12, C712-11, C939-12, C940-12, C1452-12 y C1606-12.

⁹ Decisiones Roles Nros. C575-12, C669-12, C851-12, C860-12, C861-12, C954-12 y C1660-12,

sido objeto de *recursos judiciales* (41 recursos), concentrándose éstos en las decisiones sobre el acceso a correos electrónicos (14), donde el 57.6% de las decisiones fueron sujetas a revisión por tribunales superiores. Así las cosas, no existe una correlación entre la votación dividida al interior del Consejo y su posterior revisión en sede judicial. Ello es esperable, pues las causas o motivos para impugnar una decisiones en sede judicial son siempre múltiples.

Tabla 1. Decisiones con votos de minoría por materia, recursos judiciales en su contra y tipos de voto

Materia	Total	Disidentes	Concurrentes	Dirimentes					Recursos
				AF	JJ	JPO	RU	Total	
Concursos	12	12	0	0	0	2	1	3	4
Correos	26	20	6	6	1	0	0	7	14
Otros	35	10	1	1	0	1	1	3	2
Otros relev	14	11	3	0	0	0	0	0	7
Sumario	11	9	9	7	1	0	1	9	5
Info. Privada	18	22	13	0	1	0	0	1	2
Datos personales	11	11	5	1	1	0	2	4	2
Info Sindicatos	13	11	0	0	1	0	3	4	5
Total general	140	106	37	15	5	3	8	31	41

Un análisis en detalle de los resultados de los recursos judiciales en contra de las decisiones divididas del Consejo es presentado en Tabla 1.1. En primero lugar, el análisis muestra que el 41% de las sentencias que ponen término al procedimiento de acceso a la información en sede judicial confirman lo resuelto por la posición de mayoría, y lo mismo ocurre respecto de la posición de minoría. Tratándose de un análisis cuantitativo, esto no debe entenderse como un respaldo a la particular doctrina de mayoría o minoría, sino como la adopción de una resolución coincidente con alguna de las propuestas dicotómicas (publicidad/reserva) entre mayoría y minoría. La sección analítica explora en qué medida los tribunales han adoptado los argumentos de la minoría como base para la revisión de las decisiones del Consejo. Además, dado que en determinados tópicos el CplT ha adoptado los resultados de la doctrina de minoría como jurisprudencia mayoritaria (v.gr. información sindical), la contabilización aquí presentada no debe asignarse, automáticamente, a una particular doctrina de mayoría o minoría. En segundo lugar, aquellas decisiones divididas que sólo contienen voto concurrente y que han sido objeto de una sentencia que resuelve en línea con la decisión del CplT, sin pronunciarse categóricamente a favor de una u otra posición doctrinaria, han sido categorizadas como respaldo a la posición “unánime” del CplT. Ellos representan el 8% de los casos. Por último, se han contabilizado los reclamos de ilegalidad desistidos (3) y aquellos rechazados por falta de legitimidad activa del reclamante (1), lo que corresponde al 8% y 2% de los casos, respectivamente.

Tabla 1.1. Resultado de recursos judiciales según respaldo a posición doctrinaria al interior del CplT

Resultado Judicial	Concursos	Correos	Datos personales	Info Sindicatos	Info. Privada	Otros	Otros relev	Sumario	Total	%
Desistido		3							3	8%
Mayoría	2	4	1	3	1		2	4	17	41%
Minoría	2	6	1	3	2	2		1	17	41%
Rechazo formal				1					1	2%
Unánime		1			2				3	8%
Total general	4	14	2	7	5	2	2	5	41	100%

El tipo de votación de cada consejero según las materias o ejes temáticos previamente descritos se muestra en la Tabla 2. Los resultados señalan que el Consejero Ferreiro es quien con mayor frecuencia participó en los votos de mayoría de las decisiones divididas (92), seguido por la Consejera Blanlot (50) y el Consejero Urrutia (45). Por su parte, el Consejero Jaraquemada formuló el mayor número de disidencias (51) y concurrencias (24), seguido por los Consejeros Santa María, Olmedo y Urrutia en cuanto a las disidencias (19) y por el Consejero Olmedo en cuanto a las concurrencias (13).

Tabla 2. Nro. de votos de minoría de cada consejero según materia y tipo de voto

Materia	A. Ferreiro			J. Jaraquemada			JL.Santamaría		JP. Olmedo				M. Drago		R. Guerrero			R. Urrutia				V. Blanlot		
	D	DR	M	C	D	DR	M	D	M	C	D	DR	M	D	M	C	D	M	C	D	DR	M	D	M
Concursos	2	0	7	0	0	0	6	0	0	0	5	2	5	0	0	0	1	4	0	7	1	4	0	0
Correos	1	6	16	6	16	1	1	9	4	0	0	0	9	0	0	0	0	0	0	0	0	9	1	15
Datos personales	2	1	8	0	4	1	4	2	2	1	2	0	2	0	0	0	0	1	0	3	2	3	1	1
Info Sindicatos	1	0	11	2	6	1	3	0	1	2	4	0	4	0	0	0	0	1	0	3	3	5	0	0
Info. Privada	2	0	13	9	5	1	1	0	8	2	0	0	4	0	0	0	2	0	0	0	0	7	1	8
Otros	2	1	26	5	10	0	11	1	13	5	5	1	8	3	1	1	1	5	3	2	1	13	1	14
Otros relev	4	0	9	2	1	0	7	0	4	2	2	0	6	0	0	0	0	4	0	4	0	4	0	4
Sumario	2	7	2	0	9	1	1	7	1	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	8
Total general	16	15	92	24	51	5	34	19	33	12	19	3	39	3	1	1	4	15	3	19	8	45	5	50

* C = Concurrente
D = Disidente
DR = Dirimente
M = Mayoría

Adicionalmente, el análisis particular de los casos permite verificar la coincidencia de los Consejeros al tiempo de resolver las controversias que les han sido presentadas. Las Tablas 3 y 4 dan cuenta de ello al revisar los pareos entre integrantes del Consejo en votación disidente y de mayoría, respectivamente. Respecto de los disidentes, cabe destacar la coincidencia entre los Consejeros Jaraquemada y Santa María en 13 pareos. Éstos se refieren en 7 decisiones al alcance del secreto de sumario¹⁰ y en 6 de ellas rechazan la divulgación de correos electrónicos a través de la LT.¹¹ Cabe destacar que estos 13 casos fueron resueltos por la aplicación del voto dirimente del Consejero Ferreiro, acompañado del voto de la Consejera Blanlot.

Tabla 3. Pareos entre consejeros con votos disidentes

	AF	JJ	JLSM	JPO	MD	RG	RU	VB
AF	0	1	2	2	0	0	2	3
JJ	1	0	13	4	0	0	0	2
JLSM	2	13	0	0	0	0	0	1
JPO	3	4	0	0	0	1	0	0
MD	0	0	0	0	0	0	0	0
RG	0	0	0	1	0	0	1	0
RU	2	0	0	0	0	1	0	0
VB	3	2	1	0	0	0	0	0

En cuanto a las votaciones de mayoría, el mayor número de pareos corresponde a los Consejeros Ferreiro con Urrutia (36), los que coinciden en diversas materias, siendo las principales el carácter público de los correos electrónicos (7)¹², el alcance del concepto de información pública en el artículo 5, inciso 2, de la LT (6)¹³ y el acceso a información sindical

¹⁰ Decisiones Roles Nros. C575-12, C669-12, C851-12, C860-12, C861-12, C954-12 y C1660-12.

¹¹ Decisiones Roles Nros. C333-12, C712-11, C939-12, C940-12, C1452-12 y C1606-12.

¹² Decisiones Roles Nros. C640-10, C406-11, C733-11, C749-11, C750-11, C753-11 y C884-11.

¹³ Decisiones Roles Nros. A309-09, C457-10, C147-11, C384-11, C515-11 y C638-11.

(4)¹⁴. En segundo lugar, los pareos más frecuentes son entre el Consejero Ferreiro y el Consejero Olmedo (31), entre ellos se encuentran acuerdos en materia de acceso a correos electrónicos (7)¹⁵ y otros casos (7)¹⁶. Finalmente, la Consejera Blanlot también presenta un alto nivel de acuerdos con el Consejero Ferreiro (27), aunque éstos se concentran principalmente en 2 materias: el carácter público de los correos electrónicos (9)¹⁷ y el alcance del concepto de información pública en el artículo 5, inciso 2, de la LT (7)¹⁸.

	AF	JJ	JLSM	JPO	MD	RG	RU	VB
AF	0	19	19	31	0	11	36	27
JJ	19	0	2	2	0	0	3	8
JLSM	19	2	0	0	1	0	0	9
JPO	31	2	0	0	0	0	5	0
MD	0	0	0	0	0	0	0	0
RG	11	0	0	0	0	0	1	0
RU	36	3	0	5	0	1	0	0
VB	27	8	9	0	0	0	0	0

Finalmente, la Tabla 5 muestra la frecuencia en que el Presidente del CplT formuló votos disidentes, concurrentes, dirimientes y de mayoría.¹⁹ En el 60.3% de los casos el Presidente formó mayoría y en un 22.9% utilizó el voto dirimente, superando largamente su participación como votante dirimente (16%). En otras palabras, ello significa que en el 83% de los casos el Presidente es determinante en el resultado decisorio.

	D	C	DR	M	Total
JPO	3	1	3	8	15
RU	13	0	7	39	59
AF	3	0	15	26	44
JJ	2	0	5	2	9
VB	0	0	0	4	4
Total	21	1	30	79	131
%	16.03	0.76	22.90	60.31	100%

D= Disidente
 C= Concurrente
 DR = Dirimente
 M = Mayoría

III. DOCTRINAS EN LAS DECISIONES DIVIDIDAS DEL CPLT

El análisis de las decisiones divididas del CplT permite identificar siete ejes temáticos en los que existen una clara contraposición doctrinaria entre la mayoría y la minoría. La presente sección expone las posiciones dogmáticas contenidas en estas decisiones, analizando su consistencia y cómo éstas han variado desde posiciones de minoría a mayoría, o *vice versa*. Al

¹⁴ Decisiones Roles Nros. C250-10, C722-10, C866-10 y C359-11.

¹⁵ Decisiones Roles Nros. C640-10, C406-11, C733-11, C749-11, C750-11, C753-11 y C884-11.

¹⁶ Decisiones Roles Nros. R15-09, R12-09, A58-09A89-09, C463-10, C740-11 y C1030-11.

¹⁷ Decisiones Roles Nros. C1101-11, C97-12, C873-12, C1145-12, C1366-12 y C1482-12.

¹⁸ Decisiones Roles Nros. C1036-11, C775-12, C776-12, C1197-12, C1000-12, C1279-12 y C43-13

¹⁹ Las decisiones en que el Presidente del Consejo no formó parte de la decisión dividida han sido descontados. Se trata de 9 casos.

efecto, se revisa el rol del voto dirimente del Presidente del Consejo como elemento configurado de la jurisprudencia mayoritaria. Además, donde resulta pertinente se destaca la recepción de la doctrina minoritaria en las sentencias de las Cortes y Tribunales Superiores. Como se verá, los consejeros han desarrollado posiciones doctrinarias claramente contrapuestas en asuntos centrales de su jurisprudencia, como lo es el alcance del DAIP y el secreto de sumario administrativo o la aplicabilidad de la LT para el acceso a correos electrónicos. Además, los cambios en la Presidencia del Consejo Directivo –y su voto dirimente– han tenido un rol central en el tránsito desde posiciones de minoría a mayoría y viceversa.

III.1. SOBRE EL ALCANCE DEL DAIP O ACERCA DEL SENTIDO DEL ART. 5º INC. 2º LT

La delimitación del objeto del DAIP ha sido uno de los asuntos más debatidos en la jurisprudencia sobre acceso a la información, tanto al interior del CplT²⁰ como por las Cortes y el Tribunal Constitucional. Se trata de un debate sobre el presupuesto basal para el ejercicio del DAIP, esto es, determinar “si el objeto de la solicitud de información se encuentra tutelado por la Constitución y la ley”.²¹ Como veremos, la controversia se centra en el sentido y alcance del art. 5º, inciso 2º, de la LT cuando lo requerido es el acceso a “información privada”, esto es, aquella entregada por particulares –personal naturales o jurídicas– a la Administración del Estado. Al respecto, al interior del CplT existe una clara contraposición doctrinaria entre (a) una interpretación estricta de la citada norma –donde el alcance del DAIP comprende toda aquella información que “obra en poder” de la Administración, independientemente de su origen o contenido específico– y (b) una interpretación conforme a la Constitución con efectos restrictivos sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada. Esta última doctrina fue desarrollada desde 2010 como votación disidente por el Consejero Jaraquemada, y mantuvo ese carácter hasta 2013. Sin embargo, conforme a las últimas decisiones divididas del Consejo, ésta se transformó en la doctrina mayoritaria en 2013, cuando el Consejero Jaraquemada, en su calidad de Presidente del Consejo y los Consejeros Santa María y Blanlot adoptaron la citada doctrina en determinados casos. Con todo, como se verá, aún no es posible identificar con precisión la jurisprudencia dominante del Consejo sobre la materia.

Marco normativo. Las normas que se pronuncian expresamente sobre el alcance del DAIP se encuentran a nivel constitucional y legal. Mientras la Constitución establece el carácter público de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” (art. 8º, inc. 2º, CPR), la LT estableció expresamente el alcance del DAIP, en términos amplísimos, mediante dos enunciados, a saber: (1) su artículo 5º, inciso 2º, que establece el carácter público de “toda otra *información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas*”; y (2) su artículo 10, según el cual “el acceso a la información comprende el derecho de acceder... a toda *información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga*”²². Adicionalmente, términos similares son utilizados por el legislador al establecer los principios del DAIP en el artículo 11 LT, estos son: el principio de relevancia – que “presume relevante toda *información que posean los órganos de la Administración del Estado*”–; el principio de la libertad de información –conforme al cual “toda persona goza del derecho a acceder a la *información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado*”–; y el principio de apertura o transparencia –según el cual “toda la *información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública*”– (el destacado es nuestro).

²⁰ Decisiones Roles Nros. A95-09, A309-09, C457-10, C384-11, C147-11, C515-11, C638-11, C1036-11, C1362-11, C39-12, C775-12, C776-12, C1000-12, C1197-12, C1279-12, C43-13, C631-13 y C1102-13.

²¹ Contreras, P. & Pavón, A. (2012). La Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre acceso a la información y seguridad de la Nación. *Ius et Praxis*, 18(2). p. 349.

²² Para una revisión sistemática de la noción de información pública en la jurisprudencia administrativa previa a la Ley No. 20.285, véase Cordero, L. (2010). Delimitando la Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación”, en Letelier Raúl y Rajevic, Enrique (eds.), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: LegalPublishing.

Los presupuestos del DAIP. La diferencia entre el alcance del artículo 8° CPR –relativo a la publicidad de los actos del Estado y sus fundamentos– y el inciso 2° del artículo 5° LT –relativo a la información en poder de los OAEs– se encuentra al centro de la controversia doctrinaria sobre el alcance del DAIP. Sin embargo, previo a su análisis, es conveniente formular ciertas distinciones que faciliten el mismo. A efecto, es preciso identificar los presupuestos para el ejercicio del DAIP, estos son: “primero, la determinación del contenido protegido del DAIP en relación a la solicitud de información, en otras palabras, si el objeto de la solicitud de información se encuentra tutelado por la Constitución y la ley; segundo, la verificación de una causal de reserva o secreto establecida por ley de quórum calificado; tercero, la subsunción de la información denegada en la causal establecida en la ley; finalmente, la aplicación del test de daño para determinar la procedencia de la reserva o secreto”.²³ Como es esperable, la opción doctrinaria que adopta cada posición sobre el alcance del DAIP impacta en el demás presupuestos para el ejercicio del derecho.

III.1.1. Primera jurisprudencia de mayoría: Interpretación literal o estricta del art. 5° inc. 2° LT y el alcance del DAIP en sentido amplio

En su jurisprudencia inicial, desde 2009 a 2013, en sus decisiones de mayoría el CpIT consideró que *para la determinación del alcance del inciso segundo del artículo 5° LT resulta indiferente (i) si información solicitada ha sido fundamento o no de un acto administrativo –aún cuando sólo respecto de los primeros el art. 8 CPR dispone expresamente su publicidad– y tampoco resulta relevante (ii) si ésta tiene por origen un sujeto de derecho privado que la ha entregado a la Administración o (iii) si su contenido se refiere a asuntos de la vida privada. Por lo tanto, la información entregada por particulares a la Administración se presume pública por el sólo hecho de tratarse de información que “obra en poder” de un OAE, y su acceso sólo podría restringirse cuando resulte aplicable una norma de secreto.* Cabe destacar que no existe una decisión en que se haya abordado comprensivamente estos puntos –no obstante la votación disidente revisa críticamente esta hermenéutica en múltiples decisiones. Por el contrario, en su jurisprudencia de mayoría el Consejo se caracterizó por dar aplicación directa al artículo 5°, inciso 2°, LT, y sólo se extendió en estos argumentos cuando fueron expuestos por las partes del caso. Por lo tanto, si bien puede identificarse una determinada doctrina, sus argumentos centrales se encuentran en diversas decisiones, lo que dificulta su análisis.

En primer lugar, en cuanto al alcance del DAIP más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución, la mayoría se pronunció directamente sobre el asunto en decisiones C775-12 y C776-12, de 26.12.2011 (acordada por AF, VB, JLSM, en contra JJ), relativas al acceso al historial de visitas web del Ministro del Interior y el Ministro de Justicia. En ellas, tras destacar el contenido literal del artículo 5°, inciso 2°, y los principios del DAIP arriba enunciados, la mayoría sostiene que:

“combinando los preceptos citados resulta claro que el legislador ha extendido la publicidad de la información más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución, que sólo declara públicos “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Así se ha añadido también, toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de la Administración Pública, sin exigir que en estos casos se trate de fundamentos o de documentos que sean sustento o complemento directo y esencial de actos y resoluciones. En efecto, el único sentido posible del inciso segundo del artículo 5° analizado es incluir hipótesis diferentes de las previstas por el inciso primero del mismo artículo, o sería un precepto inútil. De allí la expresión “asimismo”, con que se inicia.” (cons. 1) (el destacado es nuestro).²⁴

²³ Contreras & Pavón. Op. Cit. p. 348

²⁴ Aclarado que el DAIP alcanza la información requerida, pues obra en poder del organismo y ha sido elaborada con presupuesto público, las decisiones C775-12 y C776-12 analizan la procedencia de su reserva, concluyendo que se trata de información reservada, pues su comunicación afectaría la vida privada de la autoridad, la seguridad de la Nación y el interés nacional.

En segundo lugar, basado en la historia de la Ley Nro. 20.285, la jurisprudencia de mayoría descartó que se encuentre exenta de alcance del DAIP aquella información entregada a la Administración por un sujeto de derecho privado. Tal punto encuentra desarrollo en una de las primeras decisiones del CplT en 2009, a saber: decisiones A59-09 y A165-09, de 06.04.2010 (unánime AF, JPO, RU, RG), que ordenan el acceso a información relativa a la ubicación de predios autorizados para cultivo, experimentación y acopio de semillas y vegetales transgénicos. Los argumentos expuestos en esas decisiones no fueron considerados en decisiones subsecuentes –probablemente debido a la extensión y complejidad de la decisión– sino hasta la decisión de mayoría C39-12, de 04.12.2012 (acordada por VB y JLSM, concurrente JJ), la cual hace referencia expresa a ellos, aunque sin profundizar en una sistematización de los mismos. Esta última decisión se pronunció sobre el acceso a los mapas de procesos y riesgos de las entidades bancarias en poder de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF). Al respecto, se señaló que no obstante las entidades bancarias argumentaron que dicha información “es de naturaleza privada y debe sustraerse del ámbito de acción de la Ley de Transparencia... este Consejo reiterará... que encontrándose la información requerida en poder del órgano de la Administración del Estado se configura la hipótesis general de publicidad contemplada en el artículo 5°, inciso 2°, de la Ley de Transparencia, sin perjuicio que a su respecto puedan aplicarse uno o más de los casos de secreto o reserva...”. Agregando que, sobre el particular, “cabe dar por reproducidos los razonamientos contenidos en los literales a) y b) de los considerandos 10° y 16° de las decisiones de los amparos Rol C59-09 y A165-09 [respectivamente]” (cons. 2). Los razonamientos a que se refieren las decisiones C59-09 y A165-09 se centran en dos asuntos:

- i. Las decisiones sostienen que la historia de la Ley N° 20.285 da cuenta que el legislador consideró si el acceso a la información proveída por entidades fiscalizada a los órganos Administrativos debía ser objeto de la LT, pronunciándose a su favor. En efecto, la decisión señala que durante el primer segundo constitucional se restringió el alcance del proyecto original de la LT a lo señalado por el art. 8° CPR. En efecto,

“Los diputados Bustos y Ceroni estuvieron por rechazar la redacción del inciso 2° del artículo 5° que indicaba que era pública toda otra información en poder de los órganos de la Administración, por considerar que la información podría provenir de otros organismos distintos de la Administración, por lo tanto, señalaron que debía mantener la redacción anterior respecto a que dicha información se presumía pública. En este punto, los representantes del Gobierno coincidieron con esa interpretación, pues el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución señalaba claramente qué información era pública, en consecuencia, respecto de toda otra información que obrara en poder del Estado, sólo debía presumir su publicidad.” (cons. 10, a)

Sin embargo, durante el tercer y cuarto trámite constitucional se repuso la definición amplia de información pública contenida actualmente en el artículo 5 LT, conforme a los argumentos presentados por los representantes de Fundación ProAcceso durante el debate legislativo, quienes señalaron que:

“El artículo 5° del proyecto continúa señalado como públicos los actos de los órganos de las Administración, con el consiguiente peligro de una interpretación restrictiva respecto de aquella información que no se relacione con un acto. Por otro lado, en el artículo 10°, respecto del derecho de acceso, se señala que será a ‘toda información elaborada con presupuesto público’, lo que puede dar pie a negar información que es entregada por privados, necesaria para la fiscalización. Por eso es mejor dejar una sola definición amplia, relativa simplemente a la información en poder de los órganos del Estado” (cons. 10, a)

Como veremos, existen distintas lecturas de la Historia de la Ley 20.285 en este punto. En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que ella da cuenta de que el legislador configuró el DAIP como un derecho de alcance restrictivo limitado sobre la información que obre en poder de la Administración.

- ii. Además, las decisiones revisan el cuestionamiento de constitucionalidad del art. 5°, inciso primero, LT planteado por el profesor Miguel A. Fernández en un informe en derecho acompañado por las partes. Este último sostiene que la Constitución establece la publicidad

de los fundamentos de los actos del Estado, no así de los documentos que son “sustento o complemento directo y esencial del acto”, ni el resto del contenido del art. 5 LT. En su opinión, producto del alcance preciso y limitado de lo que es público según la Constitución, para considerar al art. 5° como constitucional, se debe entender que los documentos que obran en poder del Estado no son públicos por este sólo hecho, sino que serán públicos sólo en la medida en que hallándose en poder de los OAEs, “sean el complemento directo y esencial de la decisión estatal, entendiendo que ello ocurre... cuando constituyen o sean parte de los fundamentos del acto o resolución”. La decisión descartó esta opinión, señalando que ella “impediría considerar que los ‘fundamentos’ a que alude la Constitución son distintos de los documentos, aunque sean ‘complemento directo y esencial del acto administrativo’, pues ello forzaría a la inaplicabilidad de ese precepto legal, por ser inconsistente con el art. 8° de la Constitución, debiendo concluirse necesariamente, que aquellos instrumentos son públicos cuando constituyen fundamento de la decisión estatal resultando inseparables de ésta.”(cons. 10, b)

En tercer lugar, la jurisprudencia de mayoría descartó que la información de naturaleza privada se encuentre exenta del alcance del DAIP porque ello se debe considerar al verificar la subsunción del caso en una normas de secreto respectiva y, en su caso, de aplicación del denominado test de daño (segundo y tercer presupuesto para el ejercicio del DAIP); pero no para determinar si cierta información es susceptible de ser requerida conforme a la LT (primer presupuesto). Así puede constatarse al revisar los casos sobre acceso a información sindical en poder de las Inspecciones del Trabajo –v.gr. actas de constitución y nóminas de afiliados de un sindicato–, donde la jurisprudencia de mayoría se concentra en revisar si el acceso a dicha información afectaría o no la autonomía de la asociación sindical y los derechos de los trabajadores afiliados, mientras que la disidencia del Consejero Jaraquemada sostuvo que se trata de información de naturaleza privada, por lo que su acceso debe ser denegado.²⁵

Respaldo judicial. Entre las sentencias judiciales sobre decisiones divididas del CplT la doctrina aquí descrita encuentra respaldo en la sentencia Rol 9858-2012, de 08.07.2013, la Corte de Apelaciones de Santiago, que revisa la decisión de mayoría Rol C1000-12, de 28.11.2012 (acordada por AF y VB, disidente JJ). En ella la Corte señala lo siguiente:

“los artículos 5° y 10 LT entregan las nociones necesarias sobre lo que debe entenderse por “información pública”. De tales disposiciones fluye que existen básicamente dos dimensiones para ese concepto. Una, de orden más restringido y hasta más evidente, conforme a la cual debe considerarse como información pública aquella que ha sido elaborada con presupuesto público; y, otra, de alcance mucho más extenso, según la cual es susceptible de considerarse como pública cualquier otra información que “obre en poder de los órganos de la Administración”. Es manifiesto que con esto último se amplían considerablemente los límites del concepto, hasta hacerlo prácticamente omnicompreensivo. La información se torna pública cuando la administración la ha recogido, recibido u obtenido para el cumplimiento de sus objetivos. Si en la primera hipótesis es posible predicar propiedad o titularidad de la administración respecto de los datos o antecedentes involucrados, en esta segunda situación no siempre será así. Antes bien, probablemente la titularidad corresponda a terceros o particulares, sin perjuicio de tratarse – como se ha dicho – de información pública, por el hecho de encontrarse en poder de la Administración. Desde esa perspectiva, toda la documentación requerida, cuya entrega se ordena por el CPLT puede ser designada como información pública; (cons. 4)

Con todo, particularmente tratándose de información que está en poder de la Administración, *una cosa es que deba ser catalogada de “pública” y otra muy diferente es que pueda ser de “acceso público”*. En tal sentido, la propia Constitución Política de la República y, por extensión, los artículos 5°, 10 y 21 de la Ley 20.285 prevén excepciones,

²⁵ Como se explica en la sección sobre acceso a información sindical, si bien inicialmente las decisiones sobre acceso a información sindical fueron resultas dando expresión a la controversia información pública/privada entre la mayoría y minoría (véase decisiones roles Nros. C250-10, C306-10, C652-10, C722-10, C839-10, C866-10, C59-11, C164-11, C188-11, C359-11), posteriormente ambas partes variaron a favor de la aplicación de la Ley Nro. 19.628, sobre protección de datos personales en estos casos (Decisiones roles Nros. C532-11, C492-11, C652-11)

esto es, situaciones en que está vedado el acceso a la información, lo que constituye el núcleo de lo que debe resolver este tribunal. Como se dijo, en este caso se han hecho valer tres causales de reserva o secreto, las que serán objeto de examen en los motivos que siguen.” (cons. 5)

Casos relevantes. La doctrina aquí descrita ha sido compartida en distintas decisiones por los Consejeros Blanlot, Ferreiro, Urrutia, Olmedo y Santa María –a excepción del Consejero Jaraquemada, quien en todas ellas aplicó como disidente la doctrina que se desarrolla en la sección siguiente. Por ejemplo, en decisión de mayoría A309-09, de 22.01.2010 (AF, RU y JPO, disidente RG), el CplT resolvió que forman parte del objeto del DAIP el acceso a las memorias, balances y actas de la Fundación Futuro ingresadas al Ministerio de Justicia. Asimismo, en decisión de mayoría C1036-11, de 23.12.2011 (AF, VB y JLSM, disidente JJ) se resolvió el carácter público de un contrato suscrito entre dos particulares que fue presentado a Subsecretaría de Pesca en el marco de la tramitación de una autorización de pesca exploratoria de atunes. El caso es interesante pues inicialmente el convenio solicitado era parte del expediente de autorización de pesca extractiva tramitado ante la SUBPESCA. Sin embargo, posteriormente el interesado se desistió de la tramitación, solicitando la devolución del convenio, por lo que el convenio no fue fundamento del acto administrativo terminal propio del proceso de autorización de pesca. Ello llevó al Consejero Jaraquemada –disidente– a rechazar el amparo, pues “dicho documento no sirve ni servirá de fundamento ni sustento directo ni esencial a ningún acto o decisión de la autoridad, por lo que no queda sujeto a las disposiciones de la Ley de Transparencia, pues ni puede encuadrarse en las hipótesis del inciso 1° del artículo 5° ni, tampoco, en las del inciso 2°”. Sin embargo, la mayoría estima que el convenio es susceptible de ser requerido a través del DAIP, destacando que el art. 5° LT considera pública “toda la información que obre en poder” de los OAEs, salvo que concurra alguna causal legal de secreto o reserva, “lo que es reiterado por los literales a) y c) del artículo 11 del mismo cuerpo legal, que consagran los principios de relevancia y de apertura o transparencia, respectivamente” (cons. 4). Consecuentemente, el análisis de la mayoría se centra en determinar si concurre o no una norma de secreto, lo que en definitiva descarta.

Siguiendo la misma doctrina, en decisión de mayoría C1000-12, de 28.11.2012 (acordada por AF y VB, disidente JJ), se ordenó al Consejo de Defensa del Estado la entrega de “todos los documentos y antecedentes que consten en poder de esa repartición, ya sean emanados de organismos públicos *como privados*” (Nro. 1, parte expositiva, el destacado es nuestro), que digan relación con una denuncia por daño ambiental efectuada en contra de un sociedad anónima, tras descartar la concurrencia de una causal de secreto. Por el contrario, en tal caso el Consejero Jaraquemada sostuvo la reserva de la información, “en cuanto se pide información privada que ha sido proporcionada al Estado por particulares”.

III.1.2. Disidencia inicial y posterior doctrina de mayoría: Interpretación conforme a la Constitución del art. 5° inc. 2° LT, con efecto restrictivo sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada

Conforme a las últimas decisiones divididas del Consejo, en 2013 la doctrina que correspondía al voto disidente del Consejero Jaraquemada respecto de la jurisprudencia antes descrita pasó a constituir la posición de mayoría del Consejo en decisión C631-13, de 11.10.2013 (acordada por JJ y JLSM, en contra AF), a través de la cual se rechaza el acceso a un contrato suscrito entre el Administrador Financiero del Transantiago S.A. y la empresa Sonda S.A., en poder del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. Esta doctrina puede resumirse en los siguiente términos: *la información privada en poder del Administración –esto es, aquella que ha sido entregada por los particulares a los OAEs– no es alcanzada por el DAIP, a menos que (i) su titular consienta en revelarla, (ii) que la ley disponga expresamente su divulgación, (iii) que la información constituya el fundamento o complemento directo y esencial de un acto o resolución administrativa, o bien, (iv) que se haya ejercido a su respecto alguna potestad pública.* Se trata de una interpretación del inciso 2° del artículo 5° LT que restringe el alcance del DAIP respecto de la información privada a hipótesis específicas. En otras palabras, de no concurrir éstas, el

CplT no debería entrar a analizar el carácter secreto o reservado de la información entregada por particulares a los OAEs ni aplicar los denominados test de daño e interés público –v.gr. verificar si la comunicación de la información afecta o no los derechos comerciales de su titular–. Además de la decisión C631-13, las decisiones de mayoría C406-13, de 24.07.2013 (acordada por JJ -dirimente- y JLSM, en contra AF y VB) y la decisión C1362-11, de 22.06.2012 (acordada por JJ y VB, con la abstención de JLSM y AF), han dado recepción a esta doctrina con la participación de la Consejera Blanlot y el Consejero Santa María.

Contrariamente a la jurisprudencia previa –cuyos argumentos se encuentran en diversas decisiones–, esta doctrina fue uniformemente aplicada por el Consejero Jaraquemada en sus votaciones disidentes frente a la anterior jurisprudencia mayoritaria del CplT.²⁶ En efecto, sus argumentos fueron desarrollados inicialmente en sus votos disidentes en decisiones C306-10, de 10.12.2010, y C722-10, de 07.01.2011, ambas en materia de acceso a información sindical, y en la citada decisión de mayoría C631-13 son aplicados con escasas diferencias. Por lo tanto, a continuación se exponen los argumentos sobre los que se construye dicha doctrina siguiendo la decisión de mayoría C631-13 y, donde resulte pertinente, se exponen los argumentos de las votaciones disidente del Consejero Jaraquemada y las otras dos decisiones de mayoría en las que ésta doctrina es aplicada, a fin de dar cuenta de sus implicancias.

En primer lugar, la doctrina en análisis se funda en una interpretación conforme a la Constitución del artículo 5, inciso 2, LT. Entendemos por “interpretación conforme a la Constitución” lo señalado por Nogueira, según el cual dicha técnica hermenéutica deriva de la eficacia normativa directa de la Constitución para los jueces y aplicadores del derecho en general:

“La interpretación conforme a la Constitución es un método y técnica de interpretación jurídica que busca aquella interpretación más armoniosa y coherente con la Carta Fundamental, entre las diversas interpretaciones posibles que el precepto normativo admita. Esta línea interpretativa elimina toda interpretación del precepto que conduzca a un resultado contrastante o contrario con la Carta Fundamental. Este postulado es una consecuencia directa del carácter de norma suprema, de norma unitaria y de la fuerza normativa de la Constitución.”²⁷

En efecto, la decisión de mayoría C631-13 sostiene que “*la interpretación del artículo 5° de la Ley de Transparencia, en lo que excede el texto expreso del artículo 8° de la Constitución, específicamente la referencia a la publicidad de toda información que ‘obre en poder’ de los órganos de la Administración, no debe ser interpretada de forma aislada, sino ponderando el principio de publicidad con los derechos que la propia Constitución establece.*” (cons. 13). Al efecto, señala que “la recolección de información por parte de los órganos de la Administración del Estado para el ejercicio de sus potestades públicas no puede interpretarse de un modo que sea menos protector de los derechos de privacidad que la Constitución asegura a todas las personas en su artículo 19 N° 4 y 5.” (cons. 13). Estos criterios interpretativos llevan a concluir:

“*Que la información de carácter privado que los particulares entregan a los órganos de la Administración no pierde esa naturaleza por el sólo hecho de que ésta obre en poder del Estado, pues ello equivaldría a asignarle a esa entrega la capacidad jurídica de alterar*

²⁶ Una manifestación inicial de esta doctrina se encuentra en la votación disidente del Consejero Guerrero en decisión A309-09, de 22.02.2010, por la que rechaza el acceso a las memorias y balances de la Fundación Futuro, en poder del Ministerio de Justicia. En ella argumenta que: “no puede entenderse que todo documento de origen particular que obre en poder de la Administración del Estado debe ser considerado público. Por el contrario, *una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico exige que para dar carácter público a una información de origen particular que detenta la Administración, aquélla debe ser el fundamento o el sustento o complemento directo y esencial de una actuación administrativa.* En otras palabras, debe relacionarse directamente con el ejercicio actual de funciones públicas y no simplemente con el ejercicio hipotético, como ocurre en este caso dado que la información entregada no ha dado pie al ejercicio de ninguna fiscalización concreta por parte de la Subsecretaría requerida. Entender lo contrario implicaría que la mera entrega de un documento de origen privado a la Administración mutaría su naturaleza jurídica a la de un documento público, cuestión que a este disidente parece excesiva.” (el destacado es nuestro)

²⁷ Humberto Nogueira Alcalá (2009). Las mutaciones de la Constitución producidas por vía interpretativa del tribunal constitucional. *Estudios Constitucionales*, Año 7, N° 2, p. 397. Según destaca el autor, “Este postulado no solo constituye un enfoque interpretativo, sino que en la práctica constituye una forma implícita de control de constitucionalidad en la medida que desecha por ilegítima la o las lecturas de la norma jurídica infraconstitucional que se considere contraria a la Constitución.” (Ídem)

la real naturaleza de la información, deviniendo ésta de privada en pública por un mero cambio en su tenedor, haciendo perder a los titulares de esa información privada el núcleo esencial de su derecho a la privacidad y propiedad, contraviniendo la garantía que afirma el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución...” (cons. 14) (el destacado es nuestro).

En iguales términos se pronuncia la decisión de mayoría C1362-11, de 22.06.2012, acordada por JJ y VB, con la abstención de JLSM y AF.

Se trata, por tanto, de una doctrina fuertemente arraigada en el principio de vinculación directa de la Constitución y sus implicancias para los aplicadores del Derecho. Ello es expresamente indicado en las votaciones disidentes en decisiones C306-10 y C722-10 al señalar:

“Que los principios de supremacía constitucional y de deferencia hacia el legislador, imponen a quien aplica las normas optar por una alternativa de interpretación sistemática del ordenamiento jurídico que armonice y haga consistentes los preceptos legales con lo dispuesto en las normas constitucionales, en este caso en particular el artículo 5 de la Ley de Transparencia con el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental. En ese sentido la doctrina ha sostenido: “Trátase [una consecuencia del principio de vinculación directa] de la necesidad de iniciar el proceso de interpretación, aplicación e implementación del ordenamiento jurídico entero, cualquiera sea la norma de que se trate, examinando, antes que nada, al Bloque de Constitucionalidad y a la legislación dictada con sujeción a ella”. (Cea, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo I, segunda edición actualizada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008, pág. 244 y 245)”.

En segundo lugar, esta doctrina encuentra fundamento en una interpretación finalista de las normas sobre acceso a la información. Según ésta, “*el objetivo de las normas constitucionales y legales de transparencia no es permitir la divulgación a terceros de información de origen y naturaleza privada –que, por ende, pertenece a la esfera de privacidad de los particulares– y que obra en poder del Estado sólo porque éstos deben suministrarla a diversos entes públicos con el fin de que lleven ciertos registros o ejerzan diversas potestades públicas. Por el contrario, el objetivo de las normas señaladas es promover la probidad y la rendición de cuentas de las autoridades y funcionarios del Estado, asegurar que los órganos de la Administración estén abiertos al escrutinio público y posibilitar la participación y el control social de los ciudadanos. Es esa la única interpretación admisible desde una perspectiva finalista*” (cons. 15).

Como resultado de esta interpretación, la citada decisión de mayoría C631-13, en su considerando 17, concluye que:

“cuando se trata de información privada que ha sido proporcionada al Estado por particulares no se aplica, sin más, el principio de publicidad del artículo 8° inciso 2° de la Constitución y, por ende, respecto de ella no procede amparar el ejercicio del derecho de acceso a la información contemplado en la Ley de Transparencia, pues debe resguardarse la privacidad de la información, *salvo que (i) su titular consienta en revelarla, que (ii) la ley disponga expresamente su divulgación, (iii) que esa información privada que obra en poder del Estado constituya el fundamento o complemento directo y esencial de un acto o resolución administrativa, o bien, (iv) que se haya ejercido a su respecto alguna potestad pública*” (cons. 17).

Análisis de las hipótesis que determinan el alcance del DAIP sobre la información privada.

A continuación se analizan las hipótesis conforme a las cuales resulta dable el acceso a la información privada a través de la Ley de Transparencia según la doctrina en análisis.

- (i) “*Que su titular consienta en revelarla*”. Se trata de un hipótesis *prima facie* de simple administración, particularmente en aquellos casos en que el particular –persona natural o jurídica–, en forma expresa y previa, ha autorizado a la Administración la comunicación de la información a terceros. Sin embargo, cabe precisar qué ocurre en aquellos casos en los que dicha autorización no está presente. Podrá argumentarse que ello se encuentra reglado por el procedimiento de oposición que contempla el artículo 20 LT. Sin embargo, dicha norma opera bajo el presupuesto de que lo solicitado es información bajo el alcance del DAIP cuya publicidad es controvertible –es decir opera para aclarar la dicotomía publicidad/reserva, no así la dicotomía privacidad/publicidad–. Si, por el contrario, lo

solicitado se subsume en la categoría de información privada, el órgano podría argüir no dar aplicación al artículo 20 LT.

Más importante aún, cabe determinar cuáles son los efectos del art. 20 LT respecto de la información privada en caso de ausencia de oposición. Este último punto parece estar resuelto por el Consejo en el caso de las personas naturales y sus datos personales, donde se ha dado la preferencia a las reglas de secreto de la Ley Nro. 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, producto de su especialidad. Línea que ya sigue el CplT desde decisión C315-11 (cons. 8), según lo destaca el Consejero Jaraquemada: “notificado el titular de los datos, si éste no se pronuncia, en vez de entenderse que consiente en la entrega de la información relativa a su persona, se entiende que «quien calla nada dice» y, por ende, que no ha existido la manifestación de consentimiento expreso que demanda la Ley sobre Protección de la Vida Privada para que un tercero pueda acceder a esos datos”.²⁸

Sin embargo, respecto de las personas jurídicas el punto no ha sido clarificado. De adoptarse una posición que elimina los efectos del art. 20 ante la ausencia de respuesta del tercero involucrado (persona jurídica), las hipótesis de aplicación de dicha norma parecen restringirse considerablemente.

- (ii) “*Que la ley disponga expresamente su divulgación*”. En tales casos la autorización legislativa elimina las controversias sobre el asunto.
- (iii) “*Que esa información privada que obra en poder del Estado constituya el fundamento o complemento directo y esencial de un acto o resolución administrativa*”. Esta hipótesis de autorización responde al texto expreso del inciso primero del art. 5 LT, conforme al cual son públicos “los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, *los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial*, y los procedimientos que se utilicen para su dictación...”. Consecuentemente, esta doctrina no compartiría el problema de constitucionalidad planeado por Fernández con ocasión del amparo A59-09 y A165-09 sobre la extensión del artículo 5º, inciso 1, respecto del texto del artículo 8º CPR. En ese sentido, Fernández sugiere que la información podrá ser pública únicamente “cuando constituyen o sean parte de los *fundamentos* del acto o resolución”. Contrariamente, la presente doctrina adoptaría una posición distinta, donde la voz “fundamentos” del art. 8º CPR es interpretada en términos que incluyen el concepto de “documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”.

Este punto es importante, pues conforme la técnica hermenéutica seguida por esta doctrina el alcance del DAIP estará determinado por cuán extensivamente se interprete el sentido de la expresión “documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial” del acto administrativo y su desarrollo en el Reglamento del artículo primero de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13/2009, del MINSEGPRES), de cara al concepto de fundamentos empleado por la CPR. En efecto, una interpretación posible –como la sostenida por el Tribunal Constitucional, según se indicará– es restringir estos conceptos al contenido de los expedientes administrativos que dan cuenta de la sustanciación de un procedimiento administrativo conforme a la Ley Nro. 19.880, sobre procedimiento administrativo. Sin embargo, la presente doctrina parece seguir una interpretación más amplia, pues también comprende dentro del alcance del DAIP la información privada que ha servido para el “ejercicio de potestades públicas”, la que no necesariamente constará en dichos expedientes. En efecto, si bien conforme a la Ley Nro. 19.880, sobre Procedimiento Administrativo, los órganos administrativos ejercen sus potestades a través de actos y procedimientos administrativos formales, de los cuales debe quedar constancia en el expediente administrativo respectivo, la referencia al ejercicio de potestades públicas como criterio de determinación del alcance del DAIP centra su análisis en un criterio sustantivo, no así meramente formal. Creemos que ello resultaría coincidente con la interpretación teleológica seguida por esta doctrina.

²⁸ Jaraquemada, J. (2015). La afectación de la vida privada como límite al acceso a la información. *Transparencia & Sociedad*, No. 3, p. 40

(iv) *“o bien, que se haya ejercido a su respecto alguna potestad pública”*. Junto con la hipótesis anterior, el alcance que le dé el CplT al vínculo entre la información privada y el ejercicio de potestades públicas definirá el alcance del DAIP. Como es esperable, se trata de una materia sujeta a las características fácticas y jurídicas del caso concreto. Por ejemplo, en decisión de mayoría C631-13, relativo al acceso al contrato celebrado entre Sonda S.A. y AFT S.A. en poder de la Subsecretaría de Transporte, se descartó éste se encontrara relacionado con el ejercicio de potestades públicas, pues dicho órgano no ejerció a su respecto *“alguna de las facultades de fiscalización de la Subsecretaría de Transportes, ya que la autorización proporcionada por la Subsecretaría a AFT fue genérica para contratar con Sonda y se otorgó de manera previa a la suscripción del contrato solicitado”* (cons. 17). Por el contrario, en aplicación de la misma doctrina, el Consejero Jaraquemada en voto concurrente de decisión C515-11, de 26.10.2011 (mayoría AF y RU; concurrentes por distintos motivos JJ y JPO) argumentó a favor de la entrega del contrato de servicios sanitarios entre la empresa Aguas de Antofagasta S.A. y sus *“clientes no regulados”*, el cual se encontraba en poder del Superintendencia de Servicio Sanitarios. En este caso el Consejero consideró que *“la información aquí requerida, no obstante revestir carácter privado, es susceptible de ser alcanzada por el principio de publicidad... por tratarse de uno de los antecedentes que dicho órgano ha tomado en consideración al ejercer su función de determinar las fórmulas tarifarias. Constituye, así, uno de los antecedentes que han informado la decisión administrativa adoptada al efecto... y que, como fundamento de la misma, quedan comprendidos dentro de la hipótesis de publicidad a que alude la mencionada norma constitucional, y el artículo 5° de la Ley de Transparencia”*.

A su turno, en decisión de mayoría C406-13, de 24.07.2013, acordada por JJ y JLSM (disidentes AF y VB) se denegó el acceso a los balances de una asociación de funcionarios en poder de la Inspección de Trabajo fundado en que *“la Dirección del Trabajo no tiene atribuido, ni legal ni reglamentariamente, el ejercicio de alguna función pública respecto de los balances que deben confeccionar las Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, limitándose sólo a actuar como mera depositaria de dichos instrumentos, sin que deba adoptar ningún tipo de decisión administrativa a su respecto...”* (cons. 5).

El vínculo entre la información privada y el ejercicio de potestades públicas fue también objeto de debate por los Consejeros Jaraquemada y Blanlot en decisión C1362-11, sobre el acceso al contrato suscrito entre Aguas Andinas S.A. y AES Gener S.A. en poder de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS). Al respecto,

“la SISS indicó, en la audiencia de prueba, que solicitó el convenio requerido a Aguas Andinas aplicando la facultad que le confiere el artículo 27 de la Ley N° 18.902, que crea la SISS, con el objetivo de analizarlo y verificar, por una parte, la seguridad hidrológica respecto del servicio sanitario de la Región Metropolitana y, por otra, si Aguas Andinas recibiría ingresos que pudieran ser considerados en la fijación o modificación de sus tarifas. Ello fue ratificado mediante su Oficio N° 2365, de 13 de junio de 2012, en que la SISS precisa que dicho análisis buscaba establecer si la utilización de los derechos de agua de Aguas Andinas aseguraba el abastecimiento de la población por sobre la generación eléctrica, y que se estableció que lo pactado no produciría alteraciones hidrológicas al sistema, concluyéndose que la SISS debía «...desarrollar un programa mensual de vigilancia y fiscalización especial, para comprobar que efectivamente la concesionaria cumpla con las obligaciones que la ley le impone.» (cons. 2)

Teniendo tales circunstancias en consideración, si bien los Consejeros son contestes en la aplicación de la doctrina en análisis, estos disienten sobre el vínculo entre el convenio y el ejercicio de potestades públicas. El Consejero Jaraquemada estimó que la totalidad del contrato es información privada porque *“no ha servido de fundamento, sustento o complemento directo y esencial de algún acto, resolución o pronunciamiento de la SISS, y que tampoco existe una norma que disponga su publicidad”* (cons. 3), lo que parece dar prioridad a una posición formalista sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada objeto de potestades públicas.

Por el contrario, en la citada decisión la Consejera Blanlot consideró debían ser divulgadas ciertas secciones del convenio relativas las obligaciones de conducción de agua, uso de ductos, promesa de venta de derechos de agua y utilización de aguas captadas.²⁹ Primero, porque “pese a que no existan actos formales que den cuenta de decisiones o medidas adoptadas por la SISS respecto a dicho convenio es posible constatar que dicho órgano sí adoptó decisiones (esto es, ejerció funciones públicas) basadas en dicho antecedente – según lo expresado en el considerando 2º [arriba transcrito]– las que, incluso, han sido explicitadas por escrito en la respuesta dada por dicho órgano a este Consejo. Dichas decisiones inciden directamente en las acciones que la SISS desarrollará en relación a Aguas Andinas y al convenio suscrito con Gener” (cons. 7, a). En segundo lugar, la Consejera consideró que “existe un interés público preponderante en la divulgación del convenio solicitado, ya que se refiere al destino que dos empresas particulares darán a las aguas provenientes de dos de las principales fuentes de reserva y abastecimiento de dicho recurso para proveer el servicio de agua potable a la mayor parte de la población de la Región Metropolitana lo que permitirá, además, conocer diversos aspectos relevantes relacionados con la prestación de un servicio público monopólico. Esta última característica hace que deba propiciarse la existencia de un adecuado nivel de control social en esta materia.” (cons. 7, b). La posición de la Consejera Blanlot fue posteriormente ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol 6193-2012, de 25.01.2013, señalando que “...*la circunstancia que la SISS no materializara la decisión administrativa de desarrollar un programa mensual de vigilancia y fiscalización especial, no contraviene la existencia de una declaración de voluntad de su parte*, que siendo verbal, posteriormente se ratificó o se subsanó a través del Ordinario N° 2365 en referencia. En uno o en otro caso, se trató de un acto administrativo del órgano fiscalizador, conforme se ha venido discutiendo.” (cons. 13). Esta postura refleja la aplicación de un criterio sustantivo para determinar la informa privada que ha servido para el ejercicio de potestades públicas.

Como puede apreciarse, no obstante la doctrina aquí descrita ha identificado hipótesis precisas para determinar el acceso a la información privada, ésta no ha sido del todo esquemática –o no ha tenido oportunidad de pronunciarse– sobre desafíos interpretativos que impactan en la determinación del alcance del DAIP, a saber: su impacto en la aplicación del artículo 20 LT y una concepción formal o sustantiva a la hora de determinar qué documentos de origen privado constituyen el fundamento o complemento directo y esencial de un acto o resolución administrativa o sirven al ejercicio de potestades públicas.

Respaldo judicial. La doctrina en análisis ha encontrado respaldo a nivel judicial. En particular, en las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que conocen de decisiones del CplT sobre acceso a correos electrónicos, donde el TC ha resuelto la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 5º LT (STC Roles Nro. 2153-2011, de 11.09.2012; Nro. 2246-2012, de 31.01.2013; y Nro. 2379-2013, de 29.01.2014). En efecto, en STC Nro. 2379-2013, caratulada “Subsecretaría del Interior”, el Tribunal sostiene:

- i. En primer lugar, que según concluyó en STC 2246/2012 y 2153/2013, “la Ley N° 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC 1990/2012), no la usa la Constitución. En cambio, la Ley N° 20.285 la utiliza en abundancia...” (cons. 36) y el “el precepto impugnado [art. 5, inciso 2 LT] se enmarca dentro de esta tendencia de la ley... [Dicha norma] amplía lo que se puede acceder, vía Ley N° 20.285, porque la separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo.... El

²⁹ A saber, “a) La regulación de las obligaciones de las empresas relativas a verter y conducir agua desde y por los ductos correspondientes al “Proyecto Ducto”, de Aguas Andinas, y al Proyecto Hidroeléctrico Alto Maipo, de Gener, así como las de captar y conducir aguas en los puntos expresamente acordados, estableciendo los caudales de agua comprometidos en cada caso y la forma de medición; b) La promesa de venta, cesión y transferencia de los derechos de agua que se indican en el convenio; y c) La conducción y utilización, por parte de Gener, de aguas captadas, provenientes de las cuencas que indica, por medio de túneles que contempla el PHAM y su restitución, así como el pago de la contraprestación de las obligaciones asumidas por Aguas Andinas en virtud del convenio en análisis, estableciendo las formulas que permiten la determinación del precio a pagar en cada caso.” (cons. 6)

punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la administración” (cons. 37). “[E]n contraste, el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”” (cons. 38).

- ii. En segundo lugar, el TC argumenta que la historia legislativa de la Ley N° 20.285 daría cuenta que el legislador no quiso dar dicha amplitud al inciso 2° del artículo 5°, sino reproducir el contenido del artículo 8° CPR (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes) (cons. 39).
- iii. Finalmente, de acuerdo al TC si “el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “son públicos ...”” (cons. 40).

Cabe destacar que, a diferencia de la interpretación conforme a la Constitución desarrollada por el CplT, el TC aplica estrictamente un criterio formalista para determinar el alcance del DAIP, restringiendo éste al contenido del expediente administrativo. Así lo expresa en STC Rol N° 2246-2012, caratulado “SEGPRES”, al señalar que:

“...el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012). Desarrollando lo anterior, esta Magistratura ha sostenido que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7°, 19 N° 3° y 63 N° 18°), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento administrativo. Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo (STC 2153/2012). Del mismo modo, ha afirmado que, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de dicha firma. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas (STC 2153/2012). Asimismo, los correos electrónicos que sean actos administrativos, para ser públicos, tienen que estar en un expediente administrativo (STC 2153/2012)” (cons. 22) (el destacado es nuestro).

Este último criterio no sería compartido por el CplT, quien ha dado aplicación a un criterio de orden sustancial para verificar el vínculo entre información privada y el ejercicio de funciones públicas.

Adicionalmente, en cuanto al respaldo judicial de la doctrina en análisis, en sentencia Rol 943-2010, la Corte de Apelaciones de Santiago ha sostenido que el interprete debe examinar si un documento es público de cara al art. 8° CPR, concluyendo que “*si no lo es, porque no está entre las hipótesis del artículo 8°, por ejemplo, porque se trata de un acto privado y no estatal, ahí se acaba el derecho de acceso y se debe negar la solicitud respectiva; y en segundo, si aquella información que se pide por el interesado aparece como pública, se debe analizar si hay o no una ley de quórum calificado que contemple, excepcionalmente, el secreto. Si la hay, se tiene que negar lugar a la solicitud de acceso. Si no, debe ordenar que se revele la información*” (cons. 8). Asimismo, en sentencia Rol 950-2010, recaída sobre decisión de mayoría A309-09, relativa al acceso a las memorias y balances de Fundación Futuro, la misma Corte concluyó que:

“no es posible aceptar, de manera lisa y llana, que toda información proveniente de particulares, que está en poder del Estado, sea obligadamente pública, a menos que se

configure alguna de las excepciones expresamente consignadas en la ley; pues, ateniéndose a un enfoque lógico del problema, *es preciso condicionar el carácter público de tal información a la circunstancia de que ella esté en relación clara con el ejercicio de las facultades del órgano administrativo, sea porque así fluye de la naturaleza de éstas o porque se ha expresado en actos administrativos directos*". El interés público, por tanto, no está dado por el hecho de que la información se encuentre en poder de la Administración, sino que por la relevancia que pueda tener en alguna decisión del órgano correspondiente. (cons. 16)

A su turno, la Corte de Apelaciones de Copiapó en sentencia Rol 360-2013, de 24.07.2013, recaída sobre decisión de mayoría C406-13, la Corte de Apelaciones de Copiapó ha señalado que:

"...la lectura del artículo 5° de la Ley de Transparencia... permite concluir, en un primer análisis, que la información que está en poder de los órganos del Estado es pública, a menos que exista una causal específica de reserva, tal afirmación necesita, en opinión de estos sentenciadores, matizarse en función de la naturaleza, origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa. Así, por ejemplo, no es lo mismo lo que sucede con la información recibida por el Estado... en sus labores de fiscalización, que aquella recibida por este mismo organismos en procesos de gestión del tercero que debe entregar esos antecedentes a la autoridad pública..."

III.1.3. La órbita de control directo de la información como criterio de determinación del alcance del DAIP y su vinculación con la información privada

En decisiones unánimes *el Consejo ha concluido que es el "control directo" de la autoridad sobre la información lo que constituye el criterio para determinar qué información "obra en poder" de la Administración (criterio inicialmente desarrollado en decisión de mayoría C457-10, de 16.11.2010, acordada por AF –dirimente- y RU, en votación concurrente JJ y JPO; que fue precisado en decisión C790-11, de 23.11.2011, acordada unánimemente por AF, VB, JJ y JLSM)*. Inicialmente, en votación de mayoría el CplT sostuvo que la expresión "obrar en poder" "...comprende no sólo aquella información que existe físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración [según ordena el contenido literal de la voz 'obrar'] sino también aquélla que el órgano mantiene en los hechos bajo su órbita de control o bajo su disposición — cualquiera sea su formato o soporte-, con el objeto de *disponer potencialmente de ella* para los fines que estime pertinente [conforme exige la inteligencia de la voz 'poder']" (cons. 13). Dicha interpretación se basó en:

- a) Una interpretación literal de las voces "obrar" y "poder", pues "según la Real Academia de la Lengua Española, las acepciones de la voz "obrar", cuando ésta es dicha respecto de una cosa –como lo sería la información–, son: "Existir en sitio determinado" y "Causar, producir o hacer efecto". Por su parte, entre aquellas relativas a la voz "poder" se encuentran: "Posesión actual o tenencia de algo"; y "Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo"" (cons. 11). Así las cosas, "una interpretación de la expresión 'obrar en poder' que delimite su sentido a que la información exista físicamente en las dependencias de un órgano de la Administración del Estado... supone la reducción de esta expresión al contenido literal de la voz "obrar", obviando la inteligencia de la voz "poder".
- b) Adicionalmente, desde una perspectiva finalista, se argumenta que sólo una interpretación basada en la órbita de control de la información permite la operatividad de la LT en el ámbito informático. En efecto, una interpretación distinta "...restringe el alcance de la publicidad de los documentos a una determinación estrictamente espacial o material, lo que resulta ajeno a las lógicas de tratamiento de la información en soportes informáticos, arriesgando la operatividad de la norma, y al carácter público que el artículo 5° de la LT ha reconocido expresamente a la información con indiferencia del "soporte" en el que se encuentre." (cons. 12)

Este criterio fue validado en votación unánime por el CplT desde la decisión C790-11, 23.11.2011 (AF, VB, JJ, JLSM), con la siguiente precisión: que *“la inteligencia de la voz “obrar en poder” supone que la documentación solicitada esté en la órbita de control directo o disposición de la autoridad reclamada y no que potencialmente pudiera estarlo, pues en esta segunda hipótesis su entrega dependería, en estricto rigor, del tercero que realmente la detenta.”*³⁰

La unanimidad de esta doctrina está condicionada porque la información bajo la órbita de control de la Administración no se refiera a “información privada”, pues en tales casos se aplicaría la interpretación conforme a la Constitución del art. 5º, inciso 2º, LT antes descrita –tal como lo sostuvo el Consejero Jaraquemada en el voto concurrente de la decisión C457-10, de 16.11.2010 (la concurrencia se explica porque, independientemente de la diferencia en el fondo, la decisión de mayoría también concluyó a favor del rechazo de la solicitud, pero por no encontrarse la información bajo el control directo ni potencial de la autoridad). Así las cosas, cabe concluir que la precisión efectuada por el Consejo en decisión C790-11 responde a la posición del Consejero Jaraquemada, facilitando la unanimidad.

En efecto, es precisamente la información elaborada por particulares aquélla que potencialmente puede estar bajo la órbita de control del organismo, pero no bajo su control directo. Así puede verificarse al comparar las circunstancias de hecho de la decisión que fija el criterio original (decisión C457-10, de 16.11.2010, con el voto disidente de JJ y JPO) y la decisión C790-11, de 23.11.2011 (unánime). La primera se refiere al acceso a un informe en derecho elaborado por un abogado particular sobre la situación del periódico La Nación, al que tuvo acceso el Ministro del Interior con anterioridad a su nombramiento y que fue rechazada por la mayoría por no encontrarse bajo la órbita de control directo ni potencial del organismo. Se trata entonces –como señala el Consejero Jaraquemada– de información de carácter eminentemente privada, elaborada por un particular para fines privados que no ha servido de fundamento de acto administrativo alguno (voto disidente). Por su parte, la segunda decisión se refiere al acceso a la desagregación de los costos que supone a la empresa AFT la emisión de la tarjeta Bip!, en ejecución de un contrato de prestación de servicios entre dicha empresa y el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. En ella el CplT unánimemente concluye que dicha información no se encuentra bajo el control directo del Ministerio –aunque sí potencial– “por tratarse de antecedentes propios de la gestión interna de la empresa AFT”. En efecto, el CplT hace presente que las cláusulas del contrato facultan al Ministerio para controlar “la gestión de los servicios encomendados al AFT, incluyendo... su gestión comercial y financiera...”, y “...el AFT deberá otorgar libre acceso a los representantes del Ministerio a sus oficinas e instalaciones, y permitir la revisión de todos los antecedentes, sistemas, respaldos y toda información archivo o documentos relacionado con los servicios objeto del presente Contrato”. Con todo, “si bien el ejercicio de lo dispuesto en ella permite un “potencial” acceso del organismo a la documentación de la empresa AFT no supone que la información requerida “obre en poder” de la Administración (cons. 6). Cabe presumir que, de no mediar la modificación del criterio esta información sería considerada como información de naturaleza privada.

La implicancias del cambio en la doctrina sobre la órbita de control –de mayoría a unánime– son relevantes en cuanto al alcance del DAIP. La aplicación del criterio de “control directo” resulta sencillo respecto de la información generada por los propios órganos públicos que ha sido transferida a otros. Así por ejemplo, en decisión C2187-13, de 21.03.2014 (unánime) el CplT se pronuncia sobre el acceso a un sumario administrativo ya concluido, que fue remitido por Carabineros de Chile a la Subsecretaría del Interior, concluyendo que éste aun se encuentra bajo la órbita de control de Carabineros de Chile, por “encontrándose habilitado para requerirlo a la Subsecretaría del Interior, a fin de dar cumplimiento a la obligación de informar al recurrente” (cons. 5). Sin embargo, la decisión C790-11 muestra que el contenido protegido por el DAIP no alcanza la información bajo tenencia de particulares, que ha sido elaborada como

³⁰ Para casos más recientes de aplicación unánime de este criterio véase decisiones C2187-13, de 21.03.2014, y C634-14, de 07.05.2014

consecuencia de un contrato de prestación de servicios con la Administración, para el desarrollo de labores de interés público, como lo es –según reconoce el propio Consejo– la “fijación de las distintas tarifas que comprende el sistema de transporte público” (cons. 5).

Así las cosas, la aplicación de esta doctrina puede encontrar desafíos en el contexto de una Administración Pública en creciente *outsourcing* de servicios, especialmente, al intentar acceder a información que dé cuenta del desempeño o *performance* del contratista. En tales casos, conforme a esta doctrina, el CplT sólo podría ejercer sus competencias normativas, no así resolutivas.³¹

Finalmente, cabe destacar que el CplT –en decisiones unánimes– también ha precisado la frontera del DAIP frente al derecho de petición, para lo que ha relevado la exigencia de que la información solicitada obre en un soporte material o electrónico determinado, como condición de su entrega.³²

III.1.4. Observaciones

1. No obstante el voto dirimente sirvió en una decisión para la adopción como doctrina de mayoría de una interpretación restrictiva sobre el alcance del DAIP, ha sido la adopción de este criterio por la Consejera Blanlot y Santa María lo que ha permitido la configuración de una jurisprudencia de mayoría en las últimas decisiones divididas sobre la materia. Con todo, las decisiones de mayoría que originaron el cambio de doctrina son reducidas en número, pues esta doctrina no ha sido aplicada posteriormente en decisiones de mayoría y no se han detectado pronunciamientos sobre el particular por el Consejero Drago que permitan concluir que actualmente constituye la jurisprudencia unánime del Consejo.
2. Ambas posiciones doctrinarias han conocido de cierto respaldo a nivel de Corte de Apelaciones. Sin embargo, sólo la jurisprudencia más reciente ha tenido un respaldo categórico por parte del TC.
3. Si bien la más reciente doctrina de mayoría identifica hipótesis precisas para determinar el acceso a la información privada de conformidad con la LT, ésta no ha sido del todo esquemática sobre desafíos interpretativos que impactan en la determinación del alcance del DAIP. En primer lugar, su impacto en la aplicación de los efectos del artículo 20 LT respecto de las personas jurídicas, por lo que parece recomendable que el Consejo precise sus efectos. En segundo lugar, resulta conveniente precisar si para determinar el alcance del DAIP el CplT adoptará un criterio sustantivo o formal del concepto de documentos que sean “sustento o complemento directo y esencial” del acto administrativo y de los “documentos necesarios para el ejercicio de potestades públicas”.

³¹ Sobre los desafíos para los sistemas de transparencia del *outsourcing* de servicios por parte de la Administración puede revisarse el caso inglés. A diferencia de la LT, la *Freedom of Information Act* inglesa (FOIA) contiene una definición más amplia del concepto de información pública, incluyendo expresamente aquella que se encuentra en posesión de un tercero en nombre de la autoridad. Su *Section 3(2)* explica que se entiende por información en poder de la Administración: “3. (2) For the purposes of this Act, information is held by a public authority if (a) it is held by the authority, otherwise than on behalf of another person, or (b) it is held by another person on behalf of the authority.” En base a esta disposición, en los casos de *outsourcing* el *Information Commissioner’s Office* ha señalado que “...for deciding whether certain information is held by a contractor on behalf of a public authority. The primary source that we would consider is the contract between the authority and the contractor.” Al respecto véase: *Information Commissioner’s Office. Outsourcing and freedom of information -guidance document*. Disponible en: <https://ico.org.uk/media/1043530/outsourcing-and-freedom-of-information.pdf> (consultado el 19.01.2016). En materia de competencias normativas en casos de *outsourcing*, véase *Information Commissioner’s Office. Transparency in outsourcing: a roadmap*. Disponible en: <https://ico.org.uk/media/1043531/transparency-in-outsourcing-roadmap.pdf> (consultado el 19.01.2016).

³² El CplT ha concluido que “la información cuya entrega puede ordenar debe contenerse ‘en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos’ o en un ‘formato o soporte’ determinado, según reza el inciso 2º del artículo 10 de la Ley de Transparencia, no pudiendo requerirse la entrega de información que sólo está en la mente de la autoridad”³². Sin perjuicio de reconocer como excepción que la solicitud verse sobre “si se realizó o no una acción que habría acaecido en el pasado”³² (v. gr., si la autoridad ha verificado la existencia de la infraestructura requerida para dar factibilidad legal a un proyecto aprobado ambientalmente³²), caso en el cual ésta sí estaría cubierta por el contenido protegido del DAIP. Ello es sin perjuicio de que el Consejo, de conformidad con su interpretación de la historia fidedigna de la Ley N° 20.285, ha concluido que frente a determinadas consultas ante la autoridad, el DAIP permite “solicitar a los órganos de la Administración elaborar documentos, en tanto la información que allí se vuelque obre en poder de la Administración y con un límite financiero: no irrogar al Servicio un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional” (A97-09, de 18.08.2009, véase también C819-11, de 7.10.2011; y C1038-11 y C1041-11 (acumuladas), de 28.10.2011.).

4. La jurisprudencia unánime del Consejo sobre el “ámbito de control directo de la información” criterio para determinar qué información “obra en poder” de la Administración restringe el alcance del DAIP respecto de servicios que la administración a externalizado, lo que presentará desafíos para acceder a información que dé cuenta del desempeño o *performance* de los contratista.

III.2. ACCESO A INFORMACIÓN SINDICAL

Entendemos por decisiones sobre el acceso a información sindical aquéllas que resuelven reclamaciones de amparos al DAIP contra las Inspecciones del Trabajo por la denegación del acceso a (i) la identidad de los afiliados a una organización sindical o información en qué ella consta –v.gr. la nóminas de afiliados a un sindicato o el registros de asistentes a su constitución–; e (ii) información relativa a las actividades propias del sindicato –v.gr. el acta de constitución del sindicato, sus estatutos o acta de renovación de directorio–. Como veremos, la actual jurisprudencia unánime del CplT considera secreta aquella información que da cuenta de la identidad de los afiliados a una organización sindical, por tratarse de datos personales cuya comunicación a terceros se encuentra expresamente restringida a las hipótesis consideradas por la Ley Nro. 19.628, sobre protección de la vida privada, o a la concurrencia de un interés público en la comunicación de la información, ninguno de los cuales concurriría en estos casos. Por su parte, en cuanto a la información relativa a las actividades propias del sindicato, la jurisprudencia ha resuelto su carácter público, pues su comunicación no afectaría los derechos de los trabajadores ni del sindicato. Esta jurisprudencia contrasta con las decisiones iniciales del CplT³³ donde las decisiones de mayoría consideraron pública la información sindical y las posiciones de minoría la consideraron de carácter privado o que su comunicación afectaría los derechos de los trabajadores, así como la autonomía sindical. Si bien estas posiciones inicialmente parecían irreconciliables, el análisis de las decisiones dividida muestra cómo éstas se aunaron.

III.2.1. Posición mayoritaria inicial. La información sindical como información pública

Inicialmente las decisiones del CplT sobre acceso a la información sindical se caracterizaron por un doctrina de mayoría que declaró el carácter público de la información sindical. Dicha doctrina se formó a través de los votos de los Consejeros Ferreiro y Urrutia, y el voto dirimente de este último. El posterior cambio en la doctrina de mayoría hacia la reserva de la información por aplicación de las normas sobre protección de datos personales de la Ley Nro. 19.628, llevó a que el Consejero Urrutia mantuviera como disidente la doctrina aquí descrita como mayoritaria, a partir de la decisión C532-11, de 24.08.2011, acordada por AF y JJ, disidente RU y concurrente JPO.

A. Regla general: El carácter público de la identidad de los afiliados a un sindicato

En cuanto a la identidad de los trabajadores afiliados a un sindicato, la presente doctrina de mayoría sostuvo que “...*la identidad de los afiliados a un sindicato cuya nómina obra en poder de una Inspección del Trabajo respectiva es, en principio, pública, salvo cuando se trate de una organización en formación que se encuentra dentro del periodo de un año que la Ley otorga en el artículo 227 del Código del Trabajo, en cuyo caso el Consejo es de la opinión que mientras se consolida la organización sindical de que se trata se resguarde la información solicitada, reforzando el derecho a la libertad sindical de constitución...*” (cons. 11, decisión C164-11, de 14.06.2011, que consolida la doctrina de mayoría, acordada por RU –dirimente– y AF, disidentes JPO y JJ). Esta posición descarta que la comunicación de la identidad de los afiliados afecte la autonomía sindical y los derechos de los trabajadores, en particular, su estabilidad

³³ Decisiones Roles Nros. C250-10, C306-10, C652-10, C722-10, C839-10, C866-10, C59-11, C164-11, C188-11, C359-11, C492-11, C532-11 y C406-13.

laboral, los derechos económicos emanados de su relación laboral y el derecho a la protección de sus datos personales. La doctrina se funda en tres argumentos que se revisan a continuación.

Primero, a partir de un análisis en abstracto de la normativa laboral, la mayoría descartó que la comunicación de la identidad de los afiliados a un sindicato involucre un riesgo de represalias por parte del empleador, toda vez que la legislación laboral habría incorporado elementos disuasivos en contra de dichas prácticas. A partir de ello, sostiene que la comunicación de la información no afectaría sus derechos en los términos del artículo 21 Nro. 2 de la LT. En efecto, en decisión C250-10, de 20.08.2010, que resuelve el acceso al registro de participantes de un sindicato (acordada por AF, RU y RG, disidente JPO), la mayoría sostuvo que el temor de represalias alegado por el Sindicato y la Inspección del Trabajo:

“...se ve disminuido con la fuerte protección con la que cuentan los trabajadores sindicalizados. Por una parte, los directores de un sindicato gozan de fuero laboral, de acuerdo al artículo 235 del Código del Trabajo y, por otra, los artículos 289 y siguientes del mismo cuerpo legal, tipifican las prácticas desleales o antisindicales, estableciendo multas para el empleador que incurriera en ellas y que oscilan entre las 10 a 150 Unidades Tributarias Mensuales. Por lo tanto, la legislación laboral se ha encargado de establecer elementos disuasivos a los empleadores en el ejercicio de represalias en contra de los miembros de los sindicatos, con un marco jurídico sancionatorio aplicable a los empleadores que incurran en tales prácticas, pudiendo concluirse que, en el presente caso, no se han acompañado antecedentes que hagan presumir la concurrencia de un daño presente, probable y específico.” (cons. 11)

La interpretación formulada por la mayoría es discutible. La constatación del régimen de protección dispuesto por el legislador, antes que asegurar la protección en concreto de los derechos de los trabajadores en un caso particular, debe entenderse –en abstracto– como un indicio del riesgo de afectación de los derechos de los mismos a partir de prácticas antisindicales, que es lo que se pretende evitar a través de medidas disuasivas. Como veremos, ésta es la línea seguida por el Consejero Olmedo en su votación disidente.

Adicionalmente, la mayoría descarta la que existan antecedentes de que “hagan presumir la concurrencia de un daño presente, probable y específico”, es decir, ni el sindicato ni la Inspección del Trabajo habrían presentado suficientes antecedentes de hecho sobre el riesgo de represalias. Esa conclusión también se encuentra en decisión de mayoría C866-10, de 28.01.2011 (acordada por AF y RU, disidente JJ), que resolvió el acceso a la nómina de los asistentes a la votación de reforma de estatutos de un sindicato interempresas. En ella se descartó la afectación de la libertad sindical, señalando que “...no se ha advertido cómo en el presente caso tales derechos pudieran verse perjudicados con la divulgación de la información solicitada, pues las argumentaciones vertidas por el tercero no han justificado la concurrencia de un daño presente, probable y específico a los mismos derechos” (cons 14). Al respecto, cabe indicar que la doctrina de mayoría no parece distinguir entre el estándar probatorio sobre el “riesgo” de represalias por la comunicación de la información –a considerarse en sede del DAIP– de aquél propio de los indicios de represalias, cuya sede de estudio es la jurisdicción laboral. Como veremos, éste punto será objeto de crítica por la jurisprudencia judicial.

En segundo lugar, en la misma decisión C250-10 la mayoría sostuvo que conforme a la legislación laboral existen hipótesis que reconocen el conocimiento del empleador de la identidad de los afiliados a un sindicato. En ese sentido, la mayoría argumenta que:

“...no existe una norma expresa que establezca específicamente el secreto del Registro de participantes de un Sindicato de Trabajadores. Por el contrario, algunas normas del Código del Trabajo parten del supuesto de su conocimiento para hacer efectivas sus disposiciones. Es así como, a modo ejemplar,...para dar cumplimiento a lo prescrito por el artículo 261..., en cuanto al pago de la cuota sindical, establece la obligación del empleador de, cuando así se ha acordado, proceder al descuento respectivo y a su depósito en la cuenta corriente o de ahorro de la o las organizaciones de superior grado respectivo, para lo cual se le deberá enviar copia del acta respectiva.” (cons. 12)

Sin embargo, la posición de la mayoría no considera que las hipótesis legales de comunicación de la identidad de los afiliados al empleador razonan sobre la base de la preexistente voluntad del sindicato a su comunicación, como parte de un proceso en las relaciones laborales sindicato-empleador.

En similar sentido, en decisión de mayoría C164-11, de 14.06.2011, relativa al acceso a un proyecto de contrato colectivo propuesto por un sindicato y el listado de afiliados acompañado por el sindicato a dicho proyecto de contrato, la mayoría descartó la potencial afectación de los derechos de los trabajadores,

“...pues, conforme a lo dispuesto en el artículo 325 del Código del Trabajo, los trabajadores sindicalizados que se encuentren en un proceso de negociación colectiva con el empleador, junto con el proyecto de contrato colectivo, deben entregar la nómina de sus afiliados, siendo éste el mecanismo mediante el se conocerá cuáles son los trabajadores afectos a dicho instrumento laboral y que genera tanto derechos como obligaciones recíprocas.” (cons. 13)

En tercer lugar, la doctrina en análisis sostuvo que, si bien la afiliación a un sindicato constituye un dato personal en los términos del artículo 2 de la LPDP, existiría un interés público en su comunicación que permitiría vencer la reserva dispuesta por la LPDP. En un caso primer caso – decisión C164-11, de 14.06.2011–, la doctrina de mayoría consideró que ese interés público concurría cuando el solicitante es miembro del directorio del sindicato, pues en tales casos la publicidad velaría por el debido funcionamiento del sindicato. Al respecto, la mayoría consideró que

“no obstante la identidad de aquellos trabajadores afiliados al sindicato en comento– datos de carácter personal, de titularidad de dichos trabajadores, conforme a la definición contenida en el artículo 2º, letras f), de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, el amparo de tales datos debe ceder ante *el interés público de velar por el debido funcionamiento de las organizaciones sindicales*, a través del acceso de la información que generen o les conciernan –como, por ejemplo, sus afiliados, las cláusulas contractuales que les afecten o el proyecto de contrato colectivo que haya propuesto– por parte de los miembros de su directorio, a fin de permitir el ejercicio de sus atribuciones y el cumplimiento de su mandato previsto en legislador, en especial en sus artículos 234 y siguientes del Código del Trabajo” (cons. 12, decisión C164-11, de 14.06.2011).

Posteriormente, la mayoría determinó que dicho interés público concurriría, independientemente de las características del solicitante, a fin de velar por el cabal cumplimiento de las exigencias legales necesarias para la constitución definitiva de un sindicato. Dicho argumento se encuentra en decisión de mayoría C188-11, de 17.06.2011 (acordada por RU –dirimente– y AF, disidentes JPO y JJ), que resuelve el acceso al libro de socios de un sindicato, por parte del representante legal de la empresa en que éste se constituyó, a fin de verificar el cumplimiento del quórum establecido en el inciso 2º del artículo 227 del Código del Trabajo para la constitución definitiva de un sindicato y supervigilar las funciones de la Dirección del Trabajo en la materia. En ese sentido, la decisión señala que:

“el amparo de tales datos [personales] cede ante el interés público prevalente consistente, por una parte, en velar por el cabal cumplimiento de las exigencias legales necesarias para la constitución definitiva de un sindicato, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 227 del Código del Trabajo, especialmente por parte de la empresa a la que éste pertenezca, como también en la supervigilancia del correcto ejercicio de las funciones públicas asignadas a la Dirección del Trabajo vinculadas a la cabal verificación de tales requisitos” (cons. 9).

Si bien en materia de aplicabilidad de la LPDP los argumentos antes expuestos constituyeron la regla en las decisiones de mayoría de esta doctrina (Consejeros Ferreiro y Urrutia), cabe destacar que inicialmente sus autores sostuvieron el carácter reservado de la identidad de los afiliados a una organización sindical, sin consideración alguna al denominado test de interés público. Así ocurrió en decisión C722-10, de 07.01.2011 (acordada por AF, RU y JPO,

disidente JJ), relativa al acceso a los convenios colectivos entre la empresa Express de Santiago Uno S.A. y los respectivos sindicatos. En ella se resolvió que

“...sin perjuicio de que la información solicitada ha sido declarada como información pública, atendido la naturaleza de ésta –instrumentos colectivos de trabajo-, como de la información contenida en ella, resulta presumible considerar que en dicha documentación se contenga información que constituye datos personales, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 19.628, tales como nombre, domicilio y RUT de los trabajadores que formen parte de los respectivos sindicatos que concurren a la celebración de los instrumentos colectivos solicitados, cuya divulgación debe protegerse, tarjándose dicha información en aquellos casos en que ésta conste en dicha documentación” (cons. 8).

La precitada decisión parece constituir una inconsistencia en la votación de mayoría, pues sus conclusiones no fueron seguidas por la doctrina en estudio. Con todo, su adopción podría explicarse por la concurrencia del Consejero Olmedo, quien sólo en esta decisión participa de la mayoría compartiendo sus argumentos.

B. Excepción: El carácter reservado de la identidad de los afiliados a un sindicato en proceso de consolidación

Como se señaló, la doctrina en análisis consideró como excepción al acceso a la identidad de los afiliados a un sindicato la circunstancia de que éste se encuentre en “periodo de consolidación” conforme al artículo 227 del Código del Trabajo.³⁴ Así fue resuelto en decisión C839-10, de 19.03.2011, donde lo solicitado fue la nómina de los votantes en la elección del directorio de un sindicato y el acta respectiva (También véase decisión C59-11, de 06.05.2011). Para construir esta excepción la mayoría se basa en tres argumentos.

- i. En primer lugar, la decisión es interesante porque interpretando el contenido protegido por el derecho a la libertad sindical y la historia de la Ley Nro. 19.759, sostiene que el legislador habría reconocido respecto de los sindicatos un margen de “autodeterminación informativa” en los procesos eleccionarios internos. Al respecto, la decisión señala que “la Ley N° 19.759 [que modificó los artículos 237 y 238 del Código del Trabajo] amplió a favor de las organizaciones sindicales el margen de autonomía que existía anteriormente entregando a las propias organizaciones sindicales la posibilidad de regular a través de sus estatutos los procesos electorales internos...”(cons. 14) “...de lo anterior se desprende que el legislador ha reconocido la autonomía de una organización sindical en lo relativo al proceso electoral de renovación de su directorio, estableciendo a favor de dichas organizaciones y como parte de su autonomía, un margen de *autodeterminación informativa* que pueden hacer efectivas en sus estatutos y que comprende la información solicitada en la especie...” (cons. 15). Consecuentemente, la decisión resuelve que la oposición del sindicato a la entrega de la información “...resulta justificada por cuanto la esfera de este derecho comprende un margen de *autodeterminación informativa del sindicato* en relación con las materias a que se refiere la información objeto del presente amparo, de suerte que al haber manifestado dicho sindicato su oposición a la entrega de la información solicitada, ésta debe mantenerse reservada precisamente para proteger su derecho a la autonomía sindical” (cons. 16).

En este punto la doctrina merece dos observaciones. Por una parte, no resulta claro en la decisión –ni en decisiones posteriores (véase C164-11, de 14.06.2011)– porque este argumento sirvió sólo para la protección de la autonomía sindical de sindicatos en proceso de consolidación, en circunstancias que la citada autonomía es concedida a todo sindicato. Por otra parte, resulta paradójico que invocando el Consejo la idea de autodeterminación informativa del sindicato, la decisión no considere como argumento para la reserva la protección de los datos personales de los trabajadores, en circunstancias que esta

³⁴ El artículo 227 del Código del Trabajo establece que para constituir una organización sindical en aquellas empresas en las cuales no exista un sindicato vigente, se requerirá al menos de ocho trabajadores, debiendo completarse el quórum definitivo, en el plazo máximo de un año, transcurrido el cual caducará su personalidad jurídica, por el solo ministerio de la ley, en el evento de no cumplirse con dicho requisito.

protección se basa, en palabras del propio Consejo, en el derecho a la autodeterminación informativa que implícitamente reconocería la LPDP³⁵.

- ii. En segundo lugar, la doctrina de mayoría argumenta en el caso de los sindicatos en proceso de consolidación la comunicación de la identidad de sus afiliados sí afectaría el derecho a la libertad sindical. Al respecto, la decisión destaca que, conforme a la historia de la Ley Nro. 19.759, al consagrar dicha modalidad de constitución provisoria de los sindicatos, el legislador pretendió facilitar su constitución, fijado un plazo prudente para su consolidación definitiva. (cons. 20) “...en este contexto... mientras se consolida la organización sindical es conveniente resguardar la información solicitada, pues ello se enmarca en la idea de reforzar el derecho a la libertad sindical de constitución, acentuando los mecanismos normalmente consagrados por el legislador para tales fines, como las prácticas antisindicales u otras medidas de protección como el fuero... En otras palabras, en el caso que nos ocupa la divulgación de la información solicitada podría exacerbar el riesgo de conductas tendientes a impedir la constitución definitiva del sindicato, con el consiguiente perjuicio de la libertad sindical de constitución.” (cons. 21).
- iii. Finalmente, la mayoría consideró los argumentos del caso concreto expuestos por el sindicato para justificar la excepción a su criterio general. Según indicó el sindicato, “desde su constitución.. ha debido denunciar a la empresa en dos ocasiones por vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores; la primera, relacionada directamente con la acción sindical, pues los dirigentes fueron trasladados de lugar de trabajo...” (parte expositiva). Este punto es destacado por la mayoría para fundar la excepción a su regla de publicidad, señalando que si bien decisiones anteriores ha fallado en términos distintos, el cambio de criterio “...encuentran plena justificación dado que en este caso en particular las alegaciones del Sindicato marcan una diferencia y hacen que se concluya que la reserva de la información solicitada sea necesaria para proteger el derecho a la libertad sindical de los trabajadores del Sindicato..., concretamente la consolidación del sindicato, pues a juicio de este Consejo la divulgación de dicha información envuelve un riesgo cierto, probable y específico de afectar ese derecho, con el consiguiente perjuicio a la organización misma e, incluso, a los derechos de los trabajadores mismos.” (cons. 22). No obstante en este caso la mayoría consideró los elementos del caso concreto, posteriormente la excepción sería aplicada basada únicamente en el estado de formación del sindicato, sin particular consideración al riesgo de afectación de los derechos –véase decisión C532-11, de 24.08.2011.

Revisión judicial de la doctrina. La doctrina en análisis fue objeto de crítica por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol 5086-2011, de 21.08.2012, que se pronunció sobre decisión C188-11. En ella la Corte hace propios los argumentos planteados en las votaciones disidentes –los cuales se analizan a continuación–, y agrega que

“...resulta llamativa la distinción que realiza el Consejo respecto de un Sindicato "en formación"... para negar el acceso a la información, mientras se "consolida" con el fin de reforzar el derecho a la libertad sindical. En los restantes casos, su interés es que se cumplan cabalmente las exigencias para la constitución definitiva de un sindicato, como también "el correcto ejercicio" de las funciones públicas asignadas a la Dirección del Trabajo vinculadas a la verificación de los requisitos de constitución de los sindicatos. Asimismo, argumenta que la reserva no se justifica porque la empresa los conoce por los contratos de trabajo. *Se advierte en ello una posible intromisión al distinguir factores que le son propios a la justicia especializada del trabajo*” (cons. 9)(el destacado es nuestro)

C. El carácter público de la información relativa a las actividades propias del sindicato

La información sobre las actividades propias del sindicato –v.gr. el acta de constitución del sindicato, sus estatutos o acta de renovación de directorio– también fue considerada pública por la doctrina aquí descrita. En este caso su argumentación descansa principalmente en los argumentos expuesto previamente sobre la ausencia de afectación de la autonomía sindical y los

³⁵ Decisión C315-11, de 04.03.2011.

derechos de los trabajadores, fundado en la ausencia de antecedentes que permitan verificar el riesgo de daño, y teniendo en consideración el régimen de protección que la legislación laboral otorga al sindicato y sus afiliados. Así, por ejemplo, en decisión C164-11, de 14.06.2011 (acordada por RU –dirimente- y AF, disidente JJ y JPO), la mayoría ordenó la entrega de un contrato colectivo fundada en que:

“...el Sindicato no ha aportado antecedentes que permitan verificar un daño presente, probable y específico a sus derechos, producto de la divulgación de las cláusulas que componen el cuerpo de un contrato colectivo de trabajo, así como el proyecto de contrato colectivo requerido, máxime teniendo presente las normas protectoras, de orden público, vigentes en materia laboral, especialmente aquellas que amparan a los trabajadores respecto de los beneficios que pacten con su empleador en los instrumentos colectivos de trabajo. Que, en efecto, de conformidad con el artículo 311 del Código del Trabajo, las estipulaciones de un contrato individual de trabajo no podrán significar disminución de las remuneraciones, beneficios y derechos que correspondan al trabajador por aplicación del contrato, convenio colectivo o del fallo arbitral por el que esté regido, lo que refuerza el hecho de que la condición de los trabajadores que forman parte del convenio colectivo materia de la solicitud, está suficientemente garantizada, no representando el conocimiento del texto de sus cláusulas perjuicio alguno a los mismos” (cons. 10)

Adicionalmente, en decisión C866-10, de 28.01.2011, la mayoría ordenó el acceso a las actas de reforma de los estatutos de un sindicato, el actas de escrutinio de la votación respectiva y la modificación de sus estatutos –además de la nómina de los asistentes a la votación–, fundado en que (i) el artículo 232, inciso final, del Código del Trabajo, señala expresamente que los estatutos serán públicos (cons. 8) y (ii) “...no se ha advertido cómo en el presente caso tales derechos pudieran verse perjudicados con la divulgación de la información solicitada, pues las argumentaciones vertidas por el tercero no han justificado la concurrencia de un daño presente, probable y específico a los mismos derechos.” (cons. 14).

Adicionalmente, en la ya citada decisión de mayoría C839-10, de 19.03.2011, donde se acordó la reserva de la identidad de los afiliados a un sindicato en proceso de consolidación, la mayoría resolvió dar acceso al acta del acto electoral de renovación del directorio, “restringida sólo al número de votos obtenidos por los candidatos elegidos como Directores, como asimismo al número total de trabajadores que participaron en el mencionado acto electoral, sin incluir la individualización de estos últimos” (parte resolutive). La razón es que, en esos términos, su comunicación “...no envolvería un riesgo de afectación de los derechos invocados en la especie”

Como única excepción a este punto, en decisión de mayoría C359-11, de 15.07.2011 (acordada por RU y AF, concurrente JJ), el Consejo rechazó el acceso a la carpeta de negociación colectiva llevada por la empresa y un grupo de trabajadores unidos para el sólo efecto de negociar. En su argumentación la decisión sostiene que de divulgarse al sindicato la estrategia de negociación del grupo constituido al efecto se dañarían sus derechos. En ese sentido, señaló lo siguiente:

“...puede advertirse que de la documentación contenida en la carpeta solicitada queda de manifiesto la estrategia desplegada por las partes en el transcurso del proceso de negociación colectiva que desarrollaron en su oportunidad y de los márgenes de negociación que cada una estableció en dicho procedimiento, específicamente vinculados a derechos y obligaciones con contenido pecuniario y otros referidos, en general, a las condiciones laborales de ambas.” (cons. 6)

“Que, en el caso de los trabajadores que integran el grupo de trabajadores unidos para el sólo efecto de negociar en el proceso de negociación colectiva..., este Consejo estima que la divulgación de la documentación mediante la cual se materializó tal negociación puede lesionar sus derechos de carácter económico en relación con el nuevo proceso negociador que recientemente se ha iniciado, por cuanto, otorga valiosos antecedentes que habilitarían al sindicato interempresa que representa el reclamante –excluido del proceso de negociación colectiva anterior– que pudieran ser empleados para interferir o entorpecer el proceso que debe llevarse a cabo nuevamente en la empresa aludida, cuestión que afectaría

de un modo directo a la capacidad negociadora de dichos trabajadores, lo que, en definitiva, pondría seriamente en riesgo su posibilidad de mejorar sus condiciones laborales.”

III.2.2. Doctrina disidente Consejero Olmedo: La protección de la autonomía sindical y la protección de datos personales como fuente de reserva

Contrariamente a la posición de mayoría, en votaciones disidente el Consejero Olmedo sostuvo consistentemente que *la identidad de los trabajadores afiliados a un sindicato es reservada porque su comunicación afectaría el derecho a la libertad sindical, en los términos del artículo 21 Nro. 2 LT*. En efecto, desde decisión C250-10, el Consejero Olmedo sostuvo que la comunicación de la nómina de trabajadores sindicalizados podría representar una forma de discriminación antisindical, servir para la confección de listas negras, y viola los principios contenidos en los convenios OIT suscritos por Chile. Al respecto, señaló que:

“...los órganos de control de la OIT, en particular el Comité de Libertad Sindical, consideran que la obtención de información sobre la mera afiliación a un sindicato –sin motivo específico que justifique tal solicitud– podría representar una forma de discriminación antisindical...”

“... que “la confección de un registro con los datos de los afiliados a los sindicatos no respeta los derechos de la personalidad y puede ser utilizado con el fin de confeccionar listas negras de trabajadores”

“...la distribución de tal información podría constituir una violación del artículo 2 del Convenio N° 98 (protección contra los actos de injerencia)... dicho artículo “establece la total independencia de las organizaciones de trabajadores en el ejercicio de sus actividades, con respecto a los empleadores” (párrafo 855 de la Recopilación) y “las circulares publicadas por una compañía invitando a los trabajadores a declarar a qué sindicato pertenecían, aún cuando no tuvieran por objeto interferir en el ejercicio de los derechos sindicales, pueden muy naturalmente considerarse como que implican tal injerencia” (párrafo 866 de la Recopilación).

Posteriormente, en sus votaciones disidentes en decisiones C164-11, de 14.06.2011, y C188-11, de 17.06.2011, el Consejero Olmedo agregó que la afiliación a un sindicato constituye un dato personales protegido por la LPDP. En este punto, argumentó que:

“...tratándose la identidad de los trabajadores afiliados a un Sindicato de un dato personal que ha sido entregado a la Administración por expreso mandato de los artículos 324 y 325 del Código del Trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4°, 7° y 20 de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales, su comunicación sólo puede efectuarse cuando la ley lo autorice o el titular consienta expresamente en ello, lo que no ocurre en el presente caso, razón por la cual los órganos públicos están obligadas a guardar secreto sobre los mismos. Dicha conclusión resulta concordante con la naturaleza del derecho de protección de datos personales, cuyo objeto es garantizar a las personas el control de la información de la que son titulares, a fin de proteger el ejercicio de sus derechos, tales como, en el presente caso, el derecho a la sindicalización.”

El punto es importante, pues con posterioridad a estas decisiones el Consejo adoptará una nueva línea jurisprudencial en esta línea, donde concurrirán la votación de los Consejos Ferreiro, Jaraquemada y Olmedo (decisión C532-11).

III.2.3. Doctrina Disidente Consejero Jaraquemada: La información sindical como información privada

Tal como se señaló en la sección que analizó el alcance del DAIP (*supra* III.1), a partir de su voto disidente en decisiones C306-10, de 10.12.2010, y C722-10, de 07.01.2011, ambas en materia de acceso a información sindical, el Consejero Jaraquemada desarrolló una interpretación conforme a la Constitución del artículo 5°, inciso 2°, LT que restringe el alcance del DAIP en cuanto a la información privada. Dado que los argumentos sobre los que se funda esta doctrina ya han sido desarrollados, no serán replicados en esta parte. Con todo, cabe destacar que esta

doctrina permite al Consejero Jaraquemada concluir que *la información sindical –esto es, respecto de la identidad de los afiliados como la documentación propia de la actividad del sindicato– es de origen y naturaleza privada, por que se encuentra fuera del alcance del DAIP y la LT.* Por ejemplo, en votación disidente de decisión C306-10 concluye que

“...la información solicitada es claramente de origen y naturaleza privada, pues se pide divulgar un convenio colectivo suscrito entre una empresa privada y un grupo de sus trabajadores... Es decir, se trata de un documento que, por antonomasia, es de carácter privado y que si bien obra en poder del Estado no ha sido fundamento de un acto ni de una resolución administrativa, por lo que no puede ser alcanzado por el principio de publicidad que la Constitución y la Ley de Transparencia imponen a la información pública.” (cons. 13). En iguales términos la votación disidente en decisión C722-10.

A la misma conclusión arriba sobre el acceso a los antecedentes del proceso electoral llevado a cabo en un sindicado, señalando que:

“...se pide divulgar antecedentes relacionados con un proceso electoral desarrollado al interior de una organización de naturaleza privada como es el Sindicato..., el que constituye un cuerpo intermedio que debe gozar de la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos... Es decir, la solicitud dice relación con documentos que, por antonomasia, son de carácter privado y que si bien obran en poder del Estado es sólo para los efectos de que el órgano estatal, a través de uno de sus funcionarios, verifique que se ha cumplido con las mayorías y formalidades legales relacionadas con el proceso electoral en cuestión, sin que la información solicitada haya sido el fundamento de un acto ni de una resolución administrativa, por lo que no puede ser alcanzada por el principio de publicidad que la Constitución y la Ley de Transparencia imponen a la información pública.” (cons. 13)

Posteriormente, al igual que el Consejero Olmedo, en decisiones C164-11, de 14.06.2011, y C188-11, de 17.06.2011, agregó a su doctrina que la afiliación sindical constituye un dato personal cuya comunicación se encuentra vedada por la LPDP:

“la identidad de los trabajadores afiliados al sindicato... y la identidad de los trabajadores no afiliados a ese sindicato, pero que adhieren a sus negociaciones, constituyen datos personales que obran en poder del Estado y que, por disposición de la Ley N°19.628, de Protección de la Vida Privada, sólo pueden ser divulgados por mandato de una ley o previa autorización expresa de sus titulares, debiendo utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que hayan provenido de fuentes accesibles al público. En el caso sub lite no se verifica ninguna de estas circunstancias que autorizarían su tratamiento. Por otra parte, a juicio de este disidente, no se observa en este caso concreto la concurrencia de un interés público preponderante que prevalezca sobre el interés individual de los titulares de los datos de mantenerlos en reserva y que permita levantar dicha protección para proceder a divulgarlos. (cons. 12)

El análisis de las doctrinas disidentes permite concluir que, no obstante éstas arribaban al mismo resultado desde matrices de análisis distintas, encontraron terreno común en la aplicación de la LPDP como fuente para rechazar el acceso a la información sindical. Así las cosas, resulta claro que ha sido a partir de dichas disidencias la construcción de la actual doctrina unánime del Consejo.

III.2.4. Doctrina unánime: La afiliación sindical como dato personal

Actualmente, la jurisprudencia unánime del CplT considera secreta aquella información que da cuenta de la identidad de los afiliados a una organización sindical, por tratarse de datos personales de los afiliados cuyo tratamiento o comunicación a terceros se encuentra expresamente vedado por la LPDP. Esta doctrina encuentra su origen en decisiones de mayoría C492-11 y C532-11, de 24.08.2011, acordadas por los Consejeros Jaraquemada y Ferreiro con el voto concurrente del Consejero Olmedo y la disidencia del Consejero Urrutia. El criterio ha sido posteriormente ratificado por el Consejo Directivo, en forma unánime y en con distintas integraciones, en decisiones C1053-11, de 07.12.2011, acodada por JJ, AF, VB y JLSM; y C1401-14, de 03.12.2014, acordada por JJ, VB, JLSM y MD. Como se señaló, se trata de una

doctrina que adoptó la posición de minoría desarrollada por los Consejeros Olmedo y Jaraquemada. Conforme a ella, *“la afiliación sindical de una persona natural constituye un dato personal cuya divulgación afectaría el derecho a la vida privada de las personas que concurrieron a la formación de las entidades sindicales consultadas, razón por la cual, de conformidad con el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en relación con el artículo 7° de la Ley N° 19.628, se trata de información secreta.”* (cons. 17).

Con todo, siguiendo su jurisprudencia en materia de datos personales, el Consejo precisa que estos datos excepcionalmente puede ser comunicado de concurrir un interés público que así lo justifique –conforme al llamado test de interés público. Sin embargo, éste último es siempre descartado. En efecto, el Consejo señala que

“...no toda información subsumible en la categoría de dato personal es per se secreta, pues ello obviaría la inteligencia o sentido de la regla de publicidad de la información que obre en poder de la Administración del Estado, contenida en los artículos 5°, 11 letra c) y 21 de la Ley de Transparencia. Para abordar esta problemática este Consejo ha optado por circunscribir los efectos de sus decisiones al caso concreto utilizando los denominados test de daños y de interés público: «Ambos, que pueden ser complementarios, consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. El primero se centra en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos; el segundo, en ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la reserva» (aplica decisión de amparo C193-10)” (cons. 14)

En cuanto al interés público de la información, el Consejo reconoce que podría argumentarse que la comunicación de la nómina de afiliados “...permitiría a la empresa verificar la existencia de un vínculo laboral con quienes concurren a la constitución del sindicato, posibilitándole impugnar dicho acto en caso de que éste no se ajuste a los quórums legales y desvirtuar los efectos jurídicos de la constitución –generar el régimen de fuero que corresponda” (cons. 15). Sin embargo, descarta éste argumento por dos razones:

- i. Primero, sostiene que “...dicho interés no importa la protección o mayor realización de los derechos de los particulares o de otros bienes jurídicos, toda vez que... el proceso de constitución de un sindicato garantiza, a través del ministro de fe actuante, que las personas que concurren a este acto mantienen un vínculo laboral con la empresa respecto de la cual podrá oponerse sus efectos jurídicos. Además, existe una vía especial para impugnar tal actuación..., lo que no exige la revelación de los datos personales de las personas, y no es competencia de este Consejo verificar la calidad de la certificación efectuada por el ministro de fe respectivo acerca del cumplimiento de los requisitos necesarios para la constitución de un sindicato.” (cons. 15)
- ii. En segundo lugar, agrega que “...si bien el artículo 325 del Código del Trabajo establece que la nómina de trabajadores afiliados a un sindicato es información que deberá ser comunicada al empleador durante el proceso de negociación colectiva, el mismo Código establece, en su artículo 309, que la entrega de esta nómina importa, inmediatamente, un régimen de protección especial a los trabajadores, mediante el otorgamiento de fuero, desde los diez días anteriores a la presentación de un proyecto de contrato colectivo hasta treinta días después de la suscripción del mismo. Por lo tanto, el legislador estimó, con la señalada protección, que la entrega de dicho dato personal es un acto excepcionalísimo, que no puede ser extendido a otros casos no reconocidos expresamente.” (cons. 16)

Por su parte, en cuanto a la información relativa a las actividades propias del sindicato, la jurisprudencia ha seguido la doctrina inicial de mayoría, resolviendo que su comunicación no afectaría los derechos de los trabajadores ni del sindicato, toda vez que la identidad de los afiliados se encuentra reservada. Por ejemplo, en la misma decisión C532-11 se resolvió dar acceso al acta de constitución de un sindicato, toda vez que de conformidad éstas “sólo dan

cuenta de antecedentes que, conforme a las disposiciones del Código del Trabajo, serán de conocimiento de la administración de la empresa reclamante –a saber, la individualización de los integrantes de dicha directiva, así como sus cargos– y de datos que no posibilitan la realización de prácticas antisindicales ni debilitan la posición de los sindicatos ya constituidos ante la empresa, tales como el número de trabajadores que concurre a la constitución del sindicato, los resultados exactos de las votaciones que aprobaron sus estatutos y aquellos que dieron lugar a la elección de su directiva. En efecto, según disponen los artículos 225 y 232 del Código del Trabajo, los estatutos de la organización sindical son públicos y la individualización de la directiva sindical deberá ser informada a la administración de la empresa. De esta forma, no es posible verificar un daño probable a las distintas manifestaciones del derecho a la libertad sindical, por la comunicación de las actas de constitución de los sindicatos” (cons. 9). Así las cosas, en decisiones recientes el Consejo ha ordenado la entrega del acta de constitución de un sindicato, tarjando previamente la nómina de afiliados del sindicato (decisión unánime Rol C1782-14, C1783-14, C1784-14, C1788-14, C1797-14 y C1798-14, de 19.11.2014 – acumuladas).

Cabe hacer presente que, como única excepción a esta línea jurisprudencia, en decisión de mayoría C406-13, de 24.07.2013, acordada por JJ y JLSM (disidentes AF y VB) se denegó el acceso a los balances de una asociación de funcionarios en poder de la Inspección de Trabajo, en aplicación de la doctrina sostenida por el Consejero Jaraquemada sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada, señalando que “la Dirección del Trabajo no tiene atribuido, ni legal ni reglamentariamente, el ejercicio de alguna función pública respecto de los balances que deben confeccionar las Asociaciones de Funcionarios de la Administración del Estado, limitándose sólo a actuar como mera depositaria de dichos instrumentos, sin que deba adoptar ningún tipo de decisión administrativa a su respecto...” (cons. 5).

Respaldo judicial. Por una parte, la doctrina expuesta encuentra respaldo en aquellas sentencias de Corte de Apelaciones de Santiago que confirman decisiones del Consejo que dieron lugar a la entrega de instrumentos colectivos, cuando éste previamente ordenó tarjar los datos personales que dan cuenta de la identidad de los trabajadores. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia Rol 989-2011, de 08.05.2012, recaída sobre decisión C306-10, donde la Corte sostiene que “no se advierte... acreditación o prueba del daño o perjuicio alguno causado a alguno de los suscriptores del instrumento colectivo cuya entrega se solicita, máxime cuando se ha dispuesto tarjar previamente toda mención identificativa de su identidad, descartándose así la afectación de su esfera de vida privada o sus derechos de carácter comercial o económico” (cons. 5). En igual sentido sentencia Rol 806-2011, de 31.05.2011, recaída sobre decisión C722-10. Por su parte, como ya se señaló, en sentencias Rol 5086-2011, de 21.08.2012, que revoca la decisión de mayoría C188-11, la Corte respaldó expresamente las posiciones de minoría en cuanto a la aplicación de la LPDP, la protección de los derechos a la vida privada y la libertad sindical a través de la reserva de la identidad de los afiliados a un sindicato.

Por otra parte, la doctrina sobre aplicación de la LPDP encuentra respaldo directo en sentencia Rol 7329-2011, de 04.04.2012, de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la decisión C492-11 del CplT, que reserva la nómina de los trabajadores partícipes en la elección de delegados sindicales para un sindicato interempresa. Al respecto, la Corte sostiene que

“la divulgación de una nómina de trabajadores, con diversos datos de orden personal respecto de cada uno de ellos, elaborada para una finalidad específica, constituye una fuente de información que se encuentra en poder del órgano administrativo en función de esa finalidad y que, por esa razón y por el posible peligro de daño laboral que conlleva su divulgación para quienes la integran, tiene el carácter de no divulgable o secreta respecto de terceros; por lo que el Consejo recurrido ha actuado conforme a derecho al concluir y resolver como lo hizo.” (cons. 5) A lo cual se agrega “la falta de funcionalidad jurídica de la petición de la empresa recurrente, desde que la autoridad llamada a certificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para que una persona –trabajador- invista el carácter de delegado sindical es, en forma privativa, la Inspección del Trabajo, para quien sí es funcional la información de que se trata; sin perjuicio, claro está, de la facultad del

empleador de impugnar la designación respectiva ante los órganos jurisdiccionales competentes, mediante los procedimientos que resulten procedentes.” (Ídem)

Con todo, excepcionalmente en sentencia Rol 83-2011, de 17.05.2012, que se pronuncia sobre decisión C532-11 –donde el CplT desarrolla su doctrina de aplicación de la LPDP para restringir el acceso a la identidad de los integrantes de un sindicato inter-empresa–, la Corte de Apelaciones de San Miguel revocó la decisión del Consejo por considerar que en ella “no se señala de manera alguna cómo podría producirse [la] afectación [de la vida privada], lo que es especialmente relevante si se considera que los sindicatos actúan públicamente y que la pertenencia y participación en uno de ellos, en cuanto se realiza voluntariamente, excede de lo que se puede considerar, estrictamente, la vida privada de una persona.” (cons. 3). Agregó que “...con motivo del proceso de negociación colectiva el empleador adquiere pleno conocimiento de la integración de la entidad, lo que se constituye en una razón para concluir que no se trata de un dato concerniente a la vida privada de una persona que sólo puede revelarse por voluntad de ella...”. Adicionalmente, la Corte argumenta que “...en el presente caso lo pretendido es conocer la identidad de quienes, estando ya sindicalizados, concurren a la formación de una nueva entidad, ahora con un mayor ámbito de actuación, también amparada por la ley laboral, por lo que ninguno de sus integrantes podría ser objeto de actos o hechos derivados de su pertenencia, que afectaron su vida laboral y, menos aún, su vida privada.” (cons. 3). La sentencia es controvertible, pues sus argumentos giran únicamente en torno a descarta la eventual afectación de la vida privada de los afiliados, pero ésta no se pronuncia sobre la aplicación de la LPDP, que constituye la base de la decisión del Consejo.

III.2.5. Observaciones

- 1) Si bien actualmente puede identificarse una jurisprudencia uniforme y unánime del CplT en materia de acceso a información sindical, las decisiones divididas del CplT dan cuenta de la dificultad de este órgano para arribar a ella. Entre 2009 y 2011 las decisiones divididas del CplT muestran distintas doctrinas de minoría críticas a la posición mayoritaria. Las variaciones de la doctrina de mayoría representan, en algunos casos, inconsistencias, pero principalmente se explican por la generación de nuevos consensos doctrinarios al interior del Consejo Directivo, a partir de la adopción de argumentos formulados por las votación de minoría.
- 2) El análisis de las doctrinas disidentes de los Consejeros Olmedo y Jaraquemada permite concluir que, no obstante éstas arribaban al mismo resultado desde matrices de análisis distintas, ellas encontraron terreno común en la aplicación de la LPDP como fuente para rechazar el acceso a la información sindical. Así las cosas, resulta claro que ha sido a partir de dichas disidencias la construcción de la actual doctrina del Consejo en cuanto a la aplicación de la LPDP respecto de la identidad de los trabajadores afiliados a un sindicato, la que logró modificar la posición sostenida por el Consejero Ferreiro y, consecuentemente, construir una posición de mayoría. La jurisprudencia judicial mayoritariamente tendiente a la reserva de la identidad de los afiliados, también resulta explicativa del cambio en la jurisprudencia del Consejo.
- 3) Con todo, cabe destacar que en cuanto al acceso a la información relativa a las actividades propias del sindicato –v.gr. el acta de constitución–, la nueva jurisprudencia continuó la antigua doctrina de mayoría, en orden a que la comunicación de esta información no afectaría la autonomía sindical ni otros derechos de los trabajadores. Sin embargo, esta línea de solución no parece consistente con la doctrina sostenida por el Consejero Jaraquemada sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada, la cual ha sido adoptada por la Consejera Blanlot (decisión C1362-11) y el Consejero Santa María (decisión C631-13) en el contexto de la información entregada por particulares a organismos supervisores (véase *supra* III.1). Lo anterior arriesga el desarrollo de dos líneas jurisprudenciales que resultarían inconsistentes en cuanto al acceso a información entregada por particulares a la Administración del Estado.

III.3. SOBRE EL ACCESO A CORREOS ELECTRÓNICOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Al interior del CplT se ha desarrollado un largo debate en torno al acceso a correos electrónicos de autoridades y funcionario públicos.³⁶ Entre los años 2010 y 2013 un total de 24 decisiones se pronunciaron sobre la materia dando lugar a una controversia mayoría/minoría en que se aprecian dos posiciones dogmáticas claras. Por una parte, se ha sostenido que dichos correos son de carácter público en tanto versen sobre materias propias de la función pública y a menos que se acredite la aplicabilidad de una norma de secreto (Consejera Blanlot y los Consejeros Ferreiro, Urrutia y Olmedo). Por otra parte, en votaciones de minoría el Consejo Jaraquemada ha desarrollado una doctrina conforme a la cual los correos electrónico son *prima facie* reservados, enfatizando su naturaleza de comunicación privada en los términos del art. 19 Nro. 5 de la CPR, que asegura el derecho a la inviolabilidad de tales comunicaciones. Agrega que la LT no contempla una autorización determinada y específica que permita la intromisión de la Administración en dichas comunicaciones. Adicionalmente a estos argumentos, el Consejero Santa María ha sostenido que la comunicación de correos electrónicos afectaría el privilegio deliberativo de los autoridades públicas. Con todo, ambas posiciones han llegado a un consenso en torno a la publicidad de los correos en tres hipótesis: (i) cuando quien solicita los correos ha sido parte de esas comunicaciones; (ii) cuando el funcionario titular de los correos consiente expresamente en su entrega; y (iii) cuando existe evidencia de que los correos electrónicos constituyen el o los fundamentos de un acto administrativo o son su sustento o complemento directo y esencial. El presente informe, por lo tanto, se centra en la revisión de la materia controvertida. Como veremos, este debate ha trascendido al ámbito del CplT suscitándose en las Cortes y el Tribunal Constitucional, desarrollando este último una clara jurisprudencia constitucional que respalda la posición del Consejero Jaraquemada.

III.3.1 Jurisprudencia de mayoría. Los correos electrónicos institucionales que versan sobre el ejercicio de funciones públicas constituyen información pública

En su jurisprudencia de mayoría el CplT ha sostenido que los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos constituyen información pública cuando versan sobre asuntos relacionados con el ejercicio de sus funciones. Durante la integración inicial del Consejo Directivo esta mayoría se formó por los votos de los Consejeros Ferreiro, Urrutia y Olmedo, mientras que en su integración posterior la continuidad de la jurisprudencia de mayoría estuvo determinada por el voto dirimente del Consejero Ferreiro en acuerdo con la Consejera Blanlot.³⁷ Conforme a esta jurisprudencia de mayoría, *de conformidad con el art. 5, inciso 2, LT los correos electrónicos son públicos cuando (i) se trata de casillas institucionales donde el funcionario público es el emisor o destinatario del correo*³⁸; (ii) *los correos versan sobre materias propias de la función pública; y (iii) la divulgación del correo no afecta los bienes jurídicos protegidos por otras causales de secreto o reserva*. Estos requisitos se encuentra en el centro del debate, pues suponen que un tercero –en el órgano administrativo o el CplT– accederá al correo electrónico para examinar su contenido y verificar si concurre los requisitos indicados. En ese sentido, en decisión de mayoría C1101-11, de 16.03.12, (acordada por AF y VB, disidente JLSM) ha enfatizado que “... [los correos electrónicos] pueden ser secretos pero en función de su contenido: no de su continente” (cons 17). Tres argumentos llevan esta

³⁶ Decisiones Roles Nros. C640-10, C406-11, C592-12, C591-12, C712-11, C733-11, C749-11, C750-11, C752-11, C753-11, C794-11, C819-11, C884-11, C1101-11, C1002-11, C97-12, C333-12, C873-12, C939-12, C940-12, C1145-12, C1366-12, C1452-12, C1482-12, C1606-12 y C220-13.

³⁷ Decisiones Roles Nros. C333-12, C712-11, C939-12, C940-12, C1452-12 y C1606-12, todas acordadas por AF –dirimente- y VB, disidentes JJ y JLSM.

³⁸ En el Reino Unido esta situación es distinta desde fines de 2011 cuando la Information Commissioner’s Office (ICO) emitió una guía general sobre los e-mails de autoridades públicas contenidos en cuentas electrónicas privadas, precisando que lo relevante no es si el mensaje está en una cuenta institucional o privada del funcionario, sino el contenido del e-mail. Por lo tanto, si en un correo de una cuenta privada se contiene información que se relaciona con asuntos oficiales de la autoridad pública éste queda sujeto a la Freedom of Information Act. Véase. ICO. Official information held in private email accounts. Disponible en: https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1147/official_information_held_in_private_email_accounts.pdf También véase ICO. Decision notice, Reference: FS50422276, 01.03.2012. Disponible en: https://ico.org.uk/media/action-veve-taken/decision-notice/2012/712854/fs_50422276.pdf

doctrina a concluir que el acceso a los correos bajo el régimen descrito no pugna el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones contenido en el art. 19 N° 5 CPR.

En primer lugar, se señala que los correos electrónicos bajo las hipótesis antes indicadas “... no pueden estimarse que revistan el carácter de [comunicaciones] “privadas”, en los términos del artículo 19 N° 5 de la CPR, pues éstas versan sobre materias vinculadas con el ejercicio de funciones y atribuciones de los órganos intervinientes a cuyo cumplimiento contribuyen los correos electrónicos como forma o mecanismo de comunicación eficaz entre los agentes públicos” (cons. 6°, decisión C406-11, de 12.08.2011, acordada por AF, RU y JPO, disidente JJ) (En iguales términos decisión Rol C794-11, de 05.10.11, acordada por JPO, RU, disidente JJ)

En segundo lugar, la LT contemplaría un procedimiento específico y de carácter especial para acceder a este tipo de información en poder de la Administración porque (i) en caso de controversia sobre la publicidad de la información corresponde al CplT resolver la material; (ii) para ello los intervinientes puede remitir prueba; (iii) conforme al art. 20 LT el titular de los correos electrónicos tiene el derecho a oponerse a la entrega de la información; (iv) lo que es resuelto por un órgano imparcial como es el CplT y las Cortes; (v) y la LT garantiza la reserva de la información que el Consejo examine, según dispone el su art. 26. (decisión C1101-12, cons. 21 a 26).

Finalmente, esta posición doctrinaria postula que los correos electrónicos no resultan diferentes de otros tipos de información en poder de la Administración, ya que “en la práctica, los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos formales, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración, siendo estos últimos, en principio, públicos, a menos que contengan información que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, deba considerarse secreta” (cons. 8°, decisión de mayoría C794-11).

Conforme a esta doctrina, las decisiones de mayoría del CplT que resuelven el acceso a los correos solicitados pueden agruparse en dos tipos según las características del procedimiento de acceso. Por una parte, el CplT ha resultado examinando el contenido de los correos requeridos. En dichos casos la decisión de mayoría resolvió declarar la publicidad en todo aquello referido al ejercicio de funciones públicas y, dando aplicación al principio de divisibilidad, reservó en lo restante por tratarse de información referida a la esfera de vida privada del titular o terceros.³⁹

Por otra parte, el CplT ha debido resolver sin tener acceso a los correos requeridos, pues el OAE ha controvertido las atribuciones del Consejo para requerirlos, lo que ha motivado a la mayoría a justificar sus atribuciones.⁴⁰ Adicionalmente, cuando el OAE ha denegado el acceso por la

³⁹ Véase decisiones roles C640-10, de 30.10.2011 (acordada por AF, RU y JPO, disidente JJ); C753-11, de 09.09.2011 (ídem); C750-11, de 09.09.2011 (ídem); C749-11, de 28.09.11 (ídem); C97-12 (de 04.05.2012 (acordada por AF y VB, disidente JJ); y C819-11, de 14.09.2012 (acordada por AF, VB, concurrentes JJ y JLSM).

⁴⁰ Al respecto, las decisiones de mayoría sostienen que el CplT posee facultades legales para solicitar al órgano requerido que le remita las copias de los correos electrónicos requeridos. Por todas, véase decisión C406-11, de 12.08.2011, acordada por AF, RU y JPO, disidente JJ). Al respecto, se argumenta: (a) Que el acceso sería necesario para «[r]esolver, fundadamente, las reclamaciones por denegación de acceso a la información...» como lo exige el art. 33, letra b), LT y también corresponde al CplT «[v]elar por la debida de reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado» (art. 33, letra j, LT). (b) De conformidad con el art. 26 LT, los antecedentes considerado secretos por el OAE, que sean proporcionados al CplT en el procedimiento de amparo “...mantendría el carácter reservado en tanto se tramitara este amparo y, por cierto, una vez resuelto éste si se declarara –en definitiva– su carácter secreto, siendo sólo pública en la medida que la decisión definitiva declarase tal calidad y quedase ejecutoriada. Lo anterior pone de relieve que el legislador otorgó una adecuada protección a la eventual reserva de la información que sea requerida por un particular.” (c) Finalmente, el art. 34 de la LT otorga al CplT la potestad para «[r]ecibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia». Si bien el TC declaró constitucional esta norma «en el entendido de que el ejercicio de dicha potestad del Consejo para la Transparencia reconoce como límite las excepciones a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado que determine el legislador de quórum calificado, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental», dicha declaración “es entendida por este Consejo como un recordatorio de la necesidad de mantener una reserva preventiva respecto de los antecedentes que reciba en aplicación del artículo 26, en otras palabras, debe armonizarse con las disposiciones plenamente vigentes de los artículos 25, 26 y 33, letras b) y j), del mismo cuerpo legal, cuya constitucionalidad no ha sido discutida ni cuestionada por dicho Tribunal.”

afectación de derechos de terceros sin comunicar la solicitud a éstos, el CplT lo ha requerido como medida para mejor resolver o la ha efectuado directamente. Con todo, en los casos en que no ha tenido acceso al contenido del correo requerido, esta posición ha rechazado argumentaciones fundadas exclusivamente en la condición de comunicación privada de los correos electrónicos,⁴¹ solicitando la presentación de argumentos específicos sobre la eventual afectación del privilegio deliberativo de las autoridades públicas o el interés de la Nación.⁴² En consecuencia, en estos casos las decisiones de mayoría fundan su resolución en la presunción de publicidad que contempla el artículo 5º, inciso 2, LT respecto de la información en poder de la Administración, pero no obstante ordenar la entrega de los correos, las decisiones han requerido al organismo dar aplicación del principio de divisibilidad para resguardar todo aquello que no se relacione con las funciones públicas o no diga relación con la vida privada de los funcionarios o de terceros.⁴³

En consecuencia, para esta doctrina la aplicación de LAIP a los correos electrónicos, en particular su artículo 5º inc. 2º, constituye un punto de partida pues es la base sobre la cual se construye la solución favorable a la publicidad. En tal sentido, la mayoría ha señalado que “Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 5º, inciso 2º, de la Ley, es aplicable a los correos electrónicos solicitados, lo que significa que se trata de información potencialmente pública. Dado que se han invocado distintas causales de secreto o reserva es preciso analizarlas y resolver cada una de ellas para saber si es posible dar acceso a la información solicitada. Asimismo, a partir de dichas causales se hará el análisis de los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas” (decisión C1101-11, cons.10).⁴⁴

En suma, esta doctrina postula que los correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas, son públicos sino se acredita suficientemente la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva. Mientras que el secreto o la reserva de los correos electrónicos dependen del contenido, no así su continente. Al efecto, su argumentación descansa en la presunción de publicidad que el artículo 5, inc. 2 LT otorga a la información en poder de la Administración.

Respaldo Judicial: Entre las sentencias judiciales sobre decisiones divididas del CplT, la doctrina aquí descrita encuentra respaldo en la sentencia Rol 125-2011, de 12.07.2011, en que la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció sobre decisión C640-12, de 30.11.2010. Dicha sentencia respalda la posibilidad de acceder al contenido de los correos sin que ello signifique afectar la garantía del art. 19 N° 5 CPR. En similar sentido, se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia rol 7392-2011, 09.05.2012, recaída sobre decisión C794-11, de 05.20.2011. Por su parte, Corte de Apelaciones de Puerto Montt en sentencia rol 235-2013, de 05.11.13., pronunciada sobre decisión C1606-12, de 13.03.12, junto con ratificar la posibilidad de acceder al contenido de los correos solicitados, razona sobre el contenido de los mismos, señalado que “... de la lectura de ambos correos electrónicos, no es posible sostener que su revelación atente contra la vida privada, la intimidad o la inviolabilidad de las

⁴¹ Véase decisiones roles C406-11, de 12.08.11 (AF, RU, JPO, disidente JJ); C1101-11, de 16.03.2012, AF, VB, disidente JLSM); C939-12, de 07.12.12 (AF –dirimente- y VB, disidentes JJ y JLSM), C940-12, de 07.12.12 (ídem); C333-12, de 01.08.12 (ídem).

⁴² Por ejemplo, en decisión de mayoría C1101-11, relativa al acceso a los correos electrónicos del Ministro Secretario General de la Presidencia en fechas determinadas, el CplT enfatiza que “... de haberse acreditado suficientemente la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva específica, como por ejemplo la alegación del privilegio deliberativo... este Consejo la habría acogido. En efecto, así como no puede sostenerse que todos los correos electrónicos de las autoridades son reservados no cabe, tampoco, estimar que todos esos correos son públicos. Cabe recordar que... este Consejo requirió específicamente al Subsecretario que le informara si respecto de los correos solicitados concurrían otras hipótesis de secreto o reserv ... (a modo de ejemplo, constituir antecedentes o deliberaciones previas para la adopción de una decisión... la afectación del interés de la nación, etc.). El Subsecretario, sin embargo, rechazó responder lo consultado señalando que, de hacerlo, infringiría el principio de legalidad y las garantías constitucionales del Ministro Larroulet”.

⁴³ Véase decisiones roles C406-11, C333-12, y C1101-11. En esta última se concluye que “No obstante todo lo indicado, es posible que entre los correos electrónicos que se solicitan exista/n alguno/s que exponga/n algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor, su receptor o un tercero, o no se relacionan con el ejercicio de funciones públicas. Esta situación no ha podido ser directamente verificada en el caso en análisis porque el órgano requerido no remitió a este Consejo copia de la información en comento, pese a que le fuera expresamente solicitada. Con todo, dado que la Ley de Transparencia consagra el principio de la divisibilidad, conforme al cual cuando un documento contiene información que puede ser conocida, e información que debe denegarse en virtud de causa legal, deberá darse acceso a la primera y no a la segunda” (cons. 17).

⁴⁴ El alcance del artículo 5º, inciso 2º, LT en relación a los correos electrónicos fue desarrollado por esta doctrina en decisión C1101-11 (considerandos 2º a 10).

comunicaciones privadas de funcionarios del Serviu, pues se trata de correos que fueron enviados y recibidos en el ejercicio de sus funciones públicas...”.

Con todo, esta doctrina ha sido desestimada por la jurisprudencia constitucional, así como en las más recientes sentencias de Corte de Apelaciones de Santiago, según veremos a continuación.

III.3.2. Doctrina de minoría. Los correos electrónicos institucionales constituyen comunicaciones privadas

En sus votaciones disidentes en las decisiones de mayoría antes analizadas el Consejero Jaraquemada desarrolló una doctrina conforme a la cual *los correos electrónicos de los funcionarios públicos corresponden a comunicaciones privadas en los términos del artículo 19 N° 5, por lo que una intervención de éstos a través de la LT afectaría la vida privada de los funcionarios. Ello porque la LT no contempla una autorización determinada y específica que permita la intromisión de la Administración en dichas comunicaciones.* Esta doctrina fue inicialmente formulada como voto disidente en la decisión C406-11, de 12.11.2011 (acordada por AF, JPO y RU, disidente JJ), siendo reproducida con escasas modificaciones en decisiones posteriores. La doctrina descansa en los siguientes argumentos:

- i. *En cuanto al ámbito de protección de la vida privada*, se destaca que la hermenéutica en materia de acceso a la información debe estar guiada por el respeto y promoción de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones del art. 19 Nros. 4 y 5, que configuran el “ámbito de protección de la vida privada”. Al efecto, hace presente que la jurisprudencia del TC ha sido especialmente protectora de ambas garantías, destacando que “el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios... (STC Rol N°389/cons.19)”.
- ii. *Los correos electrónicos son comunicaciones privadas.* Recurriendo a la doctrina (Vivanco, A.) y la historia fidedigna de la Constitución (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución), se argumenta que los correos electrónicos de funcionarios públicos revisten el carácter de comunicaciones privadas en los términos del art. 19 N° 5CPR. Esta posición encuentra respaldo en la jurisprudencia judicial en materia laboral (Sentencia RIT T-1 2008) y la jurisprudencia administrativa en materia funcionaria (v.gr. DT Ord. 2210/035, de 2009; CGR Dictamen 38.224/2009).
- iii. *El acceso a los correos a través de la LT afectaría el núcleo esencial del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la vida privada.* Al respecto, sostiene que el artículo 19 N°5 de la CPR “envuelve el deber positivo de protección de ese espacio de intimidad y, asimismo, prohíbe acciones u omisiones que puedan afectar el núcleo esencial de este derecho constitucional o su libre ejercicio, pues éstas contravendrían la seguridad que garantiza el art. 19 N° 26 de la Constitución.” En ese sentido, la jurisprudencia constitucional (STC Rol N°226 cons. 47, N°280 cons. 29 y Rol N°1365 cons. 23) sostiene que “la limitación de un derecho fundamental no puede ser tolerada si no está rodeada de suficiente determinación y especificidad como para garantizar una protección adecuada a la esencia del derecho y a su libre ejercicio, en este caso, el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas”
- iv. *La LT carece de la especificidad y determinación necesarias para restringir los derechos de los funcionarios.* En ese sentido, explica que el órgano requerido de información, a fin de recabar los correos electrónicos que le fueran solicitados debería necesariamente revisarlos, lo que constituye *per se* una invasión de la intimidad personal. En consecuencia, tal revisión sería constitucionalmente admisible únicamente en los casos y formas que prescribe la ley. Dicha autorización legal, según la jurisprudencia constitucional, debe estar dotada “de suficiente determinación y especificidad como para garantizar una protección adecuada a la esencia del derecho y a su libre ejercicio, en este caso, el derecho a la

privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas” (cita STC Roles Nros. 226, 280 y 1365). Sin embargo, En el presente caso, “...la Ley N°20.285 no tiene la especificidad ni la determinación que le exige la Constitución para restringir el derecho que protege las comunicaciones vía correos electrónicos, pues no determina los casos ni las formas en que sería admisible la limitación de este derecho fundamental garantizado por el artículo 19 N°5 de la Constitución, en función de resguardar al máximo posible la intimidad y la vida privada.”

La implicancia de esta doctrina es que los correos electrónicos serán siempre reservados, pues lo que protege la garantía constitucional de inviolabilidad es el canal donde se desarrolla la comunicación, que asegura el desarrollo de comunicaciones sin acceso de terceros. Así las cosas, los correos electrónicos serán secreto con prescindencia de su contenido –a menos que éstos sean indubitadamente el sustento o complemento directo y esencial de un acto administrativo, de conformidad con la jurisprudencia unánime que se revisa a continuación.

Por su parte, el Consejero Santa María a concurrido a la doctrina recién descrita en decisión C939-12, de 07.09.12 (acordada por AF –dirimente- y VB, disidentes JJ y JLSM). Sin embargo, en decisiones previas a basado su disidencia en la afectación del privilegio deliberativo de las autoridades públicas por la comunicación de los correos electrónicos. Al respecto, ha argumentado que la utilidad de los correos electrónicos dice relación, precisamente, con que constituyen un espacio para intercambiar abiertamente opiniones, contrastar datos y sopesar alternativas. Ello implica que permiten que los funcionarios y autoridades incluso varíen de opinión y terminen inclinándose respecto de posturas acerca de las cuales habían manifestado inicialmente dudas, con la tranquilidad de que el contenido de estas comunicaciones electrónicas no afectará la decisión que en definitiva se adopte y que se hará pública. En consecuencias, “de conocerse las opiniones emitidas durante los procesos decisionales éstos se debilitarían, de haber muchas críticas internas, las opciones seleccionadas, perjudicándose con ello el interés general y el correcto funcionamiento de los servicios públicos, mucho más tratándose de una autoridad con rango de Ministro y que tiene a cargo delicadas funciones políticas, como ocurre en este caso”. Tal planteamiento fue formulado a partir de su voto disidente en decisión C1101-11, de 16.03.12 (acordada por AF y VB, disidente JLSM) y reiterado en sus votaciones disidentes en decisiones C712-12, de 23.11.2012 (acordada por AF dirimente VB, disidentes JJ y JLSM), C333-12, de 01.08.2012 (acordada por AF, dirimente, VB, disidentes JLSM y JJ) y C1482-12, de 29.06.2012 (acordad por AF, VB, disidente JLSM).

Cabe hacer presente que el Consejero Jaraquemada al formular su doctrina no excluye la posibilidad que la revelación de los correos pueda configurar, además, el privilegio deliberativo. En efecto, ha señalado que:

“... [a]simismo, y a mayor abundamiento, este estima que los correos electrónicos entre funcionarios de la Administración Pública, más que reemplazar los memorándums Oficios u Ordinarios –como sostiene el voto de mayoría–, han venido a reemplazar las conversaciones personales o telefónicas entre dichos funcionarios, las que, además de que podrían contener términos coloquiales, muchas Correos Electrónicos 9 veces dicen relación con la discusión de antecedentes y deliberaciones para adoptar decisiones por parte de dichos órganos. Por tanto, el conocimiento de dichos correos electrónicos puede afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, por cuanto puede alterar los procesos decisorios de los mismos, lo que configura la causal de secreto o reserva del artículo 21 de la Ley de Transparencia” (voto disidente, decisión C406-11, de 12.08.2011)

Respaldo Judicial: La doctrina del Consejero Jaraquemada recibió explícito respaldo del Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 2153-2011, de 11.09.2011, que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5 de la LT. En coincidencia dicha doctrina (así como –parcialmente- con la doctrina del Consejero Jaraquemada sobre el alcance del DAIP –supra III.1), el TC concluyó que la aplicación del inciso 2 del artículo 5 LT como fundamento para la divulgación de correos electrónicos vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, por las siguientes razones:

- i. Primero, porque “los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros...” (cons. 42) “...no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos, pues éstos no están exentos de esta protección... primero... porque... lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía... “nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo. Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.” (cons. 43)
- ii. La segunda razón es que la LT no es una “uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas... [Al respecto, señala que] nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley... Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige “casos y formas determinados”(cons. 46)
- iii. En tercer lugar, “...los actos a que se refiere el artículo 8° no pueden ser aquellos que se transmiten por canales cerrados. Los actos que dicha normativa comprende son aquellos que se publican, que se notifican, que están en un expediente administrativo; (cons. 47).⁴⁵ Como se señaló en supra III.1, ésta conclusión no sería compartida por la doctrina del CplT en materia del alcance del DAIP (Consejeros Jaraquemada, Blanlot y Santa María), por restringirse a una concepción formal del concepto de fundamento de acto administrativo, no así funcional o sustantiva.

Para arribar a estas conclusiones el TC –en sintonía con la argumentación disidente– sostiene:

- i. que los funcionarios públicos son objetos de derechos constitucionales (cons. 11 a 12), cuya “limitaciones tienen que ver con derechos muy específicos y están señaladas excepcional y determinadamente” (cons. 13). “...estas restricciones o limitaciones –que deben ser restrictivas- a los derechos de los funcionarios exigen, por de pronto, una expresa consagración normativa...[y] dichas limitaciones deben ser precisas y determinadas (cons. 14).
- ii. “...el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012).” (cons. 15) “conforme a la Constitución, son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (STC 1990/2012) ” (cons. 15)

Este razonamiento será reiterado por el TC en las sentencias Rol N° 2246-2013, de 31.01.2012, en relación al amparo Rol C1101-11, y Rol N° 2379-2013, de 12.08.2014, en relación al amparo rol C333-12, por lo que constituye la jurisprudencia constitucional en la materia.

Los tribunales ordinarios también han respaldado la doctrina de minoría. Por ejemplo, en sentencia rol 6704- 2011, de 17.12.2012, recaída sobre decisión C1101-11, la Corte de Apelaciones de Santiago concluyó que “...estando amparada la protección de la vida privada, por los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución, su eventual limitación sólo será admisible en el caso que un precepto legal específico así lo permita, a través de un

⁴⁵ Al respecto, el TC concluye que “habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo” (cons. 49). “...tampoco puede sostenerse que los correos electrónicos que estén al margen de un procedimiento... estén insertos en alguna de las categorías que emplea el artículo 8° de la Constitución. Por de pronto, no caben dentro de la expresión acto o resolución... [y] tampoco se encuentran dentro de la expresión “fundamentos” que utiliza el artículo 8° de la Constitución.” (cons. 65). Para arribar a esta conclusión el TC señala que “...los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos. En efecto, el correo electrónico es, en primer lugar, una forma de comunicación...” (cons. 21) “...para que un informe o dictamen se entienda comprendido dentro del derecho de acceso a la información, debe cumplir dos condiciones. En primer lugar, debe ser genuinamente un informe. Los informes se dictan en el marco de un procedimiento al cual acceden” (LPA) “...Distintas de los informes son las opiniones o puntos de vista que una autoridad puede pedir a otra o a un funcionario o a un asesor. Estas no se encuentran regladas. En tal sentido, no son ejercicio de competencias, no se registran y no producen efectos jurídicos.” “En segundo lugar, debe tratarse de un acto propiamente tal o de un documento que sirva de complemento directo o complemento esencial del acto administrativo respectivo, tal como lo señala el inciso primero del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285”; (cons. 27).

procedimiento fijado por el legislador al afecto, requisito que no satisface por sí misma la Ley N° 20.285, atendido su carácter general y la ausencia de un proceso formal idóneo para tal fin” (cons. 6) Adicionalmente, la misma Corte ha reconocido la afectación de los derechos de los titulares de los correos electrónicos por su comunicación en sentencias Roles 7369-2012, 12.08.2014; 2013, de 11.10.2103, y 5077-2012, 12.06.2013.

La afectación del privilegio deliberativo también ha sido recogido por las Cortes y el Tribunal Constitucional como argumento para denegar el acceso a los correos electrónicos. Así, el Tribunal Constitucional en la citada sentencia N° 2246-2013, de 31.01.2012 reconoce un “privilegio deliberativo reforzado” a los Ministros de Estado en materia de anteproyectos de ley (cons 12). Primero, por cuanto el conocimiento de esos antecedentes puede entorpecer la elaboración del anteproyecto. En segundo lugar, porque el conocimiento singular de un anteproyecto por un particular sería una desconsideración con el Congreso Nacional. Finalmente, porque el acceso a dicha información puede interferir en las facultades que en materia legislativa la Constitución atribuye al Presidente de la República. A su turno, esta posición ha sido respaldada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia rol 2496-2012, 23.07.2013.⁴⁶

III.3.3 Postura unánime. Sobre el acceso a correos electrónicos institucionales en situaciones específicas

No obstante la controversia mayoría/minoría antes descrita, la jurisprudencia del CplT ha sido unánime en orden a declarar la publicidad de los correos electrónicos en las siguientes tres situaciones:

- i. *Cuando la solicitud es formulada por una de las partes involucradas en la comunicación que involucra el correo.* Analizando dicho supuesto, en decisión C873-12, de 05.10.12 (acordada por VB, JLSM, AF, concurrente JJ) el Consejero Jaraquemada manifestó un voto concurrente en el sentido de prevenir en el sentido que “...aunque la solicitante haya sido la receptora de estos correos, y el artículo 19 de la Ley señale que la información debe entregarse “...sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas por la ley”, los correos a entregar pueden incluir, como señala el considerando 6°, información relativa a la privacidad de terceros. Siendo así, su uso o divulgación a terceros debe realizarse considerando este hecho y bajo las responsabilidades que contempla nuestro ordenamiento jurídico”.
- ii. *Cuando el funcionario titular de los correos consiente expresamente en su entrega.* Se ha entendido que en este caso el titular renuncia a cualquier protección que pudiere tener lugar. El Consejo, en la decisión Rol C1525-11, de 06.07.12 (acordada por AF, VB, JLSM ausente JJ) precisa los efectos de dicha renuncia señalando que “...respecto de la autorización a que se hace mención en el considerando anterior, que la renuncia a la protección de sus derechos que hace una persona a los correos electrónicos que haya emitido, también debe extenderse a aquellos correos que hubiere recibido proveniente de terceros, toda vez que el solo ejercicio de la facultad de reenviar dichos correos a otros destinatarios –atribución inherente a todo usuario de correo electrónico– implica que los terceros remitentes de los mismos no puedan mantener el control sobre sus contenidos”. (cons. 9°). Con todo, cabe advertir que si bien en esta decisión concurre el Consejero Santa María, ella fue adoptada en la ausencia del Consejero Jaraquemada, quien sería de la opinión contraria, toda vez que en decisión de mayoría C220-13, de 17.05.2013, acordada por JJ –dirimente- y JLSM, disidentes AF y VB, se rechazó el acceso a correos electrónicos acompañados en el marco de un procedimiento administrativo, pero la denegación no se

⁴⁶ Al respecto, la Corte señala que “...los correos electrónicos que se generan en el ámbito de la Administración pueden incluir... opiniones o juicios de valor respecto de materias confidenciales por razones institucionales o de la naturaleza del cargo... El uso de correos electrónicos reemplaza las llamadas telefónicas o comunicaciones informales que, como se sabe, están también cubiertas por el privilegio deliberativo de las autoridades y funcionarios, no siendo accesibles por la vía de la Ley de Transparencia”. En similares términos, véase sentencia rol 7369-2012, de 12.08.2014.

funda en la falta de especificidad de la LT, sino que si bien los correos solicitados forman parte de un procedimiento administrativo y, por lo mismo, se presumen información pública, deben ser reservados por aplicación de la LPDP, en cuanto los terceros no titulares de las cuentas no manifestaron su voluntad de acceder a los mismos, por no haber sido emplazados.

- iii. *Cuando los correos electrónicos sean el fundamento de un acto administrativo o su complemento directo y/o esencial.* En los casos C1482-12, de 29.06.12 (acordada por AF, VB, JLSM) y C1328-12, de 07.12.12 (acordada por AF, VB, JLSM y JJ), en que se han emitido pronunciamientos en este sentido, los correos han formado parte de un expediente administrativo. Sin embargo, el CplT no se ha pronunciado sobre correos electrónicos que, pudiendo ser complemento del acto administrativo, no se han incorporado en el expediente administrativo respectivo. En este punto será determinante si el CplT desarrolla una interpretación formal o sustantiva del concepto de complemento directo y esencial del acto administrativo.

Respaldo judicial. La jurisprudencia unánime del Consejo conoce de respaldo judicial en sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 2055- 2012, de 16.01.2013, en relación al amparo rol C873-12⁴⁷; sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 1560-2012, de 19.04.2013, recaída sobre decisión C1525-11⁴⁸ y por el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2351-2012, de 26.12.2012, en relación a la decisión C1482-12⁴⁹ y la Corte Suprema en sentencia rol 4060-2013, de 06.11.2013.⁵⁰

III.3.4 Observaciones

1. Las contraposiciones doctrinarias al interior del CplT en materia de correos electrónicos se centran en el acceso a correos que no constituyen el complemento directo y esencial de un acto administrativo y, respecto de los cuales, el titular del correo no ha consentido en el acceso. En tales casos la doctrina de minoría, elaborado por el Consejero Jaraquemada con participación del Consejero Santa María, ha cuestionado que la LT autorice el acceso de un tercero al correo electrónico de su titular para examinar su contenido –ya sea el órgano administrativo o el CplT–, por lo que dicha intromisión en el canal de comunicación afectaría el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Adicionalmente, el acceso a estas comunicaciones afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano, por dañar su proceso deliberativo. Esta posición ha encontrado un claro respaldo en las sentencias de Cortes de Apelaciones y la jurisprudencia constitucional. Además, en la actualidad se tramita en el Senado, en segundo trámite constitucional, el proyecto de ley Boletín 7686-07, que modifica la LT, incorporando un procedimiento especial que para el acceso a correos electrónicos “que,

⁴⁷ En ella se razona que “...la información que se está solicitando por doña Lorena Moreira Araya y ordenada entregar al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes... dice relación con la propia solicitante, durante el período que se desempeñó como funcionaria del Consejo aludido, recibida en su casilla de correo institucional, referida a quince correos que se individualizan, es de naturaleza pública y no privada, siendo la regla general la publicidad de los actos de la Administración, la que puede restringirse sólo por razones precisas, situación en la que no se encuentra la solicitante de la información, más aun si dice relación con la propia persona que la requiere, por tanto no afecta a la intimidad ni la vida privada de ninguna persona...”

⁴⁸ Respecto de la solicitud formulada por el funcionario titular del correo, la Corte señala que “...el organismo reclamante ha negado la entrega de los correos institucionales de una ex funcionaria, alegando que su develación podría dañar su derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones tanto de ella...[con lo que] se ha constituido en un supuesto “agente oficioso” de una presunta vulneración de derechos de una titular, que ha demostrado su disposición a entregar la documentación pedida y que su ex empleador pretende resguardar contra su voluntad, actuando, asimismo, éste órgano, en defensa de terceros indeterminados a los cuales esos correos iban dirigidos o que éstos remitieran, lo que resulta del todo improcedente...”

⁴⁹ Dicha sentencia declaró inadmisibile el requerimiento de inaplicabilidad deducido por el Ministerio de Transportes al concluir que “los correos solicitados en el caso sub lite constituyen información de aquella a que se refiere el estatuto constitucional del principio de publicidad”, pues el propio organismo señaló que éstos eran fundamento de un acto administrativo.

⁵⁰ La CS señala que “los jueces recurridos han incurrido en falta o abuso grave al acoger el reclamo de ilegalidad y dejar sin efecto la orden de entregar los correos electrónicos en cuestión (...) puesto que en la especie... es la propia Administración la que reconoce... que aquella servirá de base para adoptar decisiones relativas a la continuidad del servicio de transporte público en la ciudad de Santiago. En consecuencia, se trata de información que integra la formación del acto de la Administración, que por expresa disposición del constituyente es pública –cuestión ratificada por el Tribunal Constitucional en resolución de 26 de diciembre de 2012, que declaró inadmisibile el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovido por el reclamante de ilegalidad, según consta a fojas 384 de los autos rol N° 5.077-2012–”

en el ejercicio de sus funciones, las autoridades, funcionarios y servidores públicos hayan enviado o recibido a través de sus casillas electrónicas institucionales, *siempre que se trate de actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, todos éstos finales, de sus fundamentos o de aquéllos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial...*” (el destacado es nuestro). Lo que representaría una consolidación a nivel legislativo de la doctrina de minoría.

2. Por su parte, a través de los votos de los Consejeros Blanlot, Ferreiro, Olmedo y Urrutia, la jurisprudencia de mayoría ha sido consistente en sostener que el art. 5, inc.2, LT presume públicos los correos electrónicos de casillas institucional que versan sobre el ejercicio de funciones públicas, por lo que el acceso a los correos debe determinarse a partir del examen de su contenido de cara a las normas de secreto de la LT. Sin embargo, se trata de una doctrina con escaso soporte a nivel judicial.
3. Tras la primera modificación en la integración del Consejo Directivo, la consistencia de la jurisprudencia de mayoría estuvo determinada por el voto dirimente del Consejero Ferreiro en acuerdo con la Consejera Blanlot. Excepcionalmente, durante la presidencia del Consejero Jaraquemada éste tuvo la oportunidad de modificar la jurisprudencia en decisión de mayoría C220-13, de 17.05.2013 (acordada por JJ –dirimente- y JLSM, disidentes AF y VB), pero ésta no se fundó en la falta de especificidad de la LT porque el correo solicitado formaba parte de un procedimiento administrativo. Por otra parte, este estudio no ha detectado nuevas decisiones divididas del CplT que den cuenta de un cambio en la jurisprudencia de mayoría CplT, así como tampoco un posición unánime.
4. Atendida la integración actual del Consejo Directivo y el debate legislativo en curso, una eventual modificación de la doctrina de mayoría estará condicionada por la posición que adopte el Consejero Drago en la materia, el voto dirimente del Presidente del Consejo y la modificación de la LT que especifique el tipo de correos sobre los que resultará aplicable el nuevo procedimiento especial de acceso de la LT.
5. Dado que existe consenso en la jurisprudencia del CplT, Cortes y el TC, así como a nivel legislativo, en torno a la presunción de publicidad de los correos que sirven de “fundamento” y “sustento o complemento directo y esencial” de un acto administrativo, el desafío interpretativo del Consejo estará determinado por identificar el sentido y alcance de estos concepto de cara el Reglamento de la LT y el artículo 8 CPR. Se trata de una materia a la que nos hemos referido previamente en supra III.1 y donde se debate entre una interpretación de orden funcional o sustantiva –presente en algunas decisiones del CplT- y otra de orden formal –presente en la jurisprudencia constitucional– que restringe dicho concepto al contenido del expediente administrativo.

III.4. SOBRE EL ALCANCE DEL SECRETO DE SUMARIO (ART. 137 EA)

El artículo 137, inciso 2º, del D.F.L. Nro. 29, que fija el texto refundido de la Ley N° 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo (EA), dispone que “el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual deja de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”. El alcance de dicha norma de secreto ha sido objeto de profuso análisis por parte del CplT. En particular, el Consejo ha debido resolver si el secreto de sumario se extiende a (i) la resolución que instruye el sumario; y (ii) aquellos antecedentes que son complemento directo y esencial de dicha resolución. Como en otras materias, el Consejo ha estado dividido al resolver estos casos⁵¹ y el voto dirimente ha jugado un rol central en determinar su jurisprudencia. Inicialmente, la jurisprudencia de mayoría adoptó una interpretación restrictiva del art. 137 EA, mediante la cual se intentó excluir esta información del contenido protegido por el secreto. Sin embargo, posteriormente la doctrina de minoría en la

⁵¹ Decisiones Roles Nros. C293-10, C969-10, C575-12, C669-12, C851-12, C860-12, C861-12, C954-12, C1660-12, C209-13 y C840-13.

materia, según la cual esta información forma parte del expediente sumarial y, por lo tanto, objeto del secreto se sumario, se transformó en la jurisprudencia unánime.

III.4.1. Presupuesto interpretativo común: reconducción material del art. 137 EA

Desde sus primera decisiones el CplT ha entendido que “...no toda norma legal previa a la Ley de Transparencia que fije un caso de secreto o reserva se entenderá automáticamente vigente: sólo aquellas que puedan reconducirse [materialmente] a las causales del artículo 8° de la Constitución” (decisión A45-09, 28 de julio de 2009). Se trata de un ejercicio de interpretación conforme a la Constitución ampliamente utilizado en la jurisprudencia del CplT en que se interpretan normas de secreto previas a la reforma constitucional de 2005 que incorporó el principio de publicidad en el art. 8 CPR.⁵² En aplicación de esta hermenéutica, desde decisión unánime C215-12, de 15.06.2012 (acordada por AF, JJ, y JLSM) el CplT ha señalado que “...siendo el secreto del expediente sumarial una excepción a la regla de publicidad consagrada por los artículos 8° de la Constitución y artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia, de conformidad al artículo 21 N° 5 y 1° transitorio de la Ley de Transparencia, su aplicación debe encontrar fundamento en la afectación de los bienes jurídicos a que se refieren dichas normas... Así las cosas, *teniendo el secreto sumarial por objeto asegurar el éxito de la investigación, la divulgación de antecedentes que no dicen directa relación con la misma no se encontraría cubierta por tal hipótesis de secreto*” (cons. 3) (el destacado es nuestro). Esto lo llevó a concluir que “...aquella información cuya naturaleza es pública [con anterioridad a la instrucción de un sumario administrativo], *no pasa a ser secreta o reservada por el solo hecho que se acumule a un sumario incoado por el órgano requerido, especialmente si no se ve frustrada la investigación que se lleve a cabo si es que se conociese o publicare la información pública requerida*” (cons. 3). Conforme a dicho criterio, en la citada decisión C215-12 el Consejo resolvió el carácter público de la documentación respaldatoria de transferencias de fondos públicos efectuada por JUNAEB, no obstante este organismo sostenía que ella había sido incorporada al expediente sumarial.

Este punto no es controvertido por las posiciones doctrinarias que se revisan a continuación. Por el contrario, ambas hacen uso de él en sus argumentaciones como mayoría o disidencia. El foco de la discusión es si el objeto del secreto a que se refiere el artículo 137 EA, esto es, el expediente sumarial, comprende o no la resolución que lo instruye y su complemento directo y esencial. Como veremos, se trata de una discusión de naturaleza formal, ajena a la determinación de si la divulgación de dicha información afectará o no el éxito de la investigación o los derechos de terceros.

III.4.2. Jurisprudencia mayoritaria inicial: la resolución que instruye un sumario administrativo y sus documentos fundantes no forman parte del objeto protegido por el art. 137 EA

En su jurisprudencia inicial, generada a partir de decisiones de mayoría adoptadas por los votos de los Consejeros Ferreiro –dirimente– y Blanlot, el Consejo sostiene que *la resolución que instruye el sumario y sus documentos fundantes no formarían parte del objeto protegido por el secreto de sumario del art. 137 EA, pues formalmente éstos no constituirían parte del sumario* (decisiones de mayoría C575-12, de 01.08.2012 y C669-12, de 31.08.2012, y C851-12, de 28.09.2012, todas acordadas por AF –dirimente– y VB, disidentes JJ y JLSM). Con todo, esta información puede ser objeto de reserva porque su comunicación afecte el éxito de la

⁵² Si bien se trata de una interpretación conforme a la Constitución, es preciso señalar que el CplT hace esta interpretación para efectos de la aplicación de los artículos 21 N° 5 y 1° transitorio de la LT, que para denegar información exigen, respectivamente, que “se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”; y que “[s]e entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”. Sobre la jurisprudencia del CplT sobre la “reconducción material” de normas de secreto, véase Contreras & Pavón. (2011). Op. cit.

investigación o los derechos de terceros, de conformidad con los artículo 21 Nro. 1 y 2 LT (decisión C209-13, de 19.04.2013, acordada por AF –dirimente- y VB, disidentes JJ y JLSM).

La primera decisión de mayoría en la materia es decisión C575-12, de 01.08.2012. En ella el CplT resolvió otorgar acceso a la denuncia que motivó la resolución que instruye un sumario administrativo al solicitante de información –quien a la vez era el denunciado-, argumentando que la denuncia “...no forma parte del sumario administrativo que se ha incoado sino que constituye un antecedente previo a su instrucción, por lo que no cabe incluirla en la hipótesis de secreto del artículo 137 del Estatuto Administrativo, que debe interpretarse restrictivamente” (cons. 8). Se trata de un decisión escueta en los argumentos que le permiten arribar a esta conclusión. La decisión se remite a la doctrina de reconducción material del art. 137 EA contenidos en decisión C215-12 –*supra*–. Sin embargo, ésta no desarrolla las circunstancias de hecho que permitirían concluir que la divulgación de la denuncia no afectaría el éxito de la investigación. Por lo tanto, la decisión descansa principalmente en una distinción formal sobre el alcance del secreto del art. 137 EA.

Dicha aproximación al art. 137 EA es replicada en decisión C669-12, de 31.08.2012. En ella, en primer lugar, la mayoría reitera la reconducción material del art. 137 EA, enfatizando que es menester “verifica una afectación presente o cierta, probable y específica” al éxito de la investigación para dar lugar al secreto de “la información cuya elaboración no haya sido decretada por el fiscal del sumario en tanto tal pero que forme parte del expediente sumarial por haber sido allegada a éste, incluyéndose la que sea complemento directo y esencial de la resolución que dio lugar a la instrucción del sumario en curso” (cons. 6). En aplicación de dicha doctrina, concluye que en el caso concreto ello esto no se ha acreditado, pues el OAE “se limitó a invocar las normas... [de secreto] sin precisar qué tipo de documentos obrarían en su poder y serían objeto del presente amparo” (cons. 6). Como puede apreciarse, hasta ese punto la decisión C669-12 mantiene los resultados de la reconducción material del art. 137 EA, esto es, requerir al OAE verificar la afectación del éxito de la investigación, cuando la información no ha sido elaborada como resultado del sumario.⁵³ Sin embargo, al igual que en decisión C575-12 la doctrina de mayoría incorpora un criterio formal sobre el alcance del art. 137 EA, señalando lo siguiente:

“Que, incluso, la información que constituya complemento directo y esencial de la resolución que dio lugar a la instrucción del sumario sería un antecedente previo a la instrucción del sumario y no parte de éste, por lo que no cabe aplicar la hipótesis de secreto contenida en el artículo 137 de la Ley N° 18.834. En efecto, dicha reserva opera a partir de la dictación de la resolución que instruye el respectivo sumario, atendido el tenor de dicha norma como del carácter restrictivo que debe darse a las causales de secreto o reserva” (cons. 7) (el destacado es nuestro).

Conforme a ello, en decisión C851-12, de 28.09.2012, la mayoría aplica este criterio formal explícitamente a las resoluciones que instruyen lo sumarios administrativos iniciados por una municipio entre 2009 y 2010, ordenando su entrega. El criterio también fue aplicado en decisiones C860-12, C861-12 y C954-12, de 28.12.2012; C1660-12, de 01.02.2013; y C209-13, de 19.04.2013; todas acordada por AF –dirimente- y VB, disidentes JJ y JLSM.

No obstante el criterio anterior, esta doctrina sostiene que respecto de estos documentos igualmente resultan aplicables las normas de reserva del artículo 21 Nro. 1, letra b, y Nro. 2 de la LT. Por lo tanto, el CplT igualmente debe analizar si su comunicación afectaría el éxito de la investigación o los derechos de las personas. Un ejemplo de ello en decisión C209-13, de 19.04.2013.

⁵³ Cabe precisar que la decisión es clara en cuanto a que respecto de los documentos “elaborados con posterioridad a la instrucción del sumario... y como consecuencia del ejercicio de las atribuciones conferidas al fiscal del sumario por el artículo 135 de la Ley N° 18.834, resulta plenamente aplicable la hipótesis de secreto contemplada en el artículo 137” (cons. 5)

III.4.3. Disidencia y actual jurisprudencia unánime: el secreto de sumario alcanza tanto la resolución que instruye el sumario como sus documentos fundantes

En sus votaciones disidentes en decisiones C575-12, C669-12 y C851-12, los Consejeros Jaraquemada y Santa María concluyen que *la resolución que ordena la instrucción de un sumario, así como los complementos directos y esenciales de esa resolución, son parte integrante del sumario administrativo y, por lo tanto, forman parte del objeto protegido por el art. 137 EA*. Dicha doctrina se basa en una interpretación del citado artículo a partir de las normas sobre la instrucción de procedimientos administrativos conforme a la Ley Nro. 19.880. Al respecto, los disidentes señalan que “los procedimientos administrativos tienen una etapa de inicio, una de instrucción y una de finalización, como señala el Capítulo II de la Ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos. La misma Ley define al procedimiento administrativo como “...una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. Añade que estos procedimientos deben “...constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos...” (art. 18, inc. 3°, Ley Nro. 19.880)”. Consecuentemente, en un sumario administrativo, “...la resolución que ordena instruirlo es el acto trámite que le pone inicio, razón por la cual el expediente sumarial es encabezado por ella” y los antecedentes que son complemento directo y esencial de dicha resolución también forman parte de ella. Por lo tanto, debe mantenerse su reserva de conformidad a lo dispuesto por el art. 137 EA (voto disidente, decisiones C575-12, C669-12 y C851-12).

Cabe destacar que no obstante esta doctrina considera parte del objeto protegido por el secreto de sumario la resolución que lo instruye y los documentos que le sirven de complemento directo y esencial, dicho secreto está sujeto a que la comunicación de la información afecte el resultado de la investigación –de conformidad con el ejercicio de reconducción material del art. 137 EA. En efecto, los disidentes sostienen:

“que el tenor del inciso 2° del artículo 137 de la Ley N° 18.834 es claro al señalar que “El sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos..”, valoración del legislador que este Consejo debe respetar, salvo que se trate de información que: i. No haya sido elaborada a propósito de dicho procedimiento disciplinario y ii. Cuya divulgación no afectase el éxito de la investigación o el derecho de terceros, bienes jurídicos cautelados por el artículo 137 del Estatuto Administrativo y el art. 21 N° 1 y N° 5 de la Ley de Transparencia.” (votaciones disidentes, decisiones C575-12, C669-12 y C851-12).

Lo anterior lo lleva a analizar si en el caso concreto “...la entrega de dicha información podría afectar el éxito de la investigación pendiente, lo que configura una afectación presente o cierta, probable y específica que justifica plenamente aplicar la causal de secreto o reserva invocada, pues perjudicaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido y el éxito de la investigación en curso.” (votación disidente decisión C669-12).

A partir de la Presidencia del Consejero Jaraquemada la posición de disidencia pasó a constituir la doctrina de mayoría del Consejo (decisiones C830-13 y C840-13 (acumuladas), de 30.08.2013, acordada por JJ –dirimente- y JLSM, disidentes AF y VB) y actualmente constituye su doctrina unánime (decisión unánime Rol C756-14, de 12.12.2014, acordada por JJ, JLSM, VB y MD).

Respaldo judicial. Entre las sentencias de Corte que han revisado las decisiones divididas del CplT no existe un pronunciamiento explícito sobre el criterio formal aquí analizado. Sin embargo, cabe destacar cierta recepción de la doctrina de reconducción material del art. 137 EA, lo que da cuenta de que la Corte entiende que tanto la resolución que instruye sumario como los documentos que le sirven de complemento forman parte del objeto del art. 137 EA. Tal es el caso de la sentencia Rol 7608-2012, de la Corte de Apelaciones de Santiago, que al revisar la decisión C669-12, señaló lo siguiente:

“...la disposición del artículo 137 inciso segundo del Estatuto Administrativo debe interpretarse a la luz de la finalidad de la norma, vale decir, concierne a la cuestión de

fondo tendiente a asentar la responsabilidad administrativa en hechos que han sido valorados de trascendencia para la administración, por ello mira al éxito de la investigación y... a la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios... *De ahí que una información que no comprometa estos fines, que no sea detallada en relación con el asunto indagado, pudiera ser entregada.*” “[El órgano], al invocar la causal de secreto o reserva del artículo 21 N °5 de la Ley de Transparencia [en relación al art. 137 EA], se ha limitado a argumentar que los datos de cuya entrega se trata son declarados secretos en virtud de una ley que debe estimarse de quórum calificado en virtud de los artículos 4° transitorio de la Constitución Política de la República y 1° de la Ley 20.285, *pero no ha hecho mención a ninguna de las causales señaladas en el artículo 8 ° de la Ley Fundamental que es a lo que se remite el citado artículo 21 N ° 5 de la Ley de Transparencia.* Sin aclarar lo anterior, no es posible que se tenga por vulnerada la Constitución, más aún, si es el propio artículo de la ley de quórum calificado el que no ha sido infringido.” (cons. 8)

III.4.4. Observaciones

1. En menester destacar que en la jurisprudencia inicial del CplT ninguna de las decisiones de mayoría explícita los argumentos que le permiten construir el criterio de delimitación formal del alcance del secreto sumarial. Por el contrario, en su redacción las decisiones enfatizan los argumentos que sostienen la reconducción material del artículo 137 EA – criterio material– y la construcción del criterio formal aparece como un argumento a mayor abundamiento. Cabe destacar este déficit en la argumentación, pues la mayoría sostiene una interpretación que no encuentra basamento en el texto expreso del artículo 137 EA ni en las normas de procedimiento administrativo y estos puntos son formulados explícitamente por la votación disidente. La falta de tales argumentos dificulta la consideración de este criterio formal como una doctrina, no obstante la relevancia de sus efectos.
2. Los efectos de la doctrina actual son importantes por sus implicancias en la aplicación del denominado test de daño. Esta doctrina reconocen la reconducción material del art. 137 EA a las causales de secreto del art. 8 CPR y, como corolario de ello, concluye que para determinar el carácter secreto de un documento contenido en el expediente sumarial, pero generado con anterioridad a éste, deberá verificarse, en el caso concreto, si su publicidad afecta el éxito de la investigación o los derechos de terceros. Sin embargo, el CplT podría no tener acceso al expediente sumarial a la hora de definir esto, ya sea porque no lo solicitó bajo los términos del art. 26 y 34 LT o el fiscal rechazó su remisión al Consejo. En tales casos, es dable suponer que, a partir de una análisis en abstracto, el Consejo tenderá a la reserva de la información que ha servido de complemento de la resolución que instruye el sumario, en tanto ésta se relacione que con el contenido del sumario. Así por ejemplo lo estimaron los Consejeros Jaraquemada y Santa María en su votación disidente de decisión C669-12 sobre el acceso a las auditorías a un convenio suscrito entre un particular y un OAE, cuando el sumario ha tenido por objeto detectar las eventuales anomalías en la ejecución de éste.
3. El voto dirimente del Presidente del Consejo ha sido central para la constitución de la doctrina inicial del CplT, no obstante la doctrina actual avanzó rápidamente a la adopción de una posición unánime en el Consejo, dando lugar la jurisprudencia del CplT en la materia.
4. Aunque la jurisprudencia judicial no se ha pronunciado expresamente sobre el punto, la recepción de la doctrina de la reconducción material del art. 137 EA es indicativa de que, a priori, la Corte considera que los documentos que sirven de complemento de la resolución que instruye un sumario forman parte del objeto del secreto sumarial. Sin embargo, en la resolución del caso concreto, ello estará determinado por daño que si comunicación genere los bienes jurídicos protegido por la reserva.

III.5. SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

III.5.1. Sobre el alcance del concepto de “fuente accesible al público” en la LPDP

La LPDP en su artículo 2º, letra i, define como “fuente accesible al público” “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”. Se trata de un tipo de registro o información desprovisto del régimen de protección que entrega la LPDP a los datos personales en general y que, consecuentemente, puede ser objeto de tratamiento o comunicación por quienes controlan los mismo, entre ellos, los OAE a través de la LT. En efecto, los datos personales que forman parte de estos registros no se encuentran sujetos al régimen de secreto que el artículo 7º LPDP otorga a los datos personales en general, según expresamente lo indica éste. Asimismo, ellos no se encuentran sujetos al principio de finalidad contenido en el artículo 9º LPDP, según el cual los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, “salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”. En consecuencia, resulta determinante establecer el alcance del concepto de “fuente accesible al público” para verificar si los datos personales contenidos en ella son o no accesible a través de la LT. El punto ha sido objeto controversia en la jurisprudencia del Consejo. Por una parte se ha sostenido una interpretación estricta del artículo 2 LPDP, conforme a la cual una fuente de acceso público se configura por la concurrencia de dos requisitos copulativos, (i) la posibilidad de que cualquier persona pueda acceder a la información que contiene el registro, por tratarse de un “registro público”; y (ii) la inexistencia de restricciones al acceso a la información que consta en ellas –Consejeros Jaraquemada, Blanlot y Olmedo–. Por otra parte, se ha desarrollado una interpretación extensiva del mismo concepto, argumentando que la concurrencia del primer requisito basta para configurar una fuente de acceso público –Consejeros Ferreiro y Santa María.

A. Interpretación estricta del concepto de fuente accesible al público

Conforme a esta doctrina el concepto de fuente accesible al público, tal como se encuentra definido en la LPDP, supone la concurrencia de dos elementos copulativos: (i) la posibilidad que cualquier persona pueda acceder a la información que consta en los registros y (ii) la inexistencia de restricciones al acceso. Para esta posición no basta que potencialmente cualquier persona pueda acceder a un registro público de datos personales, como ocurre respecto del registro de defunciones (decisión C1335-13, de 18.12.2013, acordada por JJ –dirimiente- VB, disidentes AF y JLSM) y el registro de vehículos motorizados (decisiones C1478-14 y C1491-14, de 08.10.2014, acordada por AF y JLSM, disidente JJ). La definición de “fuente accesible al público” contiene un requisito negativo adicional, esto es, que no existan restricciones de acceso. Ello ocurre cuando para acceder al registro es condición necesaria suministrar cierta información, como lo es el nombre o RUT de una persona para acceder al registro de defunciones y de vehículos motorizados. Dicho requisito deriva del tenor literal del artículo 2º g) LPDP, toda vez que:

“si el legislador hubiera querido identificar todo “registro público” con una “fuente accesible al público”, habría bastado que señalara que éstas son “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados” sin que tuviera sentido alguno incorporar la frase final de esa oración: “de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”... En consecuencia, la expresión “públicos o privados” que usó el legislador en el artículo 2, letra i) de la Ley N°19.628 debe entenderse referida a cuál es la naturaleza de la institución que está en posesión de los “registros o recopilaciones de datos””. (voto disidente, decisión C1478-14 y C1491-14)

A mayor abundamiento, ésta doctrina destaca que la formulación de fuente accesible al público en el derecho nacional adoptó una posición a la del derecho español (cons. 16, decisión C1335-13).

Conforme a esta hermenéutica, la doctrina en análisis concluye que el registro de defunciones “...a pesar de tratarse de información que obra en poder de la Administración y a la que puede

accederse a través de un procedimiento de certificación, ello no implica que el legislador haya considerado públicas las causas que han ocasionado la muerte de una persona como si se tratara de una fuente accesible al público en los términos de la Ley N°19.628. En efecto, no obstante su consideración como instrumento público, el certificado de defunción –así como las circunstancias de la muerte que constan en él– se entrega en forma individual y en base al suministro previo de determinados datos como nombre, apellido y RUN del fallecido, para poder acceder al registro público del Servicio de Registro Civil e Identificación”. (cons. 13, decisión C1335-13). En similares términos se ha pronunciado sobre otros registros públicos, señalando que “...no obstante ser instrumentos públicos los certificados de nacimiento, de defunción y de anotaciones vigentes de vehículos motorizados, se entregan en forma individual y en base al suministro previo de determinados datos, tales como el nombre, RUT y placa patente única, para poder acceder a los datos e información que en ellos se anotan.” (voto disidente JJ, decisión C1478-14 y C1491-14). Además, conforme a esta doctrina la información sobre propiedades, especialmente datos de inscripción, si bien obran en poder del CBR respectivo, constan en un registro público, más no en una fuente accesible al público pues se suministra bajo ciertas condiciones de acceso que establece la reglamentación particular como p. ej. indicando foja, domicilio, rol de avalúo, nombre o año (voto disidente JJ, decisión C452-12).

Las implicancias de esta doctrina son las siguientes. En primer lugar, los bancos de datos que constituyen registros públicos igualmente se encuentran sujetos al principio de finalidad que consagra el artículo 9° LPDP, el que resulta determinante para decidir si el tratamiento o comunicación de los datos es legítimo. En consecuencia, cuando la finalidad del registro es sólo “otorgar certificados que den fe de los hechos y actos jurídicos que consten en los registros que mantiene el Servicio” (voto disidente JJ, decisión C1478-14 y C1491-14), ésta no puede extenderse al acceso a través de la LT, y tampoco si la finalidad de “los datos privados de los contribuyentes que el SII posee o que se le proporcionan, es determinar, liquidar y girar, cuando procediere, los impuestos que establece la ley y la aplicación, fiscalización o investigación del cumplimiento de las leyes tributarias” (voto disidente, decisión C452-12).

En segundo lugar, la doctrina en análisis considera que la LT “no es la vía idónea para acceder a la información que consta anotada en estos registros públicos” (voto disidente JJ, C1478-14 y C1491-14). Al respecto, considera que “...el legislador ha fijado un régimen especial de acceso a la información que obra en esos registros públicos administrados por diversos servicios, y a ese régimen debe estarse. De tal forma que el solicitante no puede utilizar la Ley de Transparencia para acceder a la información contenida en ellos y obviar, de esta manera, la exigencia de proporcionar previamente ciertos datos para obtener la información que allí se encuentra.” (Ídem)

B. Interpretación extensiva del concepto de fuente accesible al público

Como se señaló, esta posición atribuye el carácter de fuente accesible al público a aquellos registros en que cualquier interesado puede potencialmente acceder, mientras que la necesidad de dar cumplimiento a ciertas exigencias administrativas como, por ejemplo, suministrar ciertos datos, representaría sólo trabas momentáneas. La consecuencia natural de este planteamiento es que dicha información no se encuentra sujeta a la regla de protección que fija el artículo 7° LPDP ni limitada su publicidad por la aplicación del principio de finalidad de su artículo 9°.

La doctrina se concentra en examinar la regulación pertinente para establecer si la información es susceptible de acceso por cualquier persona, más allá de las exigencias formales. Así, por ejemplo, en el voto de minoría de la decisión Rol C1353-13, para sostener la publicidad del registro de defunciones se argumenta que “...la muerte, así como las causas que la han ocasionado, es una circunstancia que el legislador ha estimado pública al reglar el sistema de inscripción de las causas de muerte y la emisión de los certificados de defunción, pues la enfermedad o causa inmediata que haya producido la muerte consta en registros administrados por el Servicio de Registro Civil e Identificación y a los que puede acceder cualquier persona, en conformidad con la normativa legal precitada.” (cons. 2°). En igual sentido, en el caso C452-

13 razona que “...la información... referida a la enajenación de un bien raíz –propietario-, que consta en la respetiva escritura pública y la posterior inscripción de la misma, “son datos públicos, de acuerdo al artículo 49 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 1857, que declara públicos los Registros que lleva el Conservador”. Por lo tanto, “...es información que consta en bases de libre acceso al público,” (cons. 9º).

C. Observaciones

1. Los Consejeros Jaraquemada y Blanlot han adoptado invariablemente una interpretación estricta del concepto de fuente accesible al público, mientras que en el caso de los Consejeros Ferreiro y Santa María ha existido cierta dispersión de votos, pues excepcionalmente en decisión C1379-14, de 10.09.2014, acogieron la primera doctrina dando lugar a una decisión unánime, al denegar el acceso a los registros de los títulos profesionales otorgados por las Universidades e Institutos Profesionales.⁵⁴ Con todo, posteriormente retomarían la interpretación restrictiva aquí descrita en decisión C1478 y C1491-14. Así las cosas, la configuración de una jurisprudencia sobre la materia estará sujeta a la posición que adopte el Consejero Drago en casos futuros.
2. La interpretación estricta del concepto de fuente accesible al público ha sido respaldada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia Rol 8582-2014, de 29.04.2015, recaída en el reclamo de ilegalidad de la decisión de amparo C1478-14 y C1491-14, donde la corte hace suyos los argumentos del voto disidente del Consejero Jaraquemada.⁵⁵ Por el contrario, la tesis extensiva sólo ha encontrado recepción en el voto disidente de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 8498-2014, de 20.03.15, que revisó la decisión de amparo Rol C452-14.⁵⁶

III.5.2. Sobre el alcance del concepto de dato sensible en la LPDP

Ya desde sus primeras decisiones el Consejo ha mantenido un criterio uniforme y unánime en orden a reconocer que los datos sensibles⁵⁷ no pueden ser objeto de comunicación, a menos que concurra alguna de las hipótesis de autorización que establece el art. 10 LPDP, esto es, cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud.⁵⁸ Sólo excepcionalmente en su jurisprudencia inicial el

⁵⁴ En su considerando 3 la decisión concluye que “...para categorizar un banco de datos como fuente accesible al público, la legislación nacional se centra en la posibilidad de acceder sin restricciones, por cualquier persona, a todos los elementos contenidos en dicho banco, caso en el cual no existe limitación en el uso que se les pueda dar. Por tanto, en el caso concreto, el hecho que el acceso al registro consultado está sometido a la restricción de aportar el nombre y apellidos y/o el RUN del titular excluye la posibilidad de considerar a este registro como una fuente accesible al público, en los términos definidos en el artículo 2, letra i) de la Ley N° 19.628”.

⁵⁵ Al respecto, la Corte señala que “...el artículo 2º, letra i) de la Ley N° 19.628 ha definido las fuentes accesibles al público. Estas fuentes son los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes. En la especie, tratase de información contenida en registros públicos, pero sometida a la aportación de determinados datos, lo que implica que su acceso es restringido o, de otra forma dicho, que no es una fuente accesible al público. Y ambos conceptos no son asimilables, situación que el propio Consejo ha establecido en Decisiones anteriores. El voto disidente los señala específicamente. Esta es la forma en que se entregan los certificados de defunción y las anotaciones vigentes de vehículos motorizados, en lo atinente al caso, vale decir, en forma individual y sobre la base de un suministro previo de ciertos datos que posibilitan el acceso. Esto implica que la ley ha determinado un procedimiento distinto de acceso a la información sita en registros públicos. Ello se advierte con claridad en la Ley N° 19.477, Orgánica del Servicio de Registro Civil e Identificación en cuanto establece que son funciones del servicio 1.- formar y mantener actualizado, por los medios y en la forma que el reglamento determine, los siguientes registros y entre ellos el de Defunción y el de Vehículos Motorizados (artículo 4º)”

⁵⁶ El Ministro Patricio Álvarez Maldini, en su disidencia plantea argumentos similares a los sostenidos por esta doctrina al argumentar que “... la invocación de la Ley N°19.628 sobre protección de datos personales... no resulta pertinente, toda vez que... no se trata de datos privados sino que de antecedentes que constan en registros eminentemente públicos como las respectivas escrituras públicas y los registros de propiedad de los CBR; luego, no se puede sostener que existe afectación de datos personales de los contribuyentes como alega el reclamante, dado que la transferencia del dominio de un bien raíz y los antecedentes asociados a la misma, son esencialmente públicos al quedar consignados en registros que tienen dicho carácter por lo que sería ilógico concluir que la información contenida en un registro público pueda ser catalogada como un dato personal que amerite reserva respecto de un tercero”.

⁵⁷ El art. 2, letra g, LPDP define “datos sensibles” como “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

⁵⁸ En materia de estados de salud, véase decisiones roles C211-10, de 27.07.10; C267-10, de 03.08.10; C240-10, de 24.08.10; y C1190-11, de 25.01.12. En materia de ideología política, véase la decisión C512-09, de C15.01.10.

CplT levantó la reserva de estos datos aplicando el denominado “test interés público” para permitir el acceso a los resultados de los informes psicológicos de los candidatos ganadores de concursos públicos (véase, sección III.7). Con todo, algunas decisiones revelan posturas más o menos restrictivas en torno al alcance de los datos sensibles, en particular, (A) en cuanto al grado de especificidad necesario para calificar cierta información sobre licencias medicas como reveladora de “estados de salud”; y (B) sobre el alcance del concepto de dato sensible como “hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad de la persona”.

A. Sobre el alcance del concepto de dato sensible como estado de salud

A.1. Doctrina de minoría. La condición de enfermo como dato sensible. En decisión C731-12, de 14.11.12 (acordada por AF –dirimente- y JJ, disidentes VB y JLSM) el CplT debió resolver si develar el hecho ser sujeto de un licencia médica constituye un dato sensible en los términos de la LPDP. Al respecto, los Consejeros Blanlot y Santa María –en votación disidente- argumentaron a favor de dicha calificación, pues *el hecho de dar uso a una licencia médica “da cuenta del estado de salud de los funcionarios consultados, pese a no indicar el tipo de patología que justificó el reposo que la licencia otorga”*. Consecuentemente, subyace en esta doctrina una interpretación amplia del concepto de “estado de salud”, lo que no se restringe a el diagnostico o patología específica, sino que contiene la mera condición de enfermo.

La citada doctrina tiene antecedente en una decisión unánime del CplT. En decisión C267-10, de 03.08.10 (acordada por JPO, AF, RU, RG), el CplT resolvió que la comunicación de las fecha de emisión de licencias médicas de funcionarios municipales y el número de días prescrito, constituían “datos sensibles de dichos funcionarios, en los términos que ha sido establecido en la letra g) del artículo 2° de la Ley N° 19.628... toda vez que se da cuenta de datos personales que se refieren a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, por referirse a estados de salud físicos o psíquicos”. Sin embargo, como veremos, éste criterio fue posteriormente modificado por el CplT en decisión C187-11, de 15.02.11 (acordada por AF, RU, JPO, JJ).

A.2. Doctrina de mayoría. La condición de enfermo como dato personal. Por su parte, los Consejeros Ferreiro, Urrutia, Olmedo, Jaraquemada y Guerrero en decisiones unánimes C533-09 y C187-11 han sido de la opinión de que *“a pesar que resulta claro que la vinculación que se establezca entre una determinada persona.. con una o más licencias médicas que le hayan sido extendidas a ésta da cuenta, indefectiblemente, de que tal persona sufrió o sufre actualmente una enfermedad o incapacidad laboral –pues así se colige de la lectura de los artículos 1° del Reglamento de Autorización de Licencias Médicas y, en particular, del artículo 38 de la Estatuto Docente... dicho dato personal no llega a constituir un dato personal de carácter sensible, por no subsumirse en ninguna de las categorías ni ejemplos entregados por el artículo 2, letra g), de la Ley N° 19.628...”* Al respecto, han sostenido que son los motivos de la ausencia originada por la licencia médica los que constituyen datos sensibles, por referirse éstos a estados de salud físicos o psíquicos de dichas personas”. Precizando lo anterior, esta doctrina sostiene que la categorización como dato sensible del “estado de salud físico o psíquico” de una persona tiene por objeto de protección –utilizando los términos empleados por la regulación europea de protección de datos– a “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo”. Ellas comprenden –según establece el artículo 127 del Código Sanitario– las recetas médicas, análisis o exámenes de laboratorios clínicos y los servicios relacionados con su salud. Por el contrario, el dato relativo a la presentación de licencias médicas y su fecha de duración no da cuenta, por sí mismo, de ello. Cita al efecto el Convenio 108 Unión Europea en materia de datos de salud y el criterio adoptado por la Agencia Española de Protección de Datos (decisión C187-11).

Agrega esta doctrina que la circunstancia de hacer uso de una licencia médica tampoco corresponde a un dato referente a la “vida privada o intimidad” de los funcionarios públicos, “pues la esfera de privacidad de aquel personal que trabaja para la Administración del Estado es más reducida que la del resto de las personas en virtud, precisamente, de las funciones que ejercen” (decisión C187-11). Adicionalmente, tratándose las licencias médicas de antecedentes

que sirven como justificación del incumplimiento de la jornada laboral de un funcionario público, su divulgación involucra un interés público, toda vez que: (i) Se trata de hechos propios del desempeño de funciones públicas que, conforme al artículo 30 de la Ley 19.733, conocida también como la Ley de Prensa, pueden calificarse como hechos de “interés público”; y (ii) su divulgación permite verificar si respecto de parte de la dotación del órgano resulta aplicable una causal de término de sus funciones que contemplan tanto el Estatuto Administrativo y como el Estatuto Docente.

Esta posición es reflejada como voto de mayoría en la citada decisión C731-12 (acordada por AF –dirimente- y JJ, disidentes VB y JLSM).

A.3. Observaciones

1. Las doctrinas aquí planteadas no han sido objeto de revisión judicial y tampoco existen registros de decisiones posteriores del CplT donde la actual integración del Consejo se pronuncie sobre el punto, por lo que es dable entender que los Consejeros seguirán fallando divididamente sobre la materia.
2. La doctrina de mayoría, desarrollada previamente como votación unánime, ha sido más detallada en el desarrollo de sus argumentos, elaborando un concepto de estado de salud que permite la resolución de casos análogos. Por el contrario, la doctrina de minoría debería avanzar en la formulación de un concepto de estado de salud que precise el ámbito de aplicación de los datos sensibles.

B. Sobre el alcance del concepto de dato sensible como “hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad de la persona”.

Otra materia que ha sido objeto de decisión dividida del CplT es la subsunción de un dato personal como “hechos o circunstancias de la vida privada o intimidad de la persona” en los términos del art. 2, letra g, LPDP. Este fue el asunto a considerar en decisión A86-09, de 20.05.2010 (acordada por AF y RU, concurrente JPO) que resolvió el acceso a las fechas de ingreso y salida del territorio nacional de una persona.

B.1. Doctrina de mayoría. En votación de mayoría, los Consejeros Ferreiro y Urrutia estimaron que dicha información corresponde a datos personales cuya comunicación sólo se encuentra autorizada en las circunstancias restrictivas del artículo 4º LPDP, ninguna de las cuales concurría en dicho caso. Por lo tanto, de cara a la LT, su comunicación sólo podría autorizarse de concurrir un interés público que la justifique, lo que estimaron no se acreditó en dicho caso, denegando su acceso. Sin embargo, la decisión de mayoría no avanza en distinguir si la naturaleza de la información constituye un dato sensible, como lo haría el voto de minoría.

B.2. Doctrina de minoría. Por su parte, el Consejero Olmedo, en votación concurrente, subsume la información requerida en el concepto de datos sensibles, en particular, en la cláusula genérica del artículo 2, letra g, LPDP. A su entender, *las fechas de entrada y salida del territorio nacional son “datos personales que se refieren... a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad”*. Al efecto, citando a Vidal, T (2000) y Nogueira, H. (2004) desarrolla un concepto de vida privada que importa el “...derecho del individuo para decidir por sí mismo sobre la exposición de su ámbito privado —que en su núcleo se identifica con el cuerpo, su afectividad y la información relativa a su persona— ... y que le faculta para optar en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal, como asimismo, el derecho a decidir sobre el desarrollo de su personalidad mientras no dañe a terceros, siempre que sus actuaciones no sean de relevancia pública ni contravengan el ordenamiento jurídico...”. Conforme a éste, considera que forma parte de la vida privada la información da cuenta del “ejercicio del derecho constitucional de la libertad personal, particularmente la libertad de tránsito”.

B.3. Observaciones

1. La doctrina del Consejero Olmedo es un primer intento por dotar de contenido la cláusula general del artículo 2º, letra g), LPDP. Sin embargo, el concepto de vida privada proveído

por éste –que incorpora la “información relativa a la persona”- es igualmente subsumible en la definición de dato personal del artículo 2º, letra h), LPDP. Se trata de una materia en la que el CplT no ha desarrollado una jurisprudencia específica. En efecto, en sus decisiones el CplT ha reservado información porque su comunicación afectaría la vida privada de un particular, pero éstas resuelven en clave de acceso a la información y por aplicación del artículo 21 Nro. 2 LT, o considerado dicha información como datos personales –tal como lo resuelve la mayoría en el presente caso. El punto es importante, pues los efectos de la declaración, como dato personal o sensible, varían de conformidad a las reglas de tratamiento de datos de los artículos 4 y 10 LPDP, respectivamente.

2. Las “Recomendaciones del CplT sobre protección de datos personales por parte de los Órganos de la Administración del Estado”, de 31.08.2011, tampoco avanzan en entregar elementos que permitan una diferenciación entre los datos personales y aquellos relativos a la vida privada. Se trata de un punto en que el Consejo podría avanzar a nivel jurisprudencia o normativo.

III.5.3. Sobre la aplicación de el test de interés público y el principio de finalidad

Al CplT, en tanto órgano encargado de garantizar tanto el derecho de acceso a la información como la protección de los datos personales (arts. 32 y 33 LT), le corresponde resolver fundadamente en qué casos la LT ampara la comunicación de datos personales en poder de la Administración. Se trata de una labor interpretativa difícil. En efecto, si bien en virtud del artículo 5º LT toda información en poder de la Administración se presume pública, a los datos personales en poder de la Administración les resulta aplicable la regla de secreto contemplada por el artículo 7º de la Ley N° 19.628, que exige a quienes trabajen en el tratamiento de datos personales, “tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público”. A diferencia de otras legislaciones, el legislador nacional no ha establecido un criterio para resolver el punto,⁵⁹ correspondiéndole a los aplicadores del derecho determinar jurisprudencialmente estos criterios. Las decisiones divididas del CplT en materia de protección de datos personales dan cuenta de que si bien el CplT ha desarrollado un criterio unánime para administrar este asunto –el denominado test de interés público-, éste no es seguido sistemáticamente, prefiriendo en ciertos casos la aplicación directa de la LPDP y verifica si la finalidad y proporcionalidad en el tratamiento de datos autoriza o no la comunicación. Así lo ha destacado también el Consejero Jaraquemada.⁶⁰

A. El test interés público.

⁵⁹ En el caso de la legislación española, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de 2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en su artículo 14 Nro. 2, en lo relativo a los límites del DAIP, señala que “La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.” A su turno, su artículo 15 Nro. 2 regula la comunicación de datos personales a través del DAIP indicando que “2. Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. 3. Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios: a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos. c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos. d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad. 4. No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. 5. La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso”

⁶⁰ Jaraquemada, J. (2015). La afectación de la vida privada como límite al acceso a la información. *Transparencia & Sociedad*, No. 3, p. 40

En decisión unánime C315-11, de 10.05.2011 (acordada por RU, AF, JJ y JPO) el CplT ha determinado el mecanismo para resolver si, en un caso concreto, el DAIP ampara el acceso a datos personales. Al respecto, ha señalado que “al ser Ley N° 19.628 un cuerpo normativo especial en materia de tratamiento de datos personales debe reconocerse que mediante la regla de secreto contenida en su artículo 7° el legislador ha ponderado que la divulgación de estos datos importaría afectar los derechos de las personas en los términos de los numerales 2 y 5 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, particularmente el derecho a la vida privada en su vertiente positiva, esto es, la autodeterminación informativa, como poder de control sobre la información propia” (cons. 4). Sin embargo –sostiene el CplT–:

“no toda información subsumible en la categoría de dato personal es *per se* secreta, pues ello obviaría la inteligencia o sentido de la regla de publicidad de la información que obre en poder de la Administración del Estado, contenida en los artículos 5°, 11 letra c) y 21 de la Ley de Transparencia. Para abordar esta problemática este Consejo ha optado por circunscribir los efectos de sus decisiones al caso concreto utilizando los denominados *tests de daños y de interés público*: «Ambos, que pueden ser complementarios, consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. El primero se centra en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos; el segundo, en ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la reserva» (Decisión C193-10).” (cons. 5).

El uso análogo de los conceptos de test de interés público y test de daño es confuso y lo hemos observado en otra parte.⁶¹ Cabe señalar aquí que la misma decisión reconoce *per se* que la revelación de los datos personales afectará los derechos de las personas, pero es la magnitud de dicha afectación la que debe ser ponderada por el CplT. En efecto, el Consejo considera que el criterio para resolver estos casos es un “balance entre el interés de retener la información [porque su publicidad afecta los derechos de las personas] y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. Se trata de un ejercicio de ponderación que condiciona sus resultados a las características del caso concreto.

Este criterio es expresamente reconocido en decisión de mayoría C416-11, de 14.07.11 (acordada por JJ y AF, disidente RU), donde el Consejo resolvió que el acceso a los registros de visitas de un presidiario. Al respecto, estimó que, por regla general, estos son reservados en aplicación de la LPDP. Sin embargo, dicho registro de visitas puede hacerse público en tanto concurren un interés público en su divulgación, tal es el caso del registro de visitas del Sr. Mauricio Hernández Norambuena, toda vez que “constituye un hecho público y notorio que, en su oportunidad, se incoaron en contra de don Mauricio Hernández Norambuena diversas causas penales a fin de determinar su participación y responsabilidad en el homicidio del Senador Jaime Guzmán y el secuestro de Cristián Edwards, ambos ocurridos durante el año 1991. Asimismo, es de dominio público que el Sr. Hernández Norambuena estuvo recluido en Chile en la Unidad Especial de Alta Seguridad, fugándose de dicho centro penitenciario el 30 de diciembre de 1996”. (cons. 17). En similar sentido la decisión de mayoría Rol C86-09 (de 20.05.10, AF y RU, concurrente JPO) reconoce la utilidad del test para resolver el conflicto, señalando que “...al constituir lo requerido datos personales referentes a una persona natural hay que realizar un balance entre ambos derechos fundamentales, esto es, el derecho a la vida privada y el derecho fundamental de acceso a la información pública (artículo 19 N° 12).” (cons. 7°).

Especialmente interesante es la decisión de mayoría C846-10, de 07.01.2010 (acordada por RU-dirimente- y AF, disidentes JJ y JPO), donde el Consejo resuelve sobre la publicidad del (i) registro de asistencia de un funcionario y (ii) su control de acceso (torniquetes) al edificio institucional. En él, la mayoría hace expresa mención al test de interés público para justificar la

⁶¹ Contreras & Pavon (2010).

divulgación el registro de asistencia. Al respecto, desarrolla dos argumentos propios de la jurisprudencia unánime del CplT:

- i. En primer lugar, que los servidores públicos tienen un ámbito de vida privada más restringido que los empleados del sector privado, pues al desempeñar su trabajo realizan una función pública que debe ejercerse con probidad y transparencia, como lo establecen los artículos 8° de la Constitución y 3° de la Ley de Transparencia. (cons. 5).
- ii. Luego, desarrolla el test de interés público haciendo presente que “...en diversos dictámenes de la Contraloría... se ha establecido la necesidad de establecer sistemas de control de la jornada laboral... [y, conforme al Estatuto Administrativo] a todo funcionario le afecta la obligación de cumplir con su jornada laboral y de sujetarse al sistema de control establecido...[y su] artículo 72 establece las consecuencias jurídicas que acarrea tanto la inobservancia del cumplimiento efectivo de la jornada prevista para el ejercicio de sus labores, como los atrasos y ausencias reiteradas, sin causa justificada, no pudiendo así existir empleados o grupos de éstos eximidos de algún sistema que verifique precisamente la observancia de dicha obligación de manera eficiente o que estén adscritos a uno que pueda originar ventajas indebidas para ellos.” (cons. 6). Esto lo lleva a concluir, citando su jurisprudencia previa, que dado que estos datos personales “se han producido en el ejercicio de una función pública y que el conocimiento de dicha información es relevante para el adecuado control social de aquélla, es necesario que se publiquen o se den a conocer” (con. 7). Este punto es compartido por la disidencia.

Sin embargo, al tiempo de resolver sobre el acceso al control de ingreso al edificio institucional, la mayoría no desarrolla el test de interés público como criterio de resolución. Por el contrario, ésta centra sus argumentos en que la comunicación no afectaría la “libertad de circulación del funcionario”. En efecto, la mayoría señala:

En cuanto al registro de ingreso y salida al edificio institucional, “...si bien se afirma que dicho mecanismo no es un control de cumplimiento de jornada sino un mecanismo de seguridad debe considerarse que está instalado en un edificio público — administrado por el Ministerio de Relaciones Exteriores— que es, precisamente, donde funciona la AGCI. Por ello, la información disponible en este sistema sobre el acceso de los funcionarios de las reparticiones que allí trabajan es pública. En otras palabras, se estima que no cabe sostener que vulneraría la libertad de circulación el conocimiento de los registros de acceso y salida al edificio público en que un servidor público tiene su lugar de trabajo. El contenido esencial de dicha libertad subsiste, quedando solamente sujeta al control social que deben tolerar dichos servidores en virtud del ejercicio del derecho de acceso a la información.” (cons. 15)

Como puede advertirse, la mayoría aplica inconsistentemente el test de interés público. En efecto, el registro de asistencia es publicable porque permite el control social del cumplimiento de la jornada laboral de un funcionario público, pero el Consejo descarta que el registro de acceso cumpla análoga labor. La mayoría no provee argumento alguno que permita justificar el interés público en la comunicación del registro de ingreso. Consecuentemente, más allá de una mención genérica al control social, la decisión de mayoría no entrega justificaciones para modificar la regla de secreto del artículo 7 LPDP, pues aún cuando la comunicación de la información no afectare la libertad de movimiento de su titular, la LPDP presume que la comunicación afectaría su derecho a la autodeterminación informativa.

B. Aplicación directa de la LPDP y el principio de finalidad

Como contrapartida a la doctrina anterior, las decisiones divididas también dan cuenta de una doctrina que parece arbitrar la publicidad de datos personales a través del DAIP incorporando la aplicación directa de los principios y reglas de la LPDP. Ello ha significa, en concreto, complementar el test de interés público con un análisis (i) de las competencias del organismo en la recolección de datos personales y (ii) la finalidad de la recolección, de conformidad con las reglas dispuestas por los artículos 9 y 20 LPDP.

Una primera expresión de esta doctrina se observa en el voto de minoría desarrollado por el Consejero Olmedo en decisión C407-09, de 20.03.10 (acordada por AF y RU, disidente JPO), que resolvió el carácter público del padrón computacional electoral. El voto tiene por objeto de análisis las competencias del SERVEL para tratar computacionalmente los datos personales de los electores, concluyendo que esta corresponde al nombre de las personas y no la totalidad de los datos que están contenidos en los libros denominados “Registros Electorales” (cons. 2º voto disidente). Al respecto, argumenta que

“la competencia del SERVEL está definida en el artículo 90 b) de la Ley N° 18.556, que le encarga “Formar y mantener un boletín denominado Padrón Electoral, ordenado computacionalmente, el que contendrá la nómina alfabética de las personas habilitadas para ejercer el derecho a sufragio en los procesos electorales y plebiscitarios”. La citada nómina, “según la definición de la Real Academia Española de la Lengua, es una “lista o catálogo de nombres de personas o cosas”, por lo que debe entenderse que la única información que el SERVEL está autorizado a tratar computacionalmente es el nombre de las personas y no la totalidad de los datos que están contenidos en los libros denominados “Registros Electorales”, sin que esto se oponga en absoluto a que aquéllos sean públicos. En consecuencia, no existe ninguna contradicción entre la Ley N° 18.556 y la Ley N° 19.628, como plantea la mayoría.”

El voto es interesante porque, adicionalmente, desarrolla en forma expresa el test de interés, llevándolo a concluir que la publicidad de los datos no constituyen un medio de control del sistema electoral, pero arriesga un daño considerable al derecho de sus titulares. En ese sentido, sostiene que

“...Ni la profesión, ni la fecha de nacimiento, ni el domicilio, ni el número de la cédula de identidad resultan indispensables para controlar estos procesos. En cambio, su tráfico indiscriminado —atendido el bajo costo que tiene la reproducción de esta información en soporte electrónico, según el criterio adoptado por esta decisión y que el suscrito comparte— arriesga severamente el derecho a la intimidad de las personas, pues implica que cualquiera podría tener acceso a esos datos, en circunstancias que el SERVEL no está autorizado a tratarlos informáticamente.” “Que resultaría más grave aún entregar la indicación de discapacidad (no vidente, analfabeto) pues esta información, según la Ley N° 19.628, es de carácter sensible, lo que impide tratarla salvo en los precisos casos que señala su art. 10 y que, en este caso, no concurren.”

El voto de minoría en decisión C846-10, de 07.10.10, desarrollado por el Consejero Jaraquemada, sigue la doctrina aquí planteada. En primer lugar, el disidente sostiene que el registro de acceso al edificio institucional y de asistencia son datos personales, por lo que “sólo pueden ser tratados por la autoridad pública en ejercicio de sus competencias legales y velando por un uso pertinente, adecuado y no excesivo con relación al ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido, no pudiendo usarse para finalidades diferentes de aquéllas para las que los datos hubieran sido recogidos”. En segundo lugar, la minoría revisa si su comunicación (o tratamiento) se ajusta al principio de finalidad. Al respecto, sostiene que los datos que contienen ese registro “no es recolectada ni utilizada por la AGCI para controlar el ingreso y salida de los funcionarios de su lugar de trabajo ni para fiscalizar sus jornadas laborales, sino que es simplemente un mecanismo para resguardar la seguridad del edificio y para mantener un control de acceso respecto de quienes ingresan y salen de aquél.” Así las cosas, “en virtud de la finalidad con que son recogidos estos datos, no se justifica darles el mismo tratamiento que a los obtenidos a través del control de asistencia formal, máxime si su difusión permite controlar el ejercicio de la libertad de circulación de las personas que es parte de su vida privada, razón que justifica su reserva en virtud del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.” Finalmente, el voto agrega que “para la debida protección del contenido esencial de los derechos fundamentales aludidos, siempre resultará menos gravoso elegir aquellas opciones que sean estrictamente necesarias con relación a los objetivos que se pretenden lograr, en este caso, promover el control social de los funcionarios del Estado.” Este último argumento incorpora la racionalidad del interés público en la matriz de análisis, pues supone que el balance en la realización del bien jurídico protegido por el secreto y el interés general en la publicidad de la información debe estar guiada por seleccionar aquella opción que resulte menos gravosa el

primero. Finalmente, cabe destacar que esta posición fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia rol 1002-2011, 02.04.2011, que revisó la decisión en comento.

También revela esta matriz de análisis la decisión C901-11, de 07.10.11, acordada por AF y JJ, disidente RU), que deniega el acceso al listado de personas matriculadas en una carrera universitaria. En ella la mayoría concluye que la finalidad de la recolección no se condice (ni autoriza) la publicidad de los datos y “no advierte la existencia de un interés público subyacente a la divulgación de la información”.

C. Observaciones

1. Las posiciones de mayoría y minoría aquí revisadas dan cuenta de que los Consejeros han dado aplicación de las reglas propias de la LPDP para resolver la publicidad de datos personales a través del DAIP. Con todo, en estos casos no parece descartarse el test de interés público como criterio de resolución, pues generalmente éste es como argumento para descartar la satisfacción de un interés general por la comunicación de la información.
2. El punto es importante pues la aplicación exclusiva de las reglas de la LPDP para resolver casos de acceso a la información es problemática. Primero, porque generalmente las competencias legales de los OAEs no importan la comunicación de datos a terceros. Ello responde no sólo a las lógicas propias de la protección de datos personales sino también a la preferencia administrativa por el secreto de sus procedimientos. Segundo, porque aún cuando la finalidad de la recolección de los datos no involucre la comunicación a terceros su publicidad puede satisfacer un interés público general, debiendo el CplT ponderar este último.
3. Con todo, el análisis de las competencias del OAE para el tratamiento de los datos, así como su finalidad, pueden precisamente servir para construir un estándar más exigente en la determinación del interés público en la comunicación de la información, considerando, por ejemplo, si el legislador ha requerido a la Administración el procesamiento de ciertos datos como, por ejemplo, mecanismo de control de la probidad pública.
4. El CplT debería desarrollar estándares más estrictos sobre qué, *a priori*, constituye información de interés público, la elaboración de guías en ese sentido asistiría a la resolución de casos futuros.

III.6. INFORMACIÓN SOBRE CONCURSOS PÚBLICOS

La jurisprudencia del CplT en torno a la publicidad o reserva de la información generada en el marco de concursos públicos convocados para proveer cargos en la Administración del Estado da cuenta un largo debate al interior del Consejo.⁶² En términos generales, estas decisiones se caracterizan por la presencia de distintas doctrinas respondiendo a la variabilidad de aspectos particulares de la información requerida, tales como la naturaleza del solicitante (v.gr. postulantes que solicitan información sobre sus datos personales —el llamado “habeas data impropio”), la naturaleza de la pedido (v.gr. los resultados de los test aplicados al ganador del concurso vs. el resto de los partícipes) y la naturaleza del concurso (si se trata de un concurso de Alta Dirección Pública⁶³ o no⁶⁴). Por tanto, se trata de una jurisprudencia heterogénea. Sin

⁶² Decisiones Roles Nros. RA29-09 y RA35-09, A90-09, A336-09, C53-10, C91-10, C190-10, C236-10, C368-10, C724-11, C754-11, C803-11 y C850-10.

⁶³ El Sistema de Alta Dirección Pública (creado en el año 2003 por la Ley N° 19.882) constituye un sistema integral destinado a la selección, formación, evaluación y desarrollo de altos directivos —jefes superiores y directivos de segundo nivel jerárquico—, y comprende cerca de un centenar de servicios de la Administración del Estado, con el propósito de favorecer la calidad, eficiencia y eficacia de su gestión y su modernización estructural. El reclutamiento y selección de los cargos sometidos a este sistema es conducido por el Consejo de Alta Dirección Pública, situado en la estructura de la Dirección Nacional del Servicio Civil, que encarga parte de este proceso a empresas especializadas en selección de personal, según lo permite expresamente el artículo cuadragésimo segundo de la misma ley.

embargo, el centro del debate mayoría/minoría ha tenido lugar respecto de tres tipos de información, a saber: (i) los resultados de la evaluación psicológica del candidato ganador de un certamen; (ii) la identidad de los candidatos no seleccionados; y (iii) los resultados de la propia evaluación psicolaboral solicitados por el candidato que no resultó finalmente electo en el marco de concursos no adscritos al Sistema de Alta Dirección Pública.

En cuanto a los resultados de la evaluación psicológica del candidato ganador (i), si bien en su primera decisión el Consejo unánimemente acordó el carácter público de dicha información, posteriormente se articularon posiciones contrapuestas sobre el punto, donde la mayoría fue determinada por el voto dirimente del Presidente del Consejo, dando lugar a decisiones heterogéneas en la materia. Con todo, finalmente el Consejo adoptó una posición unánime, en torno a su secreto. Por su parte, en cuanto a las otras dos materias de debate (ii y iii) existió una única disidencia manifestada por el Consejero Urrutia en decisiones Roles C190-10, de 31.03.10, y C850-10, de 24.11.10, a favor de la publicidad de esta información, aunque esta doctrina no ha trascendido en la integración posterior.

III.6.1. Sobre la evaluación psicolaboral del candidato ganador

La jurisprudencia del CplT invariablemente ha concluido que es pública la siguiente información sobre el candidato ganador de un certamen concursal: (a) su historia curricular; (b) la descripción de su motivación; (c) el puntaje asignado a cada atributo del perfil por la consultora respectiva; y (d) el puntaje asignado a cada atributo del perfil por el Comité de Selección o el Consejo de Alta Dirección, según corresponda. Por contrapartida, se ha resultado que son reservadas las referencias de terceros con respecto a los candidatos. Así las cosas, la controversia mayoría/minoría se centra en el carácter público de los resultados de la evolución psicolaboral del candidato ganador, a saber: (a) la evaluación psicológica del concursante ganador; (b) su evaluación descriptiva de atributos; y (c) la conclusión del informe psicolaboral (en que se sintetiza sus fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas –también conocido como análisis FODA). Inicialmente, en decisión unánime A29-09, de 11.08.2009, el CplT resolvió el carácter público de dicha información, basado en que el candidato ganador ejercería relevantes funciones públicas, lo que justificaría el interés público de la comunicación de estos datos. Sin embargo, con ocasión de la decisión de reposición RA29-09 y RA35-09 (acumulada) se formularon dos posiciones doctrinarias al respecto. La primera, que aboga por su carácter secreto, fue sostenida por los Consejeros Olmedo y Guerrero, mientras que su publicidad fue sido argumentada por Consejeros Ferreiro y Urrutia.

Las doctrinas desarrolladas en la citada decisión RA29-09 y RA35-09 se mantuvieron en decisiones posteriores⁶⁴, aunque formuladas alternativamente como posiciones de mayoría y minoría producto de la ausencia de un consejero en la sesión que revisó una decisión (v.gr. decisión A336-09, 03.05.2010); cambios en la integración del Consejo Directivo con la incorporación del Consejero Jaraquemada; el cambio de posición del Consejero Ferreiro (a partir de decisión C91-10 y C190-10, de 10.08.2010, relativas a un concurso fuera del SADP, acordada por JPO, RG y AF, disidente RU); y cambios en la Presidencia del Consejo Directivo (a partir de decisión C53-10, de 27.07.2010, acordada por RU –dirimente– y AF, disidentes RG y JPO). Con todo, finalmente el Consejo adoptó como posición unánime establecer el secreto de esta información en línea con la jurisprudencia judicial en la materia (a partir de decisión C2183-13, de 04.04.14 (acordada por VB, AF, JJ, JLSM)).

A. La evaluación psicolaboral del candidato ganador es reservada

⁶⁴ Los concursos que no se rigen por el Sistema de Alta Dirección Pública, corresponden fundamentalmente a: (i) Los que quedan regidos por el Estatuto Administrativo (D.S N° 69 del año 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el “Reglamento sobre Concursos del Estatuto Administrativo”); (ii) Los que dicen relación con cargos a contrata (estos concursos no quedan regidos por el Estatuto Administrativo, ver Dictámenes CGR N°s: 44.817-2009 y 42.276-2009); y (iii) Los concursos públicos de profesionales de la Educación o profesionales de la Salud, que están sometidos a una regulación particular. Los primeros se rigen por el Estatuto Docente (Ley N° 19.070) y el segundo por el D.F.L N° 1 de 2006 del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, DE 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469.

⁶⁵ Véase decisiones roles RA29-09/RA35-09; A90-09, A336-09, C53-10, C90-10, C91-10, C236-10, C368-10, 850-10, C724-11, C754-11, C803-11.

En decisión de mayoría RA29-09 y RA35-09 (acumulada) (acordada por JPO –dirimente– y RG, disidentes AF y RU), el CplT resolvió la reserva de la evaluación psicolaboral del candidato ganador en un concurso de ADP. Como argumento central la doctrina en comento considera que la publicidad de esta información afectaría el debido cumplimiento de las funciones del Servicio Civil, en los términos del art. 21 N° 1 LT, atendida la naturaleza de la información y el contexto en que se produce. En efecto, la mayoría señala que dicha información “...corresponde a un examen en un momento determinado y sobre la base de los atributos definidos por un mandante, todo lo cual dificulta medirlos en términos objetivos y supone la emisión de opiniones por parte de las consultoras dedicadas al reclutamiento de personal..., cuya claridad y asertividad es esencial para una debida prestación de sus servicios”, constituyendo un “juicio de expertos”, difícilmente objetivable. En consecuencia, se concluyó que “de divulgarse las opiniones incluidas en estos informes se producirían cuestionamientos difíciles de dirimir dado que, en muchos casos, los interesados no quedarían satisfechos con su contenido, lo que podría mermar su claridad, asertividad y precisión de tales informes en procesos de selección futuros, atributos que son esenciales para un adecuado sistema de reclutamiento. Esto los transformaría en herramientas poco útiles, todo lo cual atentaría contra el funcionamiento de los sistemas de reclutamiento, lo que también es aplicable a este caso” (cons. 4).

En segundo lugar, la mayoría sostiene publicidad de los resultados de estas evaluaciones afectaría los derechos del candidato ganador (art. 21 Nro. 2 LT), pues si bien reconoce que la esfera de privacidad de los funcionarios públicos es más reducida que la del resto de las personas en virtud de la función pública que ejercen, ésta “no queda anulada y debe, en este caso, ser amparada” (cons. 6°)

Con todo, esta posición igualmente requirió al OAE *la entrega de una versión pública sobre los criterios de evaluación y puntajes asignados*, por cuanto ello constituyó un ofrecimiento que formuló el propio Servicio Civil en el marco de la audiencia desarrollada en el amparo Rol A29-09.

B. La evaluación psicolaboral del candidato ganador es pública

Por contrapartida, para los Consejeros Ferreiro, Urrutia el fundamento central de la publicidad se asocia al elevado interés público de la información, el cual es calibrado en función de la importancia de los cargos a proveer. En tal sentido, en la decisión A29-09 (unanidad inicial) se argumentó que: “...*el interés público justifica la divulgación de esta información, especialmente considerando que los concursos del SADP corresponden a cargos de alta relevancia pública. Elevar la transparencia en esta materia contribuirá a disipar algunas dudas acerca del funcionamiento del sistema e incrementará su escrutinio o control social lo que, a su vez, favorecerá su mejor funcionamiento contribuyendo a disipar algunas inquietudes acerca de él...*” (cons. 8 d). Estos argumentos son recogidos en su posición disidente en decisión RA29-09 y RC35-09. Adicionalmente, esta doctrina sostiene que el riesgo de afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano producto de la publicidad de la información es sólo una situación hipotética tanto en su ocurrencia como en su magnitud, pues “...casi por definición, sus informes [de los candidatos seleccionados] debieran ser positivos y, en caso contrario, la sociedad tiene derecho a conocerlos dada la relevancia de las funciones que les tocará desempeñar, particularmente si se tratase de elementos negativos significativos (voto disidente). Por último, la publicidad del informe del ganador se explicaría por su interés público, toda vez que “...la condición de alto directivo público es de evidente interés público pues... el ejercicio de dichas funciones públicas interesa a toda la comunidad lo que supone un estándar de escrutinio público en el que la privacidad debe ceder en pos del necesario control social que debe ejercerse, en primer lugar, respecto a los procesos de selección y nombramiento de tales cargos y, luego, en el ejercicio de su función, que también estará sujeta al principio de transparencia de la gestión pública” (Ídem)

La utilización del denominado test de interés público por esta doctrina es confuso. El interés público sirve a esta doctrina para justificar la divulgación de los datos personales y sensibles del postulante ganador de un concurso en el marco del SADP basado en que “...la condición de

alto directivo público es de evidente interés público pues... el ejercicio de dichas funciones públicas interesa a toda la comunidad lo que supone un estándar de escrutinio público en el que la privacidad debe ceder en pos del necesario control social” (voto disidente, decisión RA29-09 y RC35-09). Sin embargo, el mismo argumento es usado –actuando como mayoría– para vencer el régimen de protección de datos personales respecto de la evaluación psicológica del postulante electo para ejercer el cargo de chofer en una dirección de vialidad regional (decisión de mayoría C803-11, de 30.09.2011, acordada por AF, JJ, RU, disidente JPO), señalando que “...debe estimarse público el informe psicolaboral del designado en un cargo, por cuanto, en aplicación del test de interés público, resulta relevante conocer la idoneidad de quien, en definitiva, vaya a desempeñar un cargo público...” (cons. 8). Lo anterior supone que para esta posición, con independencia de las características del caso concreto, los resultados del informe psicológico del postulante ganador de un concurso –cualquiera sea su naturaleza- son de interés público. Esta posición contradice la propia jurisprudencia del CplT en materia de determinación del interés público, conforme a la cual dicho test deben ser administrado atendidas las circunstancias del caso concreto, pues este consiste “en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”. En la práctica, corresponde ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la confidencialidad de los datos personales (decisión C193-10). Desde esa perspectiva, dentro de esta posición doctrinaria, la naturaleza de las labores del cargo y su impacto en el ejercicio de funciones públicas (v.gr. alto director público v. chofer) deberían ser un elemento diferenciador al tiempo del test de interés público. Sin embargo, ello no fue considerado.

C. Convergencia hacia una posición unánime

Etapa inicial. En sus primeras decisiones la paridad de los Consejeros adherentes a una u otra posición generó como consecuencia natural que ambas posturas alternaran para devenir en votación de mayoría y minoría, mediante el voto dirimente del Presidente. Así, el Consejero Olmedo ejerció el voto dirimente a favor de la reserva en los casos RA29-09 y RA35-09 y C90-09 (de 12.06.09, RG, JPO dirimente, RU y AF disidentes) mientras que el Consejero Urrutia ejerció la dirimencia a favor de la publicidad en al caso C53-10 (de 27.07.10, AF, RU dirimente, RG y JPO disidentes). Adicionalmente, la variabilidad en las decisiones del CplT se explica por (i) la integración circunstancial del Consejo por la inasistencia de algún consejero (véase decisión A336-09 (de 03.05.10, RU, AF, disidente JPO); y (ii) la incorporación del Consejero Jaraquemada en reemplazo del Consejero Guerrero. En efecto, el Consejo Jaraquemada adhirió a la doctrina que reconoce el carácter público de esta información a partir del caso C286-10, de 14.09.10, acordado por RU, AF, JJ, disidente JPO (véase también decisiones C803-11, de 30.09.11, acordada por RU, AF y JJ, disidente JPO; y C724-11, de 05.10.11, acordada por RU y JJ, disidente JPO).

Influencia de los fallos judiciales. Las Cortes y el Tribunal Constitucional, al emitir pronunciamientos sobre la materia,⁶⁶ no han seguido de forma categórica los argumentos desarrollados por las doctrinas arriba descritas, más allá de ciertas coincidencias en los resultados o referencias indirectas. Con todo, cabe destacar la favorabilidad del secreto en dos sentencias que resultan decisivas en la construcción de la doctrina unánime del Consejo, a saber: los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y el Tribunal Constitucional, conociendo de decisión C336-09, de 03.05.10 (acordada por AF y RU, disidente JPO).

Al respecto, en sentencia Rol 541-2011 la Corte razonó en torno al desincentivo de la publicidad respecto de futuros postulantes, señalando que “...si los datos personales fueren

⁶⁶ Respecto de la Corte de Apelaciones de Santiago, véase sentencias Roles 943-2010; 2080-2010; 7938-2010; 541-2011. La Corte Suprema se ha pronunciado en sentencia Rol 9065-2010. En cuanto al Tribunal Constitucional véase STC Rol 1990-2011. Para un panorama completo de los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, véase Consejo para la Transparencia. 2014. Jurisprudencia Judicial (Ley de Transparencia 2009-2014). Disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20121213/asocfile/20121213160518/jurisprudencia_judicial_2015.pdf

potencialmente accesibles a la comunidad, a los empleadores actuales o pretéritos, a otros consultores laborales interesados en formar su propia base de datos de ejecutivos con cargo a la información con que el Estado cuenta, simplemente no habría interés de muchos profesionales muy capacitados en verse expuestos a esa tarea” (cons. 10). En ese sentido, concluyó que el secreto “...asegurar el correcto funcionamiento del SADP y no ahuyentar a las personas que, interesadas en un cargo en la administración estatal, queden desincentivadas por el riesgo potencial de que su postulación, antecedentes, entrevistas y evaluaciones sean sometidas al conocimiento del público, sea éste la opinión pública general, sea éste el mercado relevante de los oferentes, solicitantes de colocación de profesionales en el mercado público o privado y competidores” (cons. 12). Por su parte, el TC en sentencia Rol 1990-2011, al resolver la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 5° inc. 2 LT y 21, N° 1, letra b), parte final, con ocasión de la decisión A336-2009 del CplT, razonó en torno a que las evaluaciones personales se encuentran comprendidas en la vida privada y constituyen datos sensibles en los términos del art. 2°, letra g, LPDP (cons. 40). Por su parte, el Tribunal argumentó que si bien lo dispuesto por el artículo 21, N° 1, letra b), de la LT implicaría establecer un límite temporal a las restricciones de publicidad que estableció la Ley N° 19.882 respecto de los concursos ADP, la publicidad, “aun terminado el procedimiento administrativo de concurso, afecta la vida privada del requirente. Esta no puede escindirse por dicho concurso. Más todavía si hay normas legales, dictadas en conformidad al artículo 8° de la Constitución, que establecen limitaciones a la publicidad;” (cons. 43). Conforme a lo anterior, el Tribunal es enfático en señalar que “... en el presente caso el legislador, directamente, tanto por aplicación de la Ley N° 19.882, como de la Ley N° 19.628, ha calificado ciertos antecedentes como secretos o reservados. En ese caso, no caben interpretaciones administrativas” (cons. 45).

Estos pronunciamientos judiciales han tenido una influencia decisiva en la postura actual del Consejo Directivo respecto de concursos SADP. En efecto, a partir de ellos y en forma unánime se ha resuelto resguardar la información sobre evaluación de los ganadores tratándose de esos certámenes. En efecto, así ha ocurrido a partir de la decisión C2183-13, de 04.04.14 (acordada por VB, AF, JJ, JLSM) y, en este sentido, la decisión C2205-14, de 04.08.15 (acordada por VB, JJ, JLSM, MD) hace expresa mención a la influencia de ambos pronunciamientos al tiempo de resolver la reserva de las evaluaciones psicolaborales de los candidatos ganadores:

“...en relación a las evaluaciones psicolaborales de los candidatos ganadores y a partir de la decisión de amparo Rol C2183-13, se ha fijado como criterio denegar el informe psicolaboral del ganador del concurso, sobre la base de lo argumentado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol C541-2011 y la sentencia rol 1990-2011 del Tribunal Constitucional, ambas a propósito de la decisión del amparo Rol C336-09... por cuanto su publicidad envuelve un riesgo de afectar de manera cierta o probable y con suficiente especificidad, el debido cumplimiento de las funciones de la DNSC, en los términos de la causal de reserva prevista en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia” (cons. 12).

Cabe destacar que, tratándose de concursos no adscritos al SADP, la influencia de dicho fallos judicial no fue inicialmente decisiva. En efecto, en un primer momento, con posterioridad a dichos pronunciamientos judiciales y habiéndose ya adaptado a ellos el criterio en concursos del SADP, en la decisión C2183-13, se declaró por unanimidad la publicidad de la información referida a la evaluación del ganador en concursos no adscritos al SADP, en decisiones roles C803-11, de 30.09.11 (RU, AF, JJ, JPO), C1203-13, de 30.07.13 (VB, JLSM, JJ, AF) y C1961-13, de 12.03.14 (VB, JLSM, JJ, AF). Sin embargo, posteriormente se ha resuelto la reserva de dicha información, por ejemplo, en decisiones C1392-12, de 09.01.13 (VB, JLSM, JJ, AF) y C1288-14, de 20.01.15 (VB, JJ, JLSM, MD), dando lugar a una jurisprudencia uniforme a favor de la reserva de la información sobre la evaluación psicológica del ganador para ambas clases de certámenes.

III.6.2. Sobre el carácter reservado de la identidad de los candidatos no seleccionados y los efectos de la falta de emplazamiento

Uno de los primeros asuntos que ha debido dilucidar al Consejo en materia de concursos públicos dice relación con la publicidad o reserva de la identidad de aquellos postulantes que no resultaron seleccionados. En este punto, ha existido unanimidad en calibrar los efectos del artículo 20 LT en aquellos casos en que los candidatos no seleccionados, habiendo sido emplazados, no formulan oposición. En ese sentido, el CplT ha resuelto denegar el acceso a la identidad de los candidatos no seleccionados que no forman parte de la nómina final (terna o quina), pero otorgar acceso a la identidad de aquellos que sí la integraron.⁶⁷ Así las cosas, la controversia mayoría/minoría se centra en los efectos de la falta de emplazamiento del candidato sobre el que versa la información al tiempo de resolver una solicitud que involucra la comunicación de la identidad de los candidatos no seleccionados. Se trata de casos donde durante el procedimiento de acceso el tercero involucrado (candidato no seleccionado) no ha tenido la oportunidad procesal de oponerse a la solicitud, pues el OAE no ha dado aplicación al procedimiento de oposición del artículo 20 LT y el Consejo no ha decretado al efecto una medida para mejor resolver que permita subsanar dicha omisión, ni ha dado lugar a dicha comunicación directamente en virtud del artículo 25 LT. En tales casos, en sus decisiones de mayoría el CplT que la identidad de estos candidatos es reservada en aplicación del régimen de protección de datos personales, mientras que el Consejero Urrutia argumentó que ésta igualmente debía ser entregada.

Esta controversia ha estado presente en decisiones C91-10 y C190-10, de 10.08.10, y C368-10, de 30.11.10 (todas acordadas por AF, JJ, y JPO, disidente RU)

A. Posición mayoritaria. La posición de mayoría, resolviendo a favor de la reserva, se sustenta en (i) la imposibilidad de dar lugar al consentimiento tácito que prevé el inciso tercero del artículo 20 LT, pues el supuesto en examen no resulta subsumible ni homologable a la hipótesis que prevé dicha norma; y (ii) la naturaleza de dato personal que reviste la identidad del candidato y la connotación negativa que puede darse al hecho de que la postulación a un concurso no haya resultado exitosa. En consecuencia, se reserva la información en aplicación del artículo 7° LPDP. Como resultado, la mayoría atribuye a la ausencia de notificación los mismos efectos que el voto unánime atribuye a la negativa expresa del tercero, vale decir, se reserva la información atendida su naturaleza de dato personal.

B. Posición minoritaria. Por su parte, el Consejero Urrutia sostuvo que la identidad de los candidatos no seleccionados constituye información pública, en tanto “resulta necesaria para permitir una adecuada rendición de cuentas de los procesos de concurso público y su expediente control social. Así lo reclama el art. 8° de nuestra Constitución, al erigir a la publicidad de los fundamentos de los actos estatales, como también a la de sus procedimientos de dictación, en una de las bases de la institucionalidad pública chilena” (voto disidente decisión C190-10).

⁶⁷ Sobre los candidatos que integran la nómina final (terna o quina), el Consejo razonó que, en principio, podría aplicarse a su respecto el régimen de protección de la Ley N° 19.628. Sin embargo, se rechaza tal posibilidad considerando dos argumentos: por una parte, la especialidad de la LT frente a la LPDP; y por otra, el interés público asociado a la publicidad: “...a este respecto debe tenerse a la vista el inciso final del art. 20 de la Ley de Transparencia, que dispone que de no deducirse oposición por parte de la persona potencialmente afectada por la difusión de una determinada información, “se entenderá que... accede a la publicidad de dicha información”. Este último precepto, a juicio de este Consejo, es el que debe preferirse en este caso tanto por su especialidad como por el interés público existente en conocer el funcionamiento del SADP dado que no se trata de la identidad de cualquier postulante; se trata de la de aquéllos que fueron propuestos a la autoridad por el respectivo Comité de Selección de directivos de segundo nivel jerárquico” (cons. 8°, decisión A35-09; cons. 10, decisión A90-09; y cons. 19, decisión C368-10). Por el contrario, en cuanto a los candidatos que no integran la nómina final, el escaso interés público y la alta probabilidad de un daño conducen al CplT a adoptar una conclusión distinta. En efecto, el Consejo estima que aplicando un test de daño o interés público prevalecería la reserva del dato personal sobre su publicidad, particularmente porque la difusión de tales identidades contribuiría escasamente a conocer el fundamento de la decisión adoptada. De allí que en esa hipótesis el Consejo, en caso de silencio, estima que debiera preferirse el art. 7° de la Ley N° 19.628 por sobre el inciso final del art. 20 de la Ley de Transparencia, a lo que añade “la decisión de postular a un cargo no tiene porque exponerse ante la comunidad en caso de no resultar ésta exitosa. Por lo anterior [...] protegerá esta información del escrutinio público” (cons. 10, decisión A90-09).

La posición del Consejero Urrutia, si bien sugiere la aplicación del test de interés público, no explicita las circunstancias de hecho que le permiten arribar a esta conclusión, más allá de formular una referencia general al control social.

C. Observaciones

1. Los casos en que se suscitó esta discusión — C91-10, C190-10 y C236-10— no dieron lugar a recursos judiciales, de manera que las Cortes no han tenido oportunidad de conocer la controversia mayoría/minoría y respaldar una u otra posición. Con todo, cabe consignar que la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencias roles N° 7514-2010, de 26.07.12, en relación al amparo C592-09 y Rol N° 6344-2010, de 03.05.11, en relación al amparo C94-10), ha ratificado que protege la identidad de candidatos, si bien sin formular razonamientos específicos en torno a este punto.
2. Culminado el periodo del Consejero Urrutia en los casos posteriores en que se ha hecho necesario resolver el punto —publicidad o reserva de candidatos no elegidos a quienes no se ha comunicado la solicitud en el marco del procedimiento de acceso— la nueva integración del Consejo a través de los Consejeros Blanlot, Santa María y Drago ha alcanzado unanimidad en la votación adhiriendo a la postura mayoritaria. Así resulta del examen de las decisiones C1483-13, C1326-13, C1288-14 y C2205-14.

III.6.3. Sobre el carácter reservado de la evaluación psicolaboral de un candidato no electo en concursos no adscritos al SADP

El acceso a los resultados de la evaluación psicolaboral de un candidato no electo ha dado lugar a una controversia acerca de la replicabilidad de los argumentos planteados con ocasión de los concursos de ADP respecto de aquellos que no lo son. En efecto, respecto de los primeros, ha existido votación unánime e invariable a partir del caso A29-09 (de 11.08.09, JPO, RU, RG, AF) en el sentido de reservar esta información por estimarse que la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de la DNSC (artículo 21 N° 1 LT).⁶⁸ Sin embargo, en cuanto a **concursos no adscritos al SADP** en decisión C850-10, de 29.03.11 (acordada por AF, JJ, JPO, disidente RU), en su votación disidente el Consejero Urrutia ha planteado que estos argumentos no resultan replicables.

A. Doctrina mayoría. La doctrina de mayoría –siguiendo la argumentación planteada con ocasión de concursos del SADP- ha fundado la reserva de esta información en que “La evaluaciones corresponden a juicios de expertos difícilmente objetivables. En consecuencia “[...] la divulgación podría dar lugar a una serie de cuestionamientos con respecto a dichas evaluaciones cuyas respuestas probablemente no serían satisfactorias para los interesados... todo lo cual generaría serios entorpecimientos a los procesos de selección de personal...” (cons. 9° decisión C850).

Así las cosas, esta postura posición no advierte diferencias entre los certámenes adscritos y no adscritos al SADP, en cuanto al potencial de afectación que envuelve de la entrega al titular de su evaluación psicolaboral

B. Doctrina de minoría. Contrariamente a la posición de mayoría, el Consejero Urrutia sostuvo que la naturaleza y características del certamen hace improbable que se verifique la afectación invocada por el organismo, “...puesto que aún asumiendo la existencia de ciertos cuestionamientos que pudieran surgir con respecto a los juicios emitidos por los profesionales evaluadores del servicio en el marco de un proceso de selección, no parece que fuesen de una naturaleza o entidad tal que generasen, como consecuencia necesaria, entorpecimientos en el sistema de reclutamiento que pudiesen afectar negativa y sustantivamente el debido cumplimiento de sus funciones [...] dadas las características de su sistema de reclutamiento. Lo anterior se vería reforzado porque en este caso no se emplearon consultoras privadas de las que

⁶⁸ Véase también decisiones C971-12, de 26.10.12 (acordada por VB, JLSM, AF, JJ); y C1493-13, de 15.01.14, acordada por VB, JLSM, JJ, AF).

ofrecen servicios de selección de personal, de manera que no se asiste al riesgo de que éstas se retraigan de participar en los concursos del sector público y afecten, de ese modo, el funcionamiento del sistema” (voto disidente).

La posición del consejero Urrutia desestima el potencial de afectación en función de la naturaleza del certamen y especialmente atendido el hecho que no intervengan consultoras privadas. En su opinión ello reduce ostensiblemente la probabilidad y magnitud del daño, en tanto se elimina el riesgo que las consultoras se retraigan de participar en los concursos e impidan con ello al organismo proveer el personal. Su argumentación lleva a concluir que los factores que reducen el potencial de afectación son (1) que las consultoras no integren la base del sistema de selección –lo que no ocurre en el caso-; y que (2) que en virtud del principio de continuidad de servicio, el organismo está obligado a proveerse de personal aún sin la participación de consultoras, pues siempre podrá recurrirse a personal a honorarios. A lo anterior se suma que las personas naturales contratadas a honorarios deben saber que tales informes estaban sujetos al principio de transparencia, por lo que tampoco es previsible que una afectación de sus derechos perjudique el sistema. En tal sentido el Consejero Urrutia razonó:

“...tampoco podría sostenerse que se afecten derechos del profesional que realizó el informe, toda vez que lo hizo una persona natural contratada a honorarios por el Servicio que debía saber que tales informes estaban sujetos al principio de transparencia. En este punto podría retomarse lo resuelto en la decisión del amparo Rol A186-09, de 17.09.2009 (considerando séptimo), siguiendo la línea inicial del caso A29-09: “Los evaluadores, en definitiva, no se podrían ni se deberían ver afectados en su labor porque el requirente/postulante solicita su informe psicológico relativo a un proceso de selección para un cargo público determinado, independiente del uso que se le dé a éste, pues no sólo está dentro de los derechos que le otorga la ley al titular de los datos contenidos en dicho informe psicológico, sino que además, porque existe la confidencialidad durante el proceso de selección que protegen al evaluador para que realice en forma libre su labor. Pero una vez concluido el proceso de selección, habiendo ya opinado o evaluado el profesional, no se puede apreciar cómo la entrega de un informe psicológico al requirente”

Esta posición es entonces un punto de inflexión en la uniformidad de criterio para ambas clases de certámenes, configurando un precedente en la materia.

C. Observaciones

1. La controversia en cuestión se suscitó únicamente en el caso C850-10, cuya decisión no fue impugnada por las partes, de manera que las Cortes no han tenido oportunidad de conocer directamente esta discusión y respaldar una u otra posición. Con todo, a propósito de otros casos conocidos posteriormente, los tribunales de justicia se han referido a la posibilidad que el propio titular acceda a su evaluación psicolaboral, favoreciendo su reserva. En particular, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia Rol 1092-2013, de 5 de junio de 2013, conociendo de un reclamo de ilegalidad asociado a la decisión Rol C1556-12, que rechazó entregar la evaluación psicológica al propio solicitante, razonó: “Lo anterior (alude a los razonamientos del Consejo) necesariamente, puede perjudicar la claridad de los informes en el futuro que atente contra el debido cumplimiento de las funciones de la institución respecto a cómo es la selección o reclutamiento de su personal”.
2. Una vez culminado el periodo del Consejero Urrutia, en los casos posteriores en que se ha hecho necesario resolver el punto, la nueva integración del Consejo ha alcanzado unanimidad, sin embargo, no ha habido un criterio único e invariable. Por una parte, se ha decretado la reserva del contenido de la evaluación en decisiones roles C926-12, de 03.10.12; C1556-12, de 25.01.13 y C1761-12, de 08.02.13. En todos estos casos la reserva se fundó en la causal del artículo 21 N° 1 LT, bajo los mismos argumentos planteados por la posición mayoritaria que se ha examinado. Por otra parte, en otros casos se ha decretado la entregar el contenido de la evaluación pero reservando las conclusiones o el denominado “juicio experto”, como resultado de un ponderación entre el riesgo de afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano y el derecho de habeas data del solicitante (decisiones roles C926-12, de 03.10.12; C1556-12, de 25.01.13; y C1761-12, de 08.02.13).

En este último sentido resulta especialmente ilustrativa la decisión C419-14.⁶⁹ Finalmente, el CplT ha sentado como criterio la entrega del contenido del informe psicológico al titular de los datos en decisión C1695-15, de 27.07.07), haciendo primar la naturaleza de dato personal de la información que contiene el informe y el derecho al habeas data de su titular.⁷⁰ Así las cosas, si bien la doctrina final del CplT significó la fijación de criterios disimiles para ambos certámenes concursales (SADP y no SADP), no existen elementos que permitan atribuir influencia a la doctrina del consejero Urrutia, pues éstos se fundan en distintos argumentos.

III.7. OTROS CASOS RELEVANTES

III.7.1. Sobre el acceso a información económica de las personas jurídicas

III.7.1.1. Sobre el acceso a las deudas tributarias de las personas jurídicas

Las decisiones iniciales del CplT en materia de deudas tributarias se caracterizan por la heterogeneidad de las posiciones argumentales en ellas. En su doctrina de mayoría inicial el CplT consideró reservada la información de naturaleza comercial de personas jurídicas en materia de deudas tributarias, aunque los Consejeros concurren a la decisión por distintos argumentos. Las doctrinas en estas decisiones contienen (i) una discusión sobre la titularidad del derecho a la honra de las personas jurídicas; (ii) distintas valoraciones sobre los derechos afectados por la comunicación de la información; (iii) así como también respecto de los efectos atribuibles a que el legislador en materia de protección de datos personales no incorporara a las personas jurídicas al régimen de protección del artículo 17 LPDP. Posteriormente, en su jurisprudencia unánime, los consejeros adoptarán una posición que modifica las visiones anteriores, resolviendo a favor del carácter público de estos datos, tanto respecto de personas naturales como jurídicas

A. Jurisprudencia de mayoría inicial. La divulgación de las deudas tributarias afectaría la honra de las personas jurídicas (Consejeros Guerrero y Urrutia)

En su primera decisión en materia de deudas tributarias (decisión Rol C265-09, de 23.03.10, acordada por RG y RU, concurrente JPO y disidente AF) el CplT debió resolver sobre el acceso a la individualización de las empresas morosas en el pago IVA en la RM, declarándola reserva respecto de las personas naturales y jurídicas. En cuanto a las primeras, la reserva se basó en la aplicación del la LPDP, en particular el artículo 17 LPDP, que regula la divulgación de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico y comercial (cons. 19 y 20). Como es sabido, dicho estatuto de PDP en materia de obligaciones económicas sólo resulta aplicable a las personas naturales. Sin embargo, *la mayoría sentó como doctrina que la publicidad de la*

⁶⁹ Al respecto el CplT sostuvo que “en la situación de la especie, se aprecia una pugna entre dos bienes jurídicos que, merecen una atención equilibrada: el habeas data del solicitante respecto del informe psicolaboral emitido a su respecto, y la protección del debido funcionamiento del proceso de selección de personal del organismo reclamado. En ese contexto, y de acuerdo a los principios de divisibilidad y de proporcionalidad, se procederá a reservar los juicios emitidos por el profesional a cargo, consignados en el ítem denominado Conclusión, en los párrafos 2 a 11, atendido que en tales párrafos se plasman las reflexiones del profesional que elaboró dicho documento, lo que corresponde al denominado "juicio de expertos" a que se hizo referencia anteriormente, pero permitiendo al solicitante acceder a los datos de identificación, pruebas aplicadas y la conclusión propiamente tal”. (cons. 5°)

⁷⁰ Al respecto, el CplT sostiene que “... las pericias psicolaborales son un importante instrumento el cual contiene la apreciación de un experto respecto de los rasgos psicológicos del entrevistado... [Además] resulta incontrovertible aseverar que los datos contenidos en dicho informe son datos personales sensibles de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 19.628...” (cons. 7°) En consecuencia, “...debe acentuarse que la referida pericia no puede ser efectuada sin la participación voluntaria y activa del evaluado, quien al develar aspectos de su vida íntima permite al experto efectuar valoraciones y emitir juicios que se convierten en una importante herramienta para la autoridad pertinente y que consecuentemente, le permite determinar la idoneidad del postulante en relación al cargo concursado. En razón de lo anterior, este Consejo ha procedido a revisar y reconsiderar lo resuelto en decisiones anteriores respecto de la misma materia y en tal sentido estima que, atendida la naturaleza de la información requerida, la importancia de dicho instrumento al momento de determinar la idoneidad de un postulante y dado además que en su elaboración ha participado el concursante entregando aspectos íntimos de su persona, resulta plenamente justificado que dicho interesado tome conocimiento de las impresiones vertidas al efecto por el evaluador. Por lo anterior se acogerá el presente amparo en esta parte y conjuntamente con ello, se requerirá a la reclamada que entregue a la parte solicitante su informe psicolaboral”. (cons. 8°). Cabe destacar que, si bien en este caso el CplT establece que procede la entrega al titular, en dicho caso el OAE no invocó la causal del artículo 21 N° 1 LT.

información sobre deudas tributarias de personas jurídicas afectaría su derecho a la honra, pues su conocimiento impediría el cabal desenvolvimiento de éstas en la vida económica, en tanto diezmaría infundadamente el acceso al crédito de las mismas y la confianza y seguridad de su clientela, por lo deben reservarse conforme al art. 21 Nro. 2 LT. Al respecto, la mayoría sostiene que:

“...respecto de la protección de la honra de las personas jurídicas, este Consejo considera que éstas encuentran protección en nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, su afectación puede constituir una causal para el secreto o reserva de la información, toda vez que el constituyente no ha distinguido entre personas naturales y jurídicas en el encabezado del artículo 19 de la Constitución Política de la República y la honra respecto de las personas jurídicas se encuentra asociada a su buen nombre, reputación, fama o prestigio frente a los terceros con los que interactúan a objeto de desarrollar sus fines específicos. Al respecto, considera que dicha interacción resultaría afectada con la divulgación de la información, pues su conocimiento impediría el cabal desenvolvimiento de éstas en la vida económica, en tanto diezmaría infundadamente el acceso al crédito de las mismas y la confianza y seguridad de su clientela” (cons. 25).

En este punto la decisión encuentra sustento argumentativo en sentencia Rol N° 1736-2008, de 04.06.2008, de la Corte Suprema (CS), que resuelve un recurso de nulidad en materia penal (citada en cons. 26)⁷¹. La sentencia, si bien rechaza la querrela presentada por una sociedad anónima en contra de una de sus trabajadoras por el delito de injurias leves, reconoce el derecho a la honra de las personas jurídicas, fundada en que:

- i. Existen derechos constitucionales “que, por su naturaleza, son evidentemente extensibles a las personas jurídicas, como sucede, v. gr., con las de los ordinales 14°, 15° y 20° a 24°, todos inclusive, en tanto que otras, íntimamente asociadas a la dignidad de las personas naturales, tienen un alcance restrictivo, que sólo alcanza a estas últimas, como es ostensiblemente el caso del derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas (N° 1°)”.
- ii. Existen normas legales que reconocen el “derecho al honor de las personas jurídicas privadas. Tal ocurre, por ejemplo, con el artículo 16 de la...Ley de Prensa, que contempla el derecho de toda persona natural o jurídica, ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, a publicar gratuitamente la aclaración o rectificación, en el marco que la norma determina”;
- iii. Finalmente, la sentencia sostiene que dentro de la autonomía que la CPR dispensa a los grupos intermedios, necesitan de su buen nombre y prestigio, que no podrían quedar debidamente cautelados si se las marginara de la titularidad de dicha garantía.

La presente doctrina de mayoría también fue aplicada en decisión C570-11, C571-11 y C572-11, de 19.08.2011 (acumuladas) (RU, JJ; concurrente JPO), que resolvió el acceso al detalle de los siniestros que proporcionaron las compañías aseguradoras o los liquidadores de seguros a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), con ocasión del terremoto de 27 de febrero 2011. En concreto, la mayoría consideró que la honra, “buen nombre, reputación, fama o prestigio” de las personas jurídicas siniestradas “podría resultar afectada o generarse un riesgo de afectación con la divulgación de cierta información concerniente a los seguros contratadas por las mismas, particularmente en lo relativo a los siniestros de diversa naturaleza que las han afectado... o que se encuentren cubiertos como riesgo, lo mismo con respecto a información concerniente a las coberturas asociadas a los riesgos o reservas, pues su conocimiento podría impedir el cabal desenvolvimiento de éstas en la vida económica, en tanto podría diezmar la posibilidad que celebren ciertos contratos o ejecuten ciertos negocios con terceros, quienes podrían dudar de la confianza y seguridad de dichas personas” (cons. 26).

⁷¹ En sentencia Rol 12983-2015, de 02.12.2015, la Corte Suprema ratifica esta hermenéutica.

B. Voto concurrente: La divulgación de las deudas tributarias afecta los derechos comerciales de las personas jurídicas, y éstas no son titulares del derecho a la honra (Consejero Olmedo)

Contrariamente a la opinión de mayoría, en las precitadas decisiones el Consejero Olmedo sostuvo que “*no es dable extender la protección de la honra a las personas jurídicas, toda vez que la imagen, buen nombre o crédito de las mismas, son dependientes de los fines específicos en que estas participan, los cuales son de naturaleza eminentemente comercial y económica. Consecuentemente, el eventual daño de aquella imagen, exige que la divulgación de la información importe una afectación a sus derechos comerciales y económicos, en los términos del artículo 21 N° 2*” (voto concurrente Rol C265-09). El Consejero sustenta su doctrina en una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción en causa Rol N° 932-2003, de 17 de julio de 2003, confirmada por la CS en sentencia Rol N° 1889-2003, de 22 de julio de 2003. En ella el Tribunal de Alzada sostuvo que:

“...[c]onstituyendo la privacidad y el buen nombre de las personas valores propios de la personalidad humana, no cabe duda que las personas jurídicas se encuentran excluidas de la protección constitucional consagrada en el numeral en análisis, por lo que la conducta ilegal del Servicio de Tesorerías no ha podido vulnerar un derecho del cual carece” (Considerando 5°). Agregando que “el hecho que una persona natural o jurídica aparezca como deudora en un registro público de datos personales, afecta su imagen y prestigio comercial e inhibe a terceros para contratar con ella, provocándole serias dificultades para acceder a créditos no solo en el sistema financiero y bancario, sino con proveedores y comerciantes en general, lo que ciertamente constituye una amenaza grave al normal desenvolvimiento de sus negocios y actividades propias de su giro”(Considerando 6°).”

Tras descartar la titularidad de las personas jurídicas del derecho a la honra, el voto concurrente analiza la afectación de los derechos comerciales por la comunicación de la información. Al respecto, sostiene que divulgar las deudas tributarias afectaría estos derechos, “*pues quien figure en los registros elaborados a partir de la información solicitada quedará inhibido de realizar diversas operaciones comerciales y crediticias lo que afectará derechos de orden económico o comercial, particularmente, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, sea persona natural o jurídica*” (voto concurrente).

El mismo criterio es aplicado por el Consejero Olmedo al resolver sobre la divulgación de información sobre los seguros contratados por personas jurídicas y los siniestros acaecidos. Al respecto, señaló que “*el conocimiento de cierta información detallada concerniente a los seguros contratados por una persona jurídica... podría inhibir a terceros de contratar con estas o limitando a dichas personas para realizar ciertas operaciones comerciales lo que afectará derechos de orden económico o comercial, particularmente, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, sea persona natural o jurídica.*” (voto concurrente decisión Rol C570-11, C571-11, C572-11, conjuntas).

Cabe destacar que en ambas doctrinas subyace el objetivo de otorgar igual protección a personas naturales y jurídicas cuando la naturaleza de la información objeto de análisis –v.gr. deudas tributarias– es análoga, desestimando la idea de que el exclusivo ámbito de aplicación de la LPDP a las personas naturales suponga, a *contrario sensu*, la ausencia de protección de las personas jurídicas –como lo argumentó el Consejero Ferreiro en su disidencia. En efecto, conforme a estas posiciones las personas jurídicas encontrarían protección en otros derechos, ya sea la honra –Consejeros RU, RG y JJ- o sus derechos comerciales –Consejero JPO-. En ese sentido, el ilustrativo el voto concurrente del Consejero Olmedo en decisión Rol C265-09, según el cual “...aunque las precitadas consecuencias de la divulgación de información supongan una afectación a los derechos comerciales y económicos, una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico en materia de datos de naturaleza económica obliga a concluir que habiendo el legislador dispuesto que sea lícita la divulgación de ciertos datos de carácter económico y comercial de las personas naturales, que singulariza el artículo 17 de la Ley N° 19.628, debe entenderse que la divulgación de esos mismos datos respecto de las personas jurídicas también es lícita y no afecta sus derechos comerciales y económicos”.

C. Disidencia: Las deudas tributarias de las personas jurídicas son de carácter público (Consejero Ferreiro)

Contrariamente a la mayoría, el Consejero Ferreiro sostuvo el carácter público de las deudas tributarias de las personas jurídicas fundado en tres argumentos. Primero, que el legislador –en la LPDP–, al regular la divulgación de estos datos de naturaleza comercial y económica, optó por excluir de su protección a las personas jurídicas. Al respecto, señala que “[q]ue el contenido del derecho a la protección de datos, el cual en legislaciones comparadas incluye la protección de los datos de las personas jurídicas, supera las esferas propias de la protección de la honra, garantizando a las personas un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado...”. En consecuencia “...no obstante la honra se encuentra indirectamente protegida por el derecho a la protección de los datos personales, resulta claro para este disidente que el legislador, al regular la divulgación de estos datos, optó por excluir de su protección a las personas jurídicas, por estimar que éstas no se verían afectadas con la divulgación de este tipo de información”. (cons. 4º voto disidente).

En segundo lugar, el Consejero sostiene que la honra de las personas jurídicas no podría verse afectada por la comunicación de las dudas tributarias, pues no obstante es información relativa a la reputación comercial de una persona jurídica, ésta se refiere a un hecho cuya veracidad ha sido demostrada –el estado de mora–, no así a un juicio de valor. En ese sentido, señala que, “siguiendo a Nogueira Alcalá, es posible sostener que “[e]xiste una intromisión ilegítima en la honra de la persona cuando se producen manifestaciones de juicios de valor a través de expresiones o acciones que de cualquier forma la lesionen en su reputación o consideración social... en dicho contexto, esta disidente estima que la divulgación de la información requerida no afecta el derecho a la honra, pues no obstante es información relativa a la reputación comercial de una persona jurídica se refiere a un hecho –estado de mora de una persona jurídica respecto de sus obligaciones con el Fisco– cuya veracidad ha sido demostrada.”

Finalmente, en su divulgación existiría un interés público, “toda vez que el correcto funcionamiento de los mercados requiere la mayor disponibilidad de información posible acerca del nivel de cumplimiento de las obligaciones comerciales de quienes participan en él. Así, la reserva de la información solicitada impedirá a los agentes del mercado distinguir entre aquellas personas jurídicas cuya reputación comercial se sustenta en el cabal cumplimiento de sus obligaciones y aquellas que las han incumplido, todo lo cual devendrá, como la doctrina económica demuestra, en una mayor atribución de riesgo crediticio a todas las personas, ante la imposibilidad de distinguir a los cumplidores. Por lo mismo, el ocultamiento del historial de cumplimiento de las obligaciones tributarias afecta negativamente el interés público y particularmente a quienes pagan sus obligaciones...”.

D. Doctrina unánime: El carácter público de las deudas tributarias de personas naturales y jurídicas.

En decisión unánime Rol C403-11, de 31.08.11 (acordada por RU, JPO, AF y JJ) el CplT estimó necesario reexaminar el criterio de la decisión Rol A265-09, modificándolo completamente. En primer término, el Consejo concluye que si bien las deudas tributarias constituyen datos personales, éstos no se encuentran protegidos por la regla del artículo 17 LPDP, pues estima que se trata del incumplimiento de obligaciones derivadas de créditos de organismos públicos cuya comunicación es autorizada por dicha norma (cons. 13, 14 y 15). En segundo lugar, aún tratándose de datos personales, el CplT considera que “las deudas tributarias constituyen el reflejo de cargas públicas, cuyo cumplimiento tiene un evidente interés público que justifica su publicidad” (cons. 11). En efecto, “el correcto funcionamiento de los mercados requiere la mayor disponibilidad de información posible acerca del nivel de cumplimiento de las obligaciones comerciales de quienes participan en él. Por lo mismo, el ocultamiento del historial de cumplimiento de las obligaciones tributarias afecta negativamente el interés público y particularmente a quienes pagan sus obligaciones. En consecuencia, este interés público debe prevalecer sobre la pretensión de mantener esta información en reserva” (cons. 18). En tercer

lugar, en cuanto a la posibilidad de verse afectados otros derechos por la comunicación de la información, el CplT “rechazar que exista un derecho a mantener en reserva la condición de deudor del Fisco, una vez que la deuda adquiere el carácter de indubitada y está en un procedimiento de cobranza... Desde el punto de vista de estos sujetos este Consejo reconoce que la reserva de la calidad de deudor de tributos constituye un interés, pero no que éste alcance el estándar de un derecho afectado, que es el supuesto que exige el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia” (cons. 17).

Finalmente, el Consejo agrega que estos argumentos –el interés público y la afectación de intereses, no así derechos– “...operan igualmente respecto de personas naturales y jurídicas, pues al no aplicarse el artículo 17 de la Ley N° 19.628 no se divisan razones que ameriten distinguir entre unas y otras.” (cons. 19). Así las cosas, la decisión representa un cambio radical en los argumentos expuestos por los Consejeros en decisiones anteriores. En efecto, aún cuando la decisión desestima la aplicación de la LPDP respecto de las personas naturales, la doctrina de mayoría en decisión C265-09 podría haberse extendido respecto de estas personas, considerando que la comunicación de estos datos afectaría su honra o derechos comerciales (Consejeros Urrutia y Olmedo). Sin embargo, los consejeros concluyen que estos derechos no resultan afectados, reduciendo la pretensión a la reserva por parte del deudor a un interés.

Con todo, cabe destacar que esta última posición doctrinaria ha trascendido la integración inicial del Consejo, transformándose en su jurisprudencial actual, pues tanto la Consejera Blanlot y el Consejero Santa María han adherido a ella (decisiones roles C1310-11, de 03.02.2012; C643-12, C181-12, C182-12 y C183-13, de 27.03.13(acumuladas)), así como el Consejero Drago (decisión Rol C857-14, de 12.12.2014).

Respaldo Judicial. Si bien las decisiones divididas del Consejo no fueron objeto de controversia judicial, la jurisprudencia unánime ha encontrado recepción en sentencias Roles 8762-2011⁷², de 10.07.2013, y 710-2012, de 01.10.2012, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sin embargo, ésta doctrina ha sido revertida en la Corte Suprema en sentencia Rol 4681-2013, de 26.11.2013, recaída en recurso de queja asociado a la decisión Rol 1038-12. En ella la CS ha estimado que la comunicación de deudas de impuestos municipales afectaría el derecho a la vida privada, la honra y los derechos económicos y comerciales de las personas (cons. 10 y 11). Así las cosas, la sentencia arriba a las mismas conclusiones que la jurisprudencia inicial del CplT en decisión C265-09.⁷³

III.7.1.2. Sobre el acceso a la identidad de los donatarios de organismos públicos

Al revisar los casos sobre el acceso a la identidad de los donatarios de organismos públicos, el Consejo ha distinguido entre el régimen de reserva aplicable a las personas naturales de

⁷² En su considerando décimo señala: “... que, si bien, las deudas de las personas naturales, constituyen datos de carácter personal a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 letra f) de la Ley 19.628, en la especie por tratarse de una deuda tributaria –como ha sostenido la reclamada– constituye un reflejo de cargas públicas, e involucra un evidente interés público que justifica su publicidad, lo que impide entender que a su respecto se configure la causal de secreto invocada, razón por la cual la decisión reclamada en esta parte se encuentra ajustada a derecho, debiendo considerarse, además, que tratándose de una situación de excepción la que consagra el secreto o reserva, ha de interpretarse restrictivamente”.

⁷³ La CS sostiene que “la difusión de deudas de impuestos municipales en que la quejosa es la acreedora... implica colocar en entredicho la protección de la vida privada de las personas. A este respecto, toda persona posee como derecho básico fundamental el respeto de un ámbito que no es posible traspasar por terceros, encontrándose vedada toda injerencia sin la autorización de su titular, derecho humano y libertad fundamental que emerge de la dignidad de las personas. Además, tiene el derecho a que se respete y proteja su honra, que como ha expresado el Tribunal Constitucional en fallo de 10 de junio de 2008 (rol N° 943–2007) “es sinónimo de derecho al respeto y protección del “buen nombre” de una persona, derecho de carácter personalísimo que es expresión de la dignidad humana consagrada en el artículo 1°, que se vincula, también, con el derecho a la integridad psíquica de la persona, asegurado por el N° 1 de su artículo 19, pues las consecuencias de su desconocimiento, atropello o violación, si bien pueden significar, en ocasiones, una pérdida o menoscabo de carácter patrimonial más o menos concreto (si se pone en duda o desconoce la honradez de un comerciante o de un banquero, por ejemplo), la generalidad de las veces generan más que nada una mortificación de carácter psíquico, un dolor espiritual, un menoscabo moral carente de significación económica mensurable objetivamente, que, en concepto del que lo padece, no podría ser reemplazada o compensada con una suma de dinero” (cons. 11). Conforme a ello, la CS concluye que “es indudable que cuando una persona aparece como deudora en una nómina puede verse afectada tanto en su capacidad de operar comercialmente como en lo relativo al reconocimiento de su prestigio comercial, en circunstancias que terceros pueden ser prevenidos frente a la situación de incumplimiento del deudor. Es dable entonces presumir fundadamente que la entrega de la información requerida también puede afectar los derechos de carácter comercial o económico de los deudores comprometidos” (cons. 12).

conformidad con la LPDP, de aquel aplicable a las persona jurídicas. Como veremos, dicho criterio y sus efectos no han sido compartidos por el Consejero Jaraquemada.

A. Jurisprudencia mayoritaria: La identidad del donatario (persona jurídica) es pública.

En jurisprudencia mayoritaria el CplT ha sostenido que *la identidad de las personas jurídicas que realizan donaciones al Estado, aún cuando ésta no suponga beneficios tributarios, es pública, pues su comunicación no afectaría sus derechos, las personas jurídicas no son objeto de la protección de datos personales*. En efecto, en decisión Rol C488-10, de 03.12.10 (acordada por JPO, RU y AF, disidente JJ), el CplT debió analizar dos tipos de donaciones cuyo acceso fue requerido. Primero, en cuanto a las donaciones que llevan asociado un beneficio tributario, esto es, aquéllas regidas por la Ley N° 20.444, la mayoría concluyó que es pública la identidad del donatario, con indiferencia de si se trata de personas naturales o jurídicas. Al efecto, sostiene que si bien respecto de las primeras se trata de datos personales, existiría un interés público en su divulgación por lo que la protección del estatuto de la Ley 19.628 no resulta aplicable (cons. 7 y 8).

En segundo lugar, en relación a las donaciones regidas por el artículo 4° de la Ley N° 19.896, la mayoría concluyó que “...al no estar asociadas al otorgamiento de algún beneficio tributario para el donante... no existe el interés público que se advierte de forma manifiesta en el caso de las regidas por la Ley N° 20.444...” En consecuencia, “a) En el caso de los donantes que son personas naturales, rige plenamente el estatuto de la protección de datos personales, consagrado en la Ley N° 19.628.... b) En cambio, los donantes personas jurídicas no cuentan con la protección que brinda el cuerpo legal mencionado...por lo que, no habiéndose acreditado en esta sede la afectación de algún derecho de que fueren titulares y que pudieren verse afectados como consecuencia de la divulgación de la información requerida, ha de acogerse el presente amparo a su respecto.” (cons. 9).

Esta doctrina de mayoría es reiterada en decisión Rol C758-10, de 28.12.10 (acordada por JPO, RU, AF, concurrente JJ), enfatizando el interés público en la divulgación de ciertas donaciones que no importan un beneficio tributario. En este caso, lo solicitado fue la nómina de donaciones efectuadas por compañías mineras a un municipio y su corporación municipal. Al respecto, la decisión “...advierte la existencia de un interés público en su divulgación, basado en la relación existente entre la empresa consultada y el municipio reclamado como consecuencia de los proyectos mineros que desarrolla dicha empresa en la comuna ... respecto de los cuales ciertamente debe intervenir la autoridad comunal para el otorgamiento de los permisos correspondientes. Dicha circunstancia justifica... el conocimiento público de las donaciones... a efectos de propiciar el control social respecto de la corrección que debe existir en la relación de este ente privado con intereses en económicos en el territorio jurisdiccional del la Municipalidad reclamada.” (cons. 2, a).

B. Doctrina disidente. La identidad del donatario (persona jurídica) es reservada (Consejero Jaraquemada).

En sus votación disidente y concurrente en decisiones C488-10 y C758-10, el Consejero Jaraquemada estima equivoco basar la determinación del régimen de reserva de la información en la aplicabilidad de la LPDP sobre las personas naturales. Por el contrario, a su entender, el análisis debe centrarse en la potencial afectación de los derechos económicos y comerciales. Así, en el decisión C488-10 señaló que “...no comparte lo acordado en el considerando 9° (relativo al ámbito de aplicación de la LPDP) y estima, en cambio, que dado que las donaciones regidas por el artículo 4° de la Ley N° 19.896 no dan derecho a beneficio tributario alguno debe declararse en estos casos la reserva de la identidad de los respectivos donantes, sea que se trate de personas naturales o jurídicas... [E]l fundamento de esta reserva no arranca de la Ley N° 19.628, de protección de datos personales —como señala la mayoría—, sino que deriva directamente del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, pues quien entrega a un tercero recursos económicos propios tiene derecho a decidir si revela o no esa información, ya que el uso que una persona dé a su patrimonio es parte de la esfera de su vida privada. La confidencialidad de esta información envuelve un derecho de carácter económico que merece

ser respetado a menos (i) que existan intereses públicos que justifiquen su divulgación, como ocurre cuando se trata de donaciones que dan derecho a beneficios tributarios. Lo mismo ocurriría si (ii) existiesen vínculos entre los donantes privados y el donatario público que pudiesen generar posibles conflictos de interés”. En conformidad con este último criterio, posteriormente el Consejero concurre en ordenar la publicidad de la nómina de donaciones efectuadas por compañías mineras a un municipio en decisión C758-10.

Para explicar su tesis el Consejero recurre a una interpretación sistemática, aludiendo a la regulación existente en materia de donaciones con fines electorales, señalando que “a título comparativo conviene recordar que conforme a la Ley N° 19.884, de 2003, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, los aportes de particulares a las campañas electorales son por regla general, anónimos o reservados, y sólo pasan a tener carácter público si superan los umbrales establecidos en los artículos 17 y 18 de esta Ley, ocurriendo algo semejante con los aportes mensuales que reciban los partidos políticos fuera del periodo electoral (art. 21). Una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico aconseja mantener un criterio semejante en este caso.”

III.7.1.3. Observaciones

1. Como es sabido, el DAIP puede ser utilizado para acceder a información relativa a las actividades económicas y comerciales de empresas en su interacción con la Administración. Así las cosas, desde temprano el CplT fijó criterios unánimes para determinar la naturaleza de secreto empresarial⁷⁴ de la información en poder de la Administración.⁷⁵ Sin embargo, al tiempo de resolver solicitudes sobre información relacionada a las actividades de una empresa que no corresponden a secretos empresariales, la jurisprudencia inicial del CplT no desarrolló un criterio uniforme, de lo que da cuenta las decisiones divididas aquí revisadas. En efecto, en la decisiones que resuelven el acceso a información sobre (i) las deudas tributarias de una persona jurídica; (ii) información sobre sus seguros contratados y siniestros acaecidos; y (iii) las donaciones efectuadas por las mismas, los Consejeros –actuando como mayoría y minoría– desarrollaron diversas líneas doctrinarias para resolver estos casos.
2. Por una parte, en las primeras votaciones de los Consejeros RU, RG y JPO subyace la idea de otorgar igual protección a las empresas, ya sean personas naturales y jurídicas, cuando la naturaleza de la información objeto de análisis –v.gr. deudas tributarias o siniestros– es análoga, desestimando la idea de que el exclusivo ámbito de aplicación de la LPDP a las personas naturales suponga, a *contrario sensu*, la ausencia de protección de las personas jurídicas. En esa línea, una primera doctrina reconoce el derecho a la honra de las personas jurídicas y centra su análisis en la potencial afectación de este derecho por la divulgación de la información (Consejeros RU y RG), mientras que otra, desconoce la titularidad del derecho a la honra a las personas jurídicas, y focaliza su análisis en verificar un daño a los derechos económicos y comerciales de éstas (Consejero JPO). A su turno, este objetivo también es perseguido por el Consejero Jaraquemada en su disidencia en decisiones C488-10 sobre el acceso a la identidad de los donatarios de órganos públicos, al señalar que el fundamento de esta reserva no arranca de la LPDP —que no resulta aplicable a las personas jurídicas—, sino que deriva directamente del artículo 21 N° 2 LT.
3. La análoga protección a las personas jurídicas y naturales es alcanzada cuando el Consejo adopta como posición unánime desestimar la aplicación de la LPDP respecto de las personas naturales en los casos de deudas tributarias, y resolver basado en si la comunicación de la información afectará los derechos de las personas en los términos del

⁷⁴ Conforme al art. 86 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad Industrial, son secretos empresariales “todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”; constituyendo una violación de dicho secreto “la adquisición ilegítima del mismo, su divulgación o explotación sin autorización de su titular y la divulgación o explotación de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, a condición de que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de un tercero, o de perjudicar a su titular”.

⁷⁵ La sistematización de estos criterios se encuentra en decisión C501-09, de 26.02.2010

art. 21 Nro. 2 LT. Con todo, este punto no debe ser interpretado como la razón para desestimar la aplicación del art. 17 LPDP a las deudas tributarias de las personas naturales, pues la decisión unánime Rol C403-11 desarrolla profusamente los argumentos interpretativos sobre la propia LPDP que le permiten arribar a esa conclusión.

4. No obstante lo anterior, en cuanto a la información sobre el donatario de un órgano público, la doctrina de mayoría mantiene una distinción basada en la aplicación de la LPDP a las personas naturales y su inaplicabilidad a las personas jurídicas. Sin embargo, los efectos parecen ser menores, pues cuando el Consejo estima que concurre un interés público la información será divulgada respecto de ambas.
5. Si bien algunos consejeros reconocen la titularidad del derecho a la honra de las personas jurídicas, tras la modificación de la jurisprudencia en materia de deudas tributarias parecen restringirse las hipótesis en las que es verificable una afectación de dicho derecho. Por ejemplo, en decisiones unánime Rol C361-10, de 26.10.10 (acordada por JPO, RU, JJ, AF), relativa al acceso a la identidad de los donantes de Universidades e Institutos de Educación Superior, el CplT razonó que con su comunicación no se afectarían los “derechos de los donantes que sean personas jurídicas -particularmente a su honra o buen nombre-... toda vez que la circunstancia de tener y divulgar tal calidad no conlleva en sí misma una connotación negativa ni puede considerarse, en caso alguno, como un agravio a su reputación o un atentado a su buen nombre desde el momento que los requisitos para gozar de dicho beneficio los prevé la propia Ley...” (cons. 14).

III.7.2. Sobre la aplicabilidad de normas de secreto al solicitante interesado en un procedimiento administrativo en los términos de la LPA

Desde sus primeras decisiones el CplT ha debido conciliar la aplicación de la LT con la Ley N° 19.880, sobre procedimiento administrativo (en adelante LPA), en particular, cuando quien posee la calidad de interesado en un procedimiento administrativo –conforme al artículo 21 LPA– pretende acceder a información sobre dicho procedimiento a través de la LT, pues ambos estatutos legales le brindan protección.

A. Doctrina unánime. Como doctrina unánime, el CplT ha reconocido que el interesado goza de un derecho de opción que le permite elegir entre el procedimiento de la LPA o la LT.⁷⁶ Con todo, el ejercicio del derecho de opción a favor del estatuto que contempla la LT tiene lugar siempre y cuando la solicitud satisfaga los requisitos del artículo 12 LT (decisión C1024-11) y el hecho de optar por el derecho de acceso a la información, no implica alterar el curso normal del procedimiento administrativo, sino que ambos procedimientos corren por cuerda separada (decisión C5-11). En este sentido, los Consejeros comparten la opinión expresada por el profesor Cordero en su informe en derecho elaborado a solicitud del mismo Consejo.⁷⁷

Sin embargo, el Consejo a resuelto en forma dividida cuales son los efectos que implica el ejercicio de esa opción respecto de la procedencia de las normas de secreto y reserva.

⁷⁶ Véase Así, en las decisiones C5-11, de 11.03.11 (RU, JPO, AF y JJ) y C1024-11, de 28.12.11 (AF, JJ, VB, JLSM).

⁷⁷ El informe ha indicado que «tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha distinguido entre el derecho a conocer del interesado legítimo [a que se refiere el artículo 17, letra a, de la LBPA], del derecho a acceder del simple interesado [a que se refiere el artículo 16 y 17, letra d, LBPA], pues el primero es siempre “un sujeto del procedimiento administrativo”, de manera que tiene posiciones jurídicas protegidas» (p. 59). «La razón tiene que ver con una elemental garantía de debido procedimiento administrativo, en la medida que el afectado o el posible afectado con una decisión administrativa tenga el derecho a controvertir y aportar antecedentes a la Administración durante el procedimiento de elaboración del acto administrativo cuestión que deriva sustancialmente del principio de la contradictoriedad de la LBPA [...]» (p. 60). Sin embargo, la razón de que el interesado legítimo pueda hacer uso de su derecho de acceso, ocupando el sistema normativo de la LAIP, es que «[e]l interesado legítimo al interior del procedimiento administrativo, es un sujeto del procedimiento, titular de una situación activa susceptible de protección (artículo 21 LBPA), que forma parte del proceso decisor de la Administración y en consecuencia invoca una causa para participar en él. En tal virtud tiene siempre mejor título jurídico que un simple interesado. Este último, es un sujeto que puede no tener título legítimo (no hay derecho o interés directo afectado), y que no requiere de causa para acceder a la información pública. / Sin embargo, teniendo mejor título el primero, la LBPA carece de instrumentos directos para hacer exigible el cumplimiento del “derecho a conocer”, de manera tal que puede recurrir a una herramienta general, incausada, como lo es la LAIP, para que por dicha vía (algo más extensa) pueda acceder a la información, pero esta vez con un mecanismo de garantía directa: el amparo y el Consejo» (p. 63)/citado en decisiones C1024-11, C1018-12.

B. Postura de mayoría. Conforme a la decisión de mayoría C1018-12, de 18.12.2012, (acordada por AF, VB, JLSM y concurrente JJ), *en caso que el interesado opte por la LT, respecto de este igualmente resulta aplicables las causales de reserva que prevé dicho cuerpo legal, con la sola excepción de la causal de privilegio deliberativo, “pues aceptarla haría ilusorio tal derecho ya que siempre impediría el acceso si se trata de un procedimiento en tramitación” (cons. 3).* Al respecto, la doctrina de mayoría sostiene que “...el derecho que tienen los interesados en un procedimiento administrativo para acceder al expediente respectivo y obtener copia de su contenido no es absoluto, pues también pueden oponérseles las causales de secreto o reserva establecidas en la Ley de Transparencia y en otras leyes de quórum calificado, tanto durante la tramitación del procedimiento como una vez que éste se encuentre afinado.

C. Doctrina disidente (Consejero Jaraquemada). Contrario a la mayoría, el Consejero Jaraquemada sostiene que en caso que el interesado opte por uno u otro estatuto se aplica íntegramente aquél, no pudiendo comunicarse los efectos de un procedimiento a otro en función de la calidad de interesado. En efecto, de optar el interesado por el recurrir a la vía de acceso, renuncia éste a su mejor derecho y deberá sujetarse en todo al estatuto de la LT. Desde el punto de vista del procedimiento de acceso, ello significa que podrán invocarse (y el Consejo debe ponderar) la totalidad de las causales de reserva que establece la LT.

D. Observaciones

1. El estudio aquí desarrollado no permite verificar si el CplT ha adoptado una posición unánime en la materia. Las doctrinas aquí expuestas han sido expresadas en sólo una decisión, por lo que deberá observarse votaciones futuras en casos análogos. Así las cosas, atendida la nueva integración del Consejo, en futuros casos revestirá particular importancia la posición que adopte el Consejero Drago y la eventual resolución del asunto a través del voto dirimente de la Presidenta del Consejo.
2. En cuanto al fondo de las doctrinas expuestas, la posición de mayoría es problemática, pues en ella subyace una interpretación restringida y formalista del objeto del DAIP –donde éste se restringe al expediente administrativo– que no corresponder con la interpretación funcional adoptada por el CplT al pronunciarse específicamente sobre este asunto (ver supra III.1). En efecto, al rechazar que los OAEs puedan invocar el privilegio deliberativo ante los interesados de un procedimiento administrativo, la posición de mayoría sólo considera como objeto del DAIP el expediente administrativo, respecto del cual el interesado tiene un acceso calificado. Sin embargo, el objeto del DAIP es más extenso y puede referirse a documentos relativos al procedimiento administrativo pero que aún no han sido incorporados en el expediente o no lo serán, por ejemplo, borradores de informes o decretos que se encuentran en proceso de discusión. En tales casos, resulta razonable que el organismo pueda recurrir al privilegio deliberativo como causal de reserva, lo que deberá ser discutido en sede de acceso ante el CplT.

Alternativamente a la doctrina de mayoría, en estos casos podría sostenerse que el estándar argumentativo de la Administración para dar lugar a la norma de secreto es particularmente alto, atendido el derecho calificado del interesado. Sin embargo, la exclusión *ex ante* de la procedencia de una norma de secreto resulta problemática, pues modificaría la racionalidad del análisis del Consejo respecto estas normas, a saber: la revisión de las circunstancias del caso concreto y el riesgo de afectación de los bienes jurídicamente protegidos por el secreto.

III.7.3. Sobre la aplicación de la LT a las empresas públicas

La primera materia objeto de controversia en el Consejo Directivo radicó en determinar si las normas que establece la LT resultan aplicable íntegramente o no a las empresas públicas creadas por ley. En concreto, el CplT debió resolver si la Empresa de Ferrocarriles del Estado se encuentra sujeta al procedimiento de acceso a la información reglado por la LT o a ésta sólo le

resulta aplicables los deberes de transparencia activa de las que establece a su respecto el artículo 10 de la Ley N° 20.285 (decisión A4-09, de 09.06.09, acordada por JPO, RG, AF y disidente RU. La discusión se centra el alcance del artículo 2, inciso 3, LT, conforme al cual “también se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”

A. Posición de mayoría y unánime. A excepción del voto disidente del Consejero Urrutia, la *jurisprudencia mayoritaria en la materia, y posteriormente unánime*⁷⁸, ha sido que el CplT se declara incompetente para conocer de los amparos en contra de las empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, a las que se refiere el artículo 10 de la Ley N° 20.285. Esta jurisprudencia se funda en dos argumentos.

- i. El primero lugar, basado en la historia de la Ley, sostiene que el art. 2° inc. 3 LT “exige como requisito esencial que el ámbito de aplicación esté dispuesto en forma expresa en la ley, con lo que genera una categoría especial de sujetos obligados. De ello da cuenta la opinión del Ministro Secretario General de la Presidencia, durante la discusión en sala... al afirmar que las empresas públicas “serán regidas por la ley sólo cuando ésta haga mención específica de este tipo de entidades”... (cons. 1) “...el artículo décimo de la Ley N° 20.285 expresamente contempla las disposiciones que son aplicables a las empresas públicas (cons. 2) “...con ello, la aplicación de las disposiciones de la ley a las empresas públicas se extiende únicamente a las referentes a la transparencia activa, con el contenido especificado en el artículo décimo recién transcrito... Sin embargo, nada se dijo en forma expresa –como exige el ya señalado artículo 2°, inciso tercero de la ley- sobre la aplicación de las normas referentes al derecho de acceso a la información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo. Por consiguiente, es dable concluir que dichas normas no se aplican a las empresas públicas creadas por ley”. (cons. 4)
- ii. En segundo lugar, la jurisprudencia desarrolla una interpretación del art. 2 LT basada en su contexto, señalado que “...la utilización en la Ley de Transparencia de la expresión “esta ley” no tiene como correlato la voluntad de restringir tal remisión únicamente a las normas establecidas en el “artículo primero” de la Ley N° 20.285, que contiene la Ley de Transparencia... sino que tal remisión se extiende a todo el cuerpo normativo contenido en la Ley N° 20.285... La mencionada conclusión es la única interpretación plausible que le da significado real o efecto útil a lo señalado en el artículo 2°, inciso tercero, de la Ley de Transparencia, ... [de lo contrario] no existiría en “esta ley”... ningún artículo aplicable a las empresas públicas creadas por ley” (cons. 7°).

B. Voto disidente (Consejero Urrutia). En contraste, el voto de minoría del Consejero Urrutia consideró que la LT sería plenamente aplicable a las empresas públicas, y por lo mismo, aparte de sus deberes de transparencia activa, estas sí se encuentran sujetas al derecho de acceso a la información. Al respecto, en primer lugar argumentó que la LT regula el DAIP de manera genérica y respecto de todos los órganos de la administración del Estado, entre los cuales se encuentran las empresas públicas (cons. 3). En segundo lugar, sostuvo que la expresión “también” utilizada por el art. 2 inc. 3 LT, “tuvo por objeto hacer alusión a la posibilidad de aplicar, además de las disposiciones señaladas en el inciso primero que se aplican a todos los órganos y servicios de la Administración (dentro de los que se encuentran las empresas públicas creadas por ley), otras normas especiales que se contemplen en la ley en forma expresa.” (cons. 4°). Finalmente, argumentó que tanto el principio de publicidad, a nivel constitucional como en la LT (art. 3 y 4) resultan aplicables a las empresas públicas, sin distinguir entre obligaciones de

⁷⁸ Esta posición ha sido reiterada en decisiones de mayoría Roles A106-09, de 19.09.2009, sobre el Banco Estado; C384-1, de 25.06.2010, sobre Metro S.A.; y C183-11, de 25.02.11, sobre ENAMI. A su turno, en decisiones unánimes con los Consejeros Blanlot y Santa María en decisión C1365-11, de 18.11.11, respecto de TVN, y C168-12, de 03.02.12, sobre la Empresa Portuaria de Valparaíso, entre otras. Finalmente, el Consejero Drago se ha pronunciado en este mismo sentido, por ejemplo, en decisión C926-15, de 05.05.15, sobre ENAP.

transparencia activa y pasiva, de manera que no correspondería al CplT efectuar tal distinción (cons. 7).

C. Respaldo judicial. Un pronunciamiento judicial aislado de la Corte de Apelaciones de Santiago, a modo de *obiter dictum*, una prevención del Ministro Barra⁷⁹ y cierta jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República⁸⁰, apoyó la tesis disidente.⁸¹ Sin embargo, en sentencia Rol 4625-2009, de 23.10.09, recaída sobre la decisión A69-09, la misma Corte de Apelaciones, en forma expresa, recoge la posición de mayoría. Al respecto, la sentencia señala “que el derecho de acceso a la información, del modo que ha sido configurado en la citada legislación, no procede en su ejercicio respecto de una empresa estatal, cualquiera sea el acto de su creación –constitucional, legal o contractual” (cons. 9).

D. Observaciones. La doctrina de minoría del Consejero Urrutia no ha permeado mayormente en otras instancias, existiendo unanimidad en el CplT en torno a la aplicación de la LT a las empresas públicas sólo respecto de las obligaciones de transparencia activa. Ratifica esto la posición definitiva adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago y, a nivel legislativo, la intención manifestada por parlamentarios en orden a modificar la Ley Nro. 20.285, para hacer expresamente aplicable en régimen de acceso a las empresas públicas⁸².

⁷⁹ El ministro Antonio Barra previno que la competencia del CPLT para resolver la solicitud podía fundarse “además” en la potestad explícita que el artículo 8° de la Ley sobre Acceso a la Información Pública le atribuye para conocer de las infracciones a las reglas de transparencia activa cuya aplicación no habría estado en cuestión por las partes. Ello atendido que la obligación de publicar “los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros” que establece su letra g), habría obligado en dicho caso a Banco Estado a hacer pública preventivamente la información que estaba solicitando el recurrente. Sin embargo, resulta evidente que los deberes de transparencia activa establecidos en el artículo 7 nunca se aplican a las empresas públicas, precisamente porque ellas tienen las reglas especiales del artículo décimo.

⁸⁰ La CGR en Dictamen N° 65.461-2011, de 17.10.11, respondiendo a una consulta que le formulara ENAP sobre la aplicabilidad del estatuto de transparencia a su respecto, estableció que “...el artículo 2°, inciso primero, de la aludida Ley de Transparencia ordena que “las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, en tanto que su inciso tercero determina que “se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”. En tal contexto, cabe advertir que de lo prescrito en el antedicho artículo 1° de la Ley de Transparencia, aparece que este texto legal resulta íntegramente aplicable a los órganos o servicios de la Administración del Estado señalados en el artículo 1°, inciso segundo, de la citada ley N° 18.575, entre los cuales se encuentran las empresas públicas creadas por ley, de manera que la referencia expresa a tales empresas, requerida en el artículo 2°, inciso tercero, de la antedicha Ley de Transparencia, debe entenderse efectuada en el artículo que lo antecede, que las incluye, como se ha expuesto, merced a un reenvío normativo claramente determinado.” Como corolario de lo anterior, refiriéndose a las potestades del CplT respecto de ENAP, estableció en lo que interesa que “...el artículo 33, en sus literales a), b) y d), le confieren, en lo que interesa, atribuciones fiscalizadoras, sancionatorias, resolutorias y normativas que, tal como se ha advertido, son aplicables a las empresas públicas creadas por ley, toda vez que integran la Administración del Estado, las cuales, por ende, pueden ser objeto de la acción de amparo del derecho a la información establecido en el artículo 24 de la Ley de Transparencia” (énfasis agregado). Con todo, cabe señalar que ello no encuentra respaldo en algún pronunciamiento posterior del Órgano Contralor.

⁸¹ En sentencia Rol 4625-2009, de 23.10.09, referida a la decisión A69-09, la Corte, no obstante rechazar la reclamación por extemporánea, afirmó escuetamente en su parte resolutive que todo lo anterior era “no obstante haber sido el Consejo para la Transparencia plenamente competente para conocer del reclamo de habeas data [sic] deducido por el recurrente”.

⁸² La moción parlamentaria Boletín 6578-07 plantea modificar el artículo 10 de la ley 20.285, incorporando a las empresas públicas creadas por ley al marco regulatorio general de la administración del Estado en materia de transparencia y acceso a la información. Se trata de una moción sin movimiento legislativo desde su ingreso en 2009.

IV. CONCLUSIONES

Si bien las decisiones divididas del CplT representan un porcentaje menor de sus decisiones (2%), las materias sobre las que éstas recaen se refieren a temas centrales en la configuración del acceso a la información pública. Así, por ejemplo, los consejeros han desarrollado doctrinas divididas en cuanto al alcance del DAIP respecto a la información entregada por particulares a la Administración, así como a los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos; el alcance del secreto del sumario administrativo; y la publicidad de evaluaciones psicológicas en concurso públicos. Como resultado de la revisión de estas doctrinas, el informe muestra la evolución de las posiciones doctrinarias al interior del CplT, destacando el tránsito desde posiciones de minoría hacia doctrinas de mayoría –v.gr. secreto del sumario administrativo–, así como la heterogeneidad de la jurisprudencia del CplT en materias específicas –v.gr. acceso a información sindical y concursos públicos–. Según se ha destacado, las variaciones en la jurisprudencia del CplT encuentran explicación, en primer lugar, en el voto dirimente del Presidente del CplT como mecanismo para definir y, según el caso, modificar las doctrinas de mayoría del CplT. En segundo lugar, y de manera excepcional, la confluencia de distintas posiciones de minoría bajo una única matriz hermenéutica ha permitido el desarrollo de nuevas posiciones de mayoría. Tal es el caso de la actual jurisprudencia unánime del CplT sobre la aplicación de la LPDP para denegar el acceso a la identidad de trabajadores afiliados a un sindicato. Finalmente, reveses judiciales también contribuyen a explicar modificaciones de la doctrina de mayoría del CplT. En ese sentido, se ha destacado la actual jurisprudencia unánime del CplT sobre el acceso a la identidad de trabajadores afiliados y la evolución de la doctrina sobre el acceso a correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos.

IV. 1. Impacto del voto dirimente en la configuración de la jurisprudencia del CplT.

Como señalamos al introducir este informe, el estudio de las decisiones divididas de un órgano colegiado como el CplT permite dimensionar la importancia del voto dirimente de su Presidente en la configuración de su jurisprudencia. Esto es especialmente trascendente en el caso del CplT, pues su diseño institucional es el de un órgano colegiado de integración par (4 Consejeros)(art. 36 LT), que debe adoptar sus decisiones por la mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resuelve su Presidente a través del denominado voto dirimente (art. 40 LT), lo que supone la configuración institucional de un “jugador con poder de veto” (*veto player*) –de acuerdo a la teoría de juegos.⁸³ Como veremos, la participación de un “jugador con poder de veto” impacta en el mecanismo decisorio del CplT y su jurisprudencia.⁸⁴ Por tratarse de un análisis propio de la ciencia política, aquí sólo explicaremos porqué, conforme a la teoría, el diseño institucional del CplT anticipa que su Presidente será determinante en la resolución de los casos, para luego constatar en qué medida la revisión de las decisiones divididas confirma esta hipótesis.

En resumen, un *veto player* es un individuo (o un actor colectivo) cuyo acuerdo es necesario para cambiar el *status quo*. En general, en los órganos colegiados éste no está presente, pues su integración es impar y se resuelve por la regla de mayoría. En tales casos, conforme al teorema del votante (juez) mediano, la regla de mayoría obliga a que los acuerdos sean adoptados conforme a la posición más preferible por éste último.⁸⁵ Por ejemplo, en un órgano

⁸³ Tsebelis, G. (2002) *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton University Press.

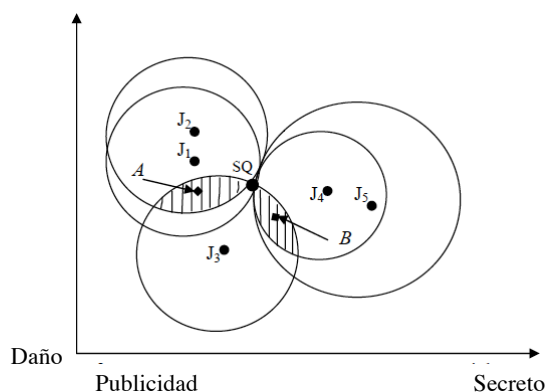
⁸⁴ No hemos encontrado en la Historia de la Ley 20.285 un pronunciamiento sobre los motivos e implicancias del diseño institucional escogido para el CplT.

⁸⁵ Una accesible introducción a la teoría de juegos en las decisiones judiciales en Dyevre, A. (2011). *Game Theory and Judicial Behaviour* (SSRN Scholarly Paper No. ID 1783507). Social Science Research Network, Rochester, NY. Disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=1783507>. Los principales estudios sobre las implicancias del diseño institucional en la toma de decisiones de tribunales colegiados han sido desarrollados en relación a los acuerdos de la Corte Suprema de Estados Unidos y la facultad del *Chief Justice* para asignar en cada caso quién será el redactor de la sentencia, lo que lo configura como un actor determinante en proceso de toma de decisiones. Al respecto, véase Hammond, Thomas H., Chris W. Bonneau, and Reginald Sheehan (2005), *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*, Palo Alto: Stanford University Press. Jacobi, Tonja (2009), “Competing Models of Judicial Coalition Formation and Case Outcome Determination,” *Journal of Legal Analysis* 1: 411-58.

jurisdiccional colegiado de 5 integrantes, al decidir entre la publicidad absoluta de la información requerida (posición juez 1 y 2), su publicidad parcial (posición juez 3) o su reserva total (posición juez 4 y 5), el teorema predice que los jueces 1 y 2, así como los jueces 4 y 5, deberán acercarse al ámbito de preferencias del juez 3 (juez mediano) para configurar la mayoría. Consecuentemente, éste último es determinante en la resolución del caso.⁸⁶ La Figura 1 modela este tipo de decisiones.⁸⁷ Los círculos dan cuenta del ámbito de preferencias de cada juez respecto del *status quo*, mientras que las intersecciones entre las áreas de 3 círculos dan cuenta del ámbito donde un acuerdo es posible (A y B), por participar el juez mediano. Como puede verse, en este modelo existe 2 posible coaliciones que aseguran un acuerdo (J1, J2 y J3; o J3, J4 y J5), en ambas el juez en la mediana entre ambas coaliciones será el determinante (J3).

Figura 1.

Interés público



Por el contrario, en presencia de un jugador con poder de veto, al alterarse la regla de mayoría, es esperable que los demás jueces tiendan a acercarse a la posición del *veto player*, adoptándose un acuerdo en los términos más cercanos a su ámbito de preferencias. Así lo modela la Figura 2, donde el Presidente del Consejo corresponde a J1. Conforme a la teoría, el juez más próximo al ámbito de preferencias de J1 (J2) tiene más incentivos para buscar un acuerdo con él, que buscar acuerdo con los otros dos juzgadores –en clave económica, para J2 los costos de transacción son más bajos al acordar con J1, que al hacerlo con J3 y J4. Por otra parte, consciente de lo anterior, J1 puede determinar el resultado de la votación acercándose al ámbito de preferencias más próximo al propio, a fin de sumar el voto que le permite el ejercicio de la dirimencia. En efecto, en tanto J1 se aproxime al ámbito de preferencias de J2, resultará indiferente si J3 y J4 son parcialmente coincidentes con J2, pues J1 puede fijar estratégicamente su posición en términos de asegurar el voto de J2. Adicionalmente, habiendo el dirimente generado una coalición que asegura el acuerdo (J1 + J2), será menos costos para éste abrirse a la generación de una votación de mayoría sumando a J3.

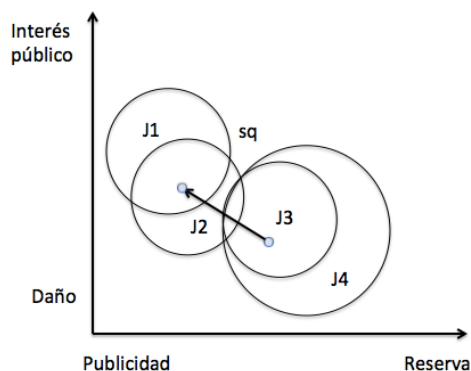
En suma, en un órgano colegiado de integración par con votación dirimente, los actores tenderán a confluir en torno al ámbito de preferencias del juez dirimente (J1) –en vez de confluir en torno el juez mediano–, a menos que la posición de éste se encuentre tan alejada de los demás, que para J2 sea más conveniente la conformación de una coalición entre J2, J3 y J4.

⁸⁶ Se trata de un modelo altamente simplificado y que descansa en varios supuestos, tales como la uni-dimensionalidad del espectro decisorio, que los sujetos tiene preferencia fijas y actúan racionalmente. Con todo, entrega un modelo explicativo y predictivo de los procesos de toma de decisiones en órganos colegiados. Desde la literatura legal, una visión positivista sostendrá que el juez se encuentra restringido por la elección de la solución “correcta” de cara a la ley del caso. Sin embargo, como explica Sunstein *et al* (2006), resulta ingenuo sostener que en los “casos difíciles” los jueces sólo “siguen la ley”, ya que en estos casos precisamente no existe claridad sobre la ley a seguir. Sunstein, C., Schkade, D., Ellman, L., and Sawicki, A. (2006) Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Brookings Institution Press.

⁸⁷ Adaptada desde Dyevre, A. (2011). Game Theory and Judicial Behaviour (SSRN Scholarly Paper No. ID 1783507). Social Science Research Network, Rochester, NY. Disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=1783507>

Aplicada esta teoría al CplT, es esperable que en las decisiones divididas el Presidente del CplT participe en los acuerdos de mayoría (J1+J2+J3) más frecuentemente que como disidente.

Figura 2.



Un análisis preliminar de las decisiones divididas consideradas en este informe confirmaría esta hipótesis. Así lo muestra la Tabla 5 (ya incluida en la sección cuantitativa) que da cuenta de la frecuencia en que el Presidente formuló votos disidentes, concurrentes, dirimientes y de mayoría. Según se indica, en el 60.3% de los casos el Presidente formó mayoría y en un 22.9% utilizó el voto dirimente, superando largamente su participación como votante dirimente (16%). Así las cosas, en decisiones divididas, en el 83% de los casos el Presidente es determinante en el resultado decisorio.

	D	C	DR	M	Total	
JPO		3	1	3	8	15
RU		13	0	7	39	59
AF		3	0	15	26	44
JJ		2	0	5	2	9
VB		0	0	0	4	4
Total	21	1	30	79	131	
%	16.03	0.76	22.90	60.31	100%	

D= Disidente
 C= Concurrente
 DR = Dirimente
 M = Mayoría

Como es esperable, el análisis sustantivo de las decisiones divididas del CplT confirma que el voto dirimente ha sido central en la conformación de las doctrinas de mayoría del CplT. Sin embargo, paradójicamente, el mismo análisis da cuenta que esta característica de diseño institucional puede contribuir a la heterogeneidad de las doctrinas de mayoría debido a cambios en la presidencia del Consejo. Ello resulta paradójico pues la configuración de *veto players* tiene por objeto dificultar modificaciones al *status quo*. En efecto, si bien el voto dirimente tiende a que aquellas doctrinas en que participa el Presidente sean transformada en la jurisprudencia mayoritaria del organismo (así lo muestra el análisis cuantitativo), el efecto estabilizador del voto dirimente se puede ver relativizado por la frecuencia en que cambie el Presidente del CplT (cada 18 meses). En ese sentido, este informe ha mostrado que los cambios en la Presidencia y el uso del voto dirimente explican la inicialmente heterogénea jurisprudencia del CplT en materia de acceso a la evaluación psicológica del candidato ganador de un concurso público y el tránsito desde una interpretación restrictiva del secreto de sumario a una interpretación estricta. Por otra parte, si bien el voto dirimente permitió mantener como doctrina de mayoría que el DAIP alcanza los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos que versan sobre el ejercicio de la función pública, no obstante dos Consejeros han mantenido una posición en

contrario. La modificación de este criterio no habría ocurrido durante la Presidencia del Consejero Jaraquemada, exclusivamente, por la ausencia de un caso que lo posibilitara.

Aunque se trate de un contra-factual, cabe preguntarse si estas variaciones jurisprudenciales se verían aminoradas en un órgano de formación impar. Conforme a la teoría aquí expuesta, ello resulta probable, pues en el caso de decisiones divididas, sólo cambios en el “juez mediano” darían lugar a modificaciones en la jurisprudencia mayoritaria; y teniendo en consideración que los cambios en la configuración del Consejo ocurren cada 3 años, éstas modificaciones tenderían a ser menos frecuentes, en comparación a los 18 meses de duración del Presidente del CplT.

Conforme a lo anterior, si el diseño institucional persigue la predictibilidad de las decisiones del organismo y la configuración de una jurisprudencia estable, eventuales modificaciones en la configuración orgánica del CplT deberían considerar la paradoja aquí expuesta, estudiando la implicancias de optar por la configuración de un órgano colegiado de integración impar.

IV. 2. Potenciales revisiones en la jurisprudencia del CplT

Como es esperable, las constataciones anteriores suponen que modificaciones en la integración del Consejo Directivo abrirán espacios para alterar la jurisprudencia del Consejo. En ese sentido, este informe ha identificado al menos 3 materias en las que ello puede ocurrir, a saber:

- i. En cuanto al alcance del DAIP sobre información entrada por particulares a la Administración, el informe concluye que, no obstante el voto dirimente sirvió para la adopción como doctrina de mayoría de una interpretación restrictiva sobre el alcance del DAIP, ha sido la adopción de este criterio por la Consejera Blanlot y Santa María lo que ha permitido la configuración de una jurisprudencia de mayoría en las últimas decisiones divididas sobre la materia. Con todo, las decisiones de mayoría que originaron el cambio de doctrina son reducidas en número, esta doctrina no ha sido aplicada posteriormente en decisiones de mayoría y no se han detectado pronunciamientos sobre el particular por el Consejero Drago que permitan concluir que actualmente constituye la jurisprudencia unánime del Consejo.
- ii. En cuanto al alcance del DAIP respecto de correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos, se ha señalado que atendida la integración actual del Consejo Directivo y el debate legislativo en curso, una eventual modificación de la doctrina de mayoría estará condicionada por la posición que adopte el Consejero Drago en la materia, el voto dirimente del Presidente del Consejo o la modificación de la LT que especifique el tipo de correos sobre los que resultará aplicable el nuevo procedimiento especial de acceso de la LT.
- iii. En cuanto al sentido y alcance del concepto de fuente accesible al público en la LPDP, los Consejeros Jaraquemada y Blanlot han adoptado invariablemente una interpretación estricta del concepto de fuente accesible al público, mientras que el Consejero Santa María ha adoptado una posición restrictiva. Por lo tanto, la configuración de una jurisprudencia sobre la materia estará sujeta a la posición que adopte el Consejero Drago en casos futuros y el eventual uso del voto dirimente.

Adicionalmente, el informe ha identificado las siguientes materias en las que los Consejeros podrían clarificar y desarrollar sus doctrinas.

- i. En primer lugar, en cuanto al alcance del artículo 5, inciso 2, LT, se destaca que, no obstante la más reciente doctrina de mayoría identifica hipótesis precisas para determinar el acceso a la información privada, ésta no ha sido del todo esquemática sobre desafíos interpretativos que impactan en la determinación del alcance del DAIP. En particular, resulta conveniente precisar si para determinar el alcance del DAIP el CplT adoptará un criterio sustantivo/funcional del concepto de “fundamentos” y documentos que sean “sustento o complemento directo y esencial” del acto administrativo, así como de los “documentos necesarios para el ejercicio de potestades

públicas”; o, por el contrario, seguirá la opinión del Tribunal Constitucional en cuanto a construir un criterio formal que restrinja éstos a aquellos documentos contenidos en el expediente administrativo.

- ii. A su vez, en relación la doctrina sobre el alcance restrictivo del artículo 5, inciso 2, LT, se ha destacado que ésta fue desarrollada por el Consejero Jaraquemada como votación de minoría al resolver solicitudes sobre acceso a información sindical. Posteriormente, se formó una jurisprudencia unánime en cuanto a rechazar el acceso a la identidad de los afiliados por tratarse datos personales cuya comunicación no reviste interés público. Sin embargo, en cuanto al acceso a la información relativa a las actividades propias del sindicato –v.gr. el acta de constitución–, la actual jurisprudencia –continuando la doctrina mayoritaria inicial– ordena su comunicación por considerar que ella no afectaría la autonomía sindical. Sin embargo, esta línea de solución no parece consistente con la doctrina sobre el alcance del DAIP respecto de la información privada, la cual también ha sido adoptada por la Consejera Blanlot (decisión C1362-11) y el Consejero Santa María (decisión C631-13) en el contexto de la información entregada por particulares a organismos supervisores. Lo anterior arriesga el desarrollo de dos líneas jurisprudenciales que resultarían inconsistentes en cuanto al acceso a información entregada por particulares a la Administración del Estado.
- iii. En tercer lugar, en relación a la aplicación del test de interés público o el principio de finalidad de la LPDP como criterio para resolver la publicidad de datos personales a través del DAIP, se ha destacado los desafíos que enfrentaría la adopción exclusiva del segundo. Alternativamente, el informe recomienda desarrollar estándares más estrictos sobre qué, *a priori*, constituye información de interés público, pues la elaboración de guías en ese sentido asistiría a la resolución de casos futuros.

IV. 3. Impacto de las doctrinas de minoría en la revisión judicial de decisiones divididas

Sólo el 29% de las decisiones divididas del CplT han sido objeto de recursos judiciales (41 reclamaciones). Así las cosas, la existencia de doctrinas de minoría no parece impactar mayormente en la judicialización de las resoluciones del CplT. Sin embargo, como es esperable, las doctrinas divididas pueden impactar en la labor hermenéutica de los tribunales superiores. En términos cuantitativos, hemos señalado que las sentencias que ponen término al procedimiento de acceso a la información en sede judicial confirman en igual proporción lo resultado por la posición minoritaria y de mayoría (41% respectivamente). Si bien en general ello no significa que las Cortes compartan las doctrinas que fundamentan una u otra línea resolutive, esto sí ha ocurrido en materias específicas donde el alcance del DAIP es objeto de revisión, donde la jurisprudencia judicial y constitucional ha dado respaldo a las doctrinas de minoría. El caso más claro son los reclamos de ilegalidad contra decisiones en materia de acceso a correos electrónicos, donde el 57.6% de las decisiones divididas fueron sujetas a revisión por tribunales superiores y existe una clara coincidencia entre la argumentación del Consejero Jaraquemada en votación de minoría y aquella sostenida por el Tribunal Constitucional y las Cortes en cuanto al alcance restrictivo del DAIP en general y la falta de especificidad de la LT para justificar una intervención en las comunicaciones a través de correos electrónicos. Adicionalmente, las doctrinas de minoría encontraron recepción a nivel judicial en materia de acceso a la identidad de los trabajadores sindicalizados, pues en sede judicial se rechazó que el DAIP autorizara la comunicación de la identidad de los afiliados a un sindicato. Cabe destacar que en estos casos las Inspecciones del Trabajo hicieron propios, ante las Cortes, los argumentos de los votos disidentes de los Consejeros Jaraquemada y Olmedo, lo que puede explicar que, sólo en estos casos, se observan menciones expresas a los votos de minoría de los Consejeros en las sentencias de Corte.

Con todo, estos casos son excepcionales, pues estimamos que en general las Cortes no han ahondado en los argumentos que dan fundamento a las doctrinas de mayoría/minoría, aún cuando compartan lo resolutive. Esto ocurre porque en muchos casos las sentencias judicial no se avocan a la construcción de una doctrina clara sobre la LT o la LPDP, sino que se limitan a

un ejercicio de subsunción o la invocación genérica de los derechos/principios en conflicto y las priorización de uno u otro en razón de las normas constitucionales y legales del caso.