



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

FERNANDO PATRICIO LAFONT CAMPOS

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de
Magíster en Derecho Público: Transparencia, Regulaciones y Control

Profesor Guía: Mauricio Cisternas Morales

Santiago, Chile
2017



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

ESCUELA DE DERECHO

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA VIDA PRIVADA.

FERNANDO PATRICIO LAFONT CAMPOS

RESUMEN: En el presente artículo, se analiza como resuelve el Consejo para la transparencia, la confrontación entre la Ley N°20.285 y la Ley N°19.628.

PALABRAS CLAVES: Transparencia. Datos Personales. Test de Daño. Test de Interés Público.

Av. Pedro de Valdivia 1509, Providencia
Región Metropolitana, Santiago-Chile

INTRODUCCIÓN.

La promulgación de la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, abre la posibilidad que cualquier ciudadano tenga el Derecho a solicitar información a la Administración, buscando terminar con la cultura tradicional de los funcionarios públicos, en lo relativo al "secretismo" en la provisión de información que se encuentre en poder de los Órganos del Estado, haciendo más efectiva la participación ciudadana en el control de los recursos Estatales y en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, este Derecho de Acceso a la Información no es absoluto, estableciendo dicha Ley causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información.

Una de las causales, ocurre cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico. En este sentido el presente Artículo Académico, busca resolver la disyuntiva entre el Derecho al Acceso a la Información con el Derecho a la Vida Privada de la Personas, este último Derecho es una Garantía Constitucional, consagrado en el artículo 19 N°4 de la carta fundamental que expresa: "La Constitución garantiza a todas las personas (...) El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia". Bajo este principio, se puede reforzar que todo aquel dato personal que pertenezca a la vida privada de la persona debe respetarse y protegerse, en esa línea de ideas la Ley N°19.628 sobre Protección de Datos de Carácter Personal, restringe o limita la publicidad de la información en esta materia.

Para resolver la problemática entre ambos derechos, analizaremos la Ley N°20.285, Ley N°19.628, y como el Consejo Para La Transparencia a través del principio de divisibilidad de la información contemplado en el artículo 11, letra e, de la Ley de Transparencia, busca un balance entre la vida privada y el interés público, no de manera opuesta, sino más bien de forma complementaria, aplicando herramientas como el test de daño y el test de interés público, que son utilizadas por el Consejo Para La Transparencia a la hora de tomar sus decisiones.

I-INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE.

En Chile tratando de evitar actos de corrupción, en estos últimos años se han realizado una serie de políticas públicas destinadas a garantizar el Derecho al Acceso de la Información, buscando a través del control ciudadano un fortaleciendo de la Administración del Estado, llegando a establecer en el artículo 8° de la Constitución Política, los principios de Probidad y Transparencia en la Administración Pública, principios que han tenido la aprobación o consenso de todos los sectores políticos, prueba ello, es la Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado⁽¹⁾, cuyo origen corresponde al Proyecto de Ley presentado por los Senadores Jaime Gazmuri (PS) y Hernán Larraín (UDI).⁽²⁾

En términos legales, el primer avance en esta materia, se concretó mediante la Ley 19.653 promulgada en 1999, que incorpora a la Administración del Estado los principios de Probidad y Transparencia de la función pública. Además, se establece la publicidad de los actos administrativos y el derecho de las personas de acceder a éstos, cuando no se encuentren a disposición del público. Pese a la existencia de esta regulación legal, a nivel del sector público no se registraron importantes modificaciones respecto a facilitar o disponer la información a la ciudadanía, más aún con la publicación en el año 2001 del Decreto 26 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, mediante el cual se permitió la discrecionalidad de los servicios públicos respecto a la declaración de la información con carácter reservado o secreto, se terminan judicializando algunos casos, para acceder a la información.

En el 2005, la reforma constitucional incorporó en su artículo 8° los principios de Probidad y Transparencia en la función pública, estableciendo la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

Posteriormente, en el año 2006, se convocó a un grupo de expertos, conocido como el Consejo de Probidad, con el fin de proponer medidas para

1.- JORNADAS CHILENAS DE DERECHO PUBLICO XXXVI, 30 DE NOVIEMBRE Y 1 DE DICIEMBRE DE 2016, SANTIAGO, UNIVERSIDAD DE CHILE.
2.- LEY 20.285, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL EL 20 DE AGOSTO DE 2008.

mejorar la transparencia y contribuir a la modernización del Estado y enfrentar la corrupción, quien elaboró un informe y sobre esta base la Presidenta Michelle Bachelet, presentó la llamada Agenda de Probidad y Transparencia, la cual estableció cuatro grandes áreas de trabajo: Transparencia, Probidad, Calidad de la Política y Modernización del Estado, terminando con la presentación de un proyecto de Ley, que después de varias modificaciones en el Parlamento, el 20 de agosto de 2008, es promulgada la Ley 20.285, sobre Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, normativa que marca el inicio de una nueva etapa para la gestión pública, para el ejercicio democrático.

Sin embargo, existen también otros cuerpos normativos que tienden a garantizar el Derecho al Acceso a la Información Pública, a modo de ejemplo, Ley 19.645 sobre Delitos de Corrupción; Ley 19.875 sobre Traspase de Órganos del Estado; Ley 19.884 sobre Transparencia en el Financiamiento de los Partidos Políticos.

LEY 20.285, SOBRE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

I.1.- PRINCIPIOS DE LA LEY N° 20.285.

Algunos de los principios reconocidos por la ley 20.285 son:

- a) Libertad de información: Toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de la Administración del Estado, salvo las excepciones o limitaciones establecidas por la propia ley.
- b) Relevancia: Se presume relevante toda información que posea el Estado, en cualquier formato, fecha de creación, soporte, origen, clasificación o procesamiento.
- c) Apertura o transparencia: Toda la información que obre en los órganos de la Administración se presume pública, salvo las excepciones señaladas.
- d) Divulgación: La Administración del Estado debe proporcionar información a la ciudadanía en los términos más amplios posibles.
- f) Facilitación: Para el acceso a la información del Estado se debe facilitar el uso del derecho, y excluir exigencias o requisitos que puedan obstruirlo.

g) No discriminación: Se deberá entregar información a quien lo solicite, en igualdad de condiciones.

h) Oportunidad: Se deberá proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, sin trámites dilatorios.

i) Control: el cumplimiento de la ley será fiscalizado permanentemente, y las resoluciones sobre solicitud de información son reclamables ante un órgano externo.

j) Responsabilidad. El incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone, origina responsabilidades y da lugar a sanciones, particularmente al Jefe superior del Servicio.

k) Gratuidad. El acceso a la información de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en los Artículos 17º y 18º de la presente ley, que establece criterios de cobro ante eventuales costes del proceso de recolección e impresión de registros.

I.2.- TRANSPARENCIA ACTIVA.

Es aquella información que los órganos del estado deben mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, que deberán ser actualizados al menos una vez al mes, con determinados antecedentes, que de acuerdo a los artículos 6º y 7º de la ley 20.285, algunos de ellos son: La Estructura orgánica; Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos; El marco normativo que les sea aplicable; La planta de personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones; Las contrataciones para el suministro de bienes muebles; Las transferencias de fondos públicos que efectúen; Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros; Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano; Los mecanismos de participación ciudadana; La información sobre el presupuesto asignado y su ejecución.

I.3.- TRANSPARENCIA PASIVA⁽³⁾.

Salvo las excepciones que establece la Ley N°20.285 y las previstas

3.- DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL, JORGE BERMÚDEZ SOTO, AÑO 14, P.664

en otras Leyes de Quórum Calificado, toda la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública, distinguiendo en entre aquella información que se encuentra a disposición permanente del público denominada Transparencia Activa, encontramos aquella información entregada mediante solicitudes de acceso a la información realizados por cualquier persona y/o ciudadano, bajo la denominación de Transparencia Pasiva, en los términos que señala la Ley N°20.285 en el Título IV, solicitándola directamente al órgano estatal que la genera, de las formas más simples, incluso por ejemplo, a través de una carta certificada o un correo electrónico, pero se exige que la solicitud debe cumplir elementos fundamentales tales como: Nombre, apellidos y dirección del solicitante; Identificación precisa y clara del documento que pide; Firma del solicitante; Órgano o Servicio al que se dirige.

I.4 BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.

Presentada la solicitud al Órgano o Servicio, este podrá pedir al solicitante de la Información, que en un plazo de cinco días desde la notificación, complemente su solicitud con alguno de los elementos fundamentales, bajo el apercibimiento de que si no lo hiciere, se tendrá por desistida su petición.

El Órgano o Servicio en un plazo de 20 días hábiles, desde la recepción de la solicitud, deberá entregar la información solicitada o negarse a ella, excepcionalmente dicho plazo se prorrogara hasta por 10 días hábiles, cuando sea difícil reunir la información solicitada, debiendo notificar al solicitante antes del cumplido del plazo de 20 días hábiles desde la recepción de la solicitud, vencido dicho plazo el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo de Transparencia, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información cuando esta sea denegada .

I.5.- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.

El Consejo para la Transparencia, es creado en los artículos 31 al 44 de la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública, dicho órgano es constituido como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio y tiene por objeto fundamental promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el

cumplimiento de las normas de transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.

Algunas de las principales atribuciones del Consejo, son las siguientes:

a) Fiscalizar el cumplimiento de la ley, aplicando sanciones en caso de infracciones.

b) Resolver los reclamos por negación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.

c) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

d) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información.

e) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación;

f) Realizar actividades de capacitación y difusión en materias de transparencia.

g) Velar por la reserva de los datos que de acuerdo a las leyes tengan carácter de secretos, velando a su vez por el cumplimiento de la Ley de protección de datos de carácter personal (Ley 19.628).

I.6.- CAUSALES DE SECRETO O RESERVA EN LAS DECISIONES DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA.

Las causales de secreto o reserva consagradas en la Ley de Transparencia corresponden muy consistentemente con las causales que se establecieron en la LOCBGAE a raíz de la dictación de la ley N°19.653 sobre Probidad Administrativa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado.

Debe recordarse que con anterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa no existía en nuestro país una regulación de la publicidad

y secreto o reserva de la documentación administrativa. la doctrina asumía la publicidad de los actos de la administración, pero en la práctica ello no era efectivo, prevaleciendo el secretismo en sus actuaciones.

La Ley N°20.285 establece en su artículo 21, las causales de reserva de la información, evitando que mediante su divulgación se afecte el éxito de una investigación criminal, de una resolución o política administrativa o se afecten los derechos de las personas respecto a su vida privada, la seguridad de la Nación, o el interés nacional, o bien, cuando se trate de materias que una ley de quórum calificado haya declarado expresamente como secretas.

Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

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

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

II-LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Los cambios constantes que produce la tecnología en la vida cotidiana de las personas, hace reconsiderar el derecho a la vida privada y a la intimidad, derecho que en nuestro país se encuentra principalmente regulado en la ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Para comprender mejor el desarrollo de este derecho, debemos referirnos al precepto jurídico de "intimidad" que fue expuesto en sus inicios por los abogados Samuel Warren y Louis Brandeis⁽⁴⁾, en su texto "The Right to Privacy" del año 1890, estableciéndose como el derecho a la "soledad", por lo que se propuso, como garantía ante una posible irrupción de este derecho. El concepto de intimidad como lo señalan los juristas mencionados es de carácter subjetivo, aludido al ser inherente de la persona humana como tal, lo que constituye una composición de la personalidad.

En este respecto, se analizó la potestad que tiene cada individuo para tener su espacio de privacidad, que no obligaba a ser conocido por otras personas, determinándose una forma de protección y resguardo a la persona en la cual se esbozaba el concepto jurídico de derecho a la intimidad.

Las nuevas tecnologías informáticas imperantes, en la cual se concibe como un derecho a la intimidad personal, al interior de ella misma, en sus datos digitalizados, implica un debido control en el

4.-EPILOGO A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, NÚM. 66, P.13-64.

traspaso de información que pudiera incidir directamente en la persona. En este sentido se concibe como un bien jurídico que debe ser protegido por las distintas legislaciones e incluir los mecanismos pertinentes para salvaguardar la dignidad personal, la identidad y la libertad de información.

Por otra parte, en relación a los datos personales, se busca que cada persona pueda revisar y verificar la utilización de los mismos para evitar que se lastime su ámbito jurídico privado, evitando el empleo negativo o abusivo de terceros, sin autorización previa.

En base lo expresado anteriormente, podemos distinguir 5 principios fundantes o características establecidos por el profesor Emercio Aponte que apoyan el concepto de protección de datos personales:

- 1.- El consentimiento del titular de los datos, quien es el facultado para tomar la decisión de que información será compartido y en qué momento, debiendo ser expreso y manifiesto.
- 2.- La clase o cualidad de los datos, se espera que los datos a tratar sean oportunos y que sean adecuados al tema para lo que fueron seleccionados.
- 3.- La información de los datos recogidos, radica en el deber de quien trata los datos de dar a conocer la información a su dueño que los datos se utilizarán y bajo que respecto, a su vez, a quien le será entregada, pudiendo negarse a facilitarla.
- 4.- La cesión de datos consiste en que se informa sólo cuando el titular o dueño de los datos manifieste expresa su conformidad con entregarlos y solo para un fin específico, en relación las funciones que se desempeñan.
- 5.- La no discriminación persigue que los datos obtenidos no procuren una discriminación de tipo arbitraria, en aquella información de carácter sensible en base a las creencias, ideologías o inherente a la persona.

Es dable mencionar que la forma de tratamiento de los datos de información no procede solo dentro del ámbito nacional sino que también corresponde internacionalmente, adecuado a las relaciones multilaterales y económicas que tienen los distintos países, existiendo una relación

común que en algunos casos se encuentra normada, como es el caso de Unión Europea.

De esta forma es imperioso una apropiada protección de los datos personales en materia internacional puesto que el Estado que acepta la información debe asegurar un conjunto de principios mínimos para la defensa de estos y establecer un sistema autónomo e independiente que fiscalice y castigue las contravenciones de las normas dictadas al efecto, respetando el imperio del derecho. Un país con la apropiada reglamentación sobre la utilización y aplicación de la protección de datos personales otorga a la competitividad, una posición superior de las empresas a nivel mundial, destacándose de esta forma las negociaciones económicas de los distintos países.

LEGISLACIÓN CHILENA SOBRE LOS DATOS PERSONALES.

II-1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE CHILE.

Fue controversia de la Constitución de la Republica del año 1980, la instalación como tema fundamental "La Vida Privada", siendo estudiada por la Comisión Constituyente, antes de este análisis Constitucional sobre la materia, el marco legal solo estipulaba la protección a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia, señalados en el Código Penal. La disposición del equipo constituyente instruía a la defensa de la vida privada ante la intrusión de los medios de comunicación, haciendo presente que la Constitución de 1980 se redactó con anterioridad de que apreciara la red informática.

Finalmente el artículo 19 número 4 de la Constitución Política del Estado establece "La Constitución asegura a todas las personas: 4° El respeto y protección a la vida privada y a la honra de su persona y su familia".

II-2.- LEY 19.628 "SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA". (5)

La ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal se promulgó en el año 1999, analizando la historia fidedigna de su tramitación, se aprecia comprensiblemente que el concepto fundamental de establecerlo jurídicamente era la confirmación resguardo y respeto del

5.- ACTO ADMINISTRATIVO E INFORMACIÓN PÚBLICA, VICENTE ALIAGA MEDINA, AÑO 15, P.380

individuo en sus derechos y libertades fundamentales, principalmente, el respeto a su intimidad ante la injerencia de sistemas de tratamiento de información, relacionado con los datos de carácter personal.

Esto se infiere en el contexto de que nuestro país como parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y también en relación con la propia Constitución Política (por la protección a la intimidad del Art. 19 N° 4°, en relación con el Art. 5°), le correspondía el desarrollo de una legislación que considerara la protección de la información de datos personales que constaba en bases de datos o en ficheros informáticos de cualquier índole, reconociendo algunos derechos de los individuos como lo son el derecho a conocer la existencia de un fichero que contenga información sobre uno mismo; derecho a exigir la corrección de los datos erróneos; derecho de acceso al fichero derecho a que se obtenga su autorización previa.

A raíz de lo señalado anteriormente se implementaron responsabilidades a los titulares de la base de datos o ficheros, destacando que la garantía de que la recopilación de datos y posterior almacenamiento de los mismos se lleve a cabo con un fin legítimo, no empleándose los datos con otros fines que los indicados en la ley, de esta forma encontramos los siguientes tramites legislativos:

Primer Trámite Constitucional: Senado: Se establece el Primer Informe de la Comisión de Constitución, pero no se vislumbra el proyecto de normas regulatorias.

Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados: El Segundo Informe de la Comisión de Constitución, no se manifiesta respecto de obligaciones pecuniarias que podrían ser objeto de un sistema de datos personales, sino mas bien agregara algunos artículos referentes a registro de datos personales.

Trámite Comisión Mixta: Senado - Cámara de Diputados Informe Comisión Mixta, Discusión en Sala: Tuvo la finalidad de establecer la normativa que brindara protección a los datos de las personas, perfeccionando sus disposiciones, tanto del punto de vista formal como sustantivo.

Trámite de Finalización: Aprobación del Senado, con el posterior envío de Oficio de Cámara de Origen al Ejecutivo, para la Publicación de Ley N° 19.628, en el Diario Oficial. 1*

Desde su aprobación por el Congreso Nacional en el año 1999 esta ley ha tenido una vasta discusión sobre la relevancia de este tema, presentándose diversas modificaciones y correcciones.

Se observa en esta Ley que el tratamiento de los datos personales e información puede llevarse a cabo por algún individuo, en cuanto coincida con los preceptos legales y se encuentre admitido por el sistema normativo. Se destaca el respeto la defensa del ejercicio derechos fundamentales, otorgando las potestades para ello.

Se establece en su articulado, previamente un título preliminar, en el que se consignan disposiciones generales, tratamiento de datos personales en registros o bancos de datos, sujeta a la ley, con excepción de las efectuadas en el ejercicio de la libertad de emitir opinión y de informar. Se precisan preceptos reguladores para el desarrollo de la ley, como bloqueo de datos, fuentes accesibles al público, registro o banco de datos, responsable del registro, titulares.

En cuanto al título primero de esta ley se expone a la utilización de datos personales haciendo relevancia a temas como el tratamiento de los datos personales solo puede realizarse con autorización del titular o la ley.

Además se establece la factibilidad de establecer un procedimiento automatizado de transmisión, la utilización de datos solo para los fines que hayan sido recolectados y los datos sensibles no pueden ser objeto de tratamiento.

En el título segundo de la normativa se incorporan los derechos de los titulares de datos, consagrándose a este respecto los derechos de información sobre qué datos se ha registrado, identidad de las instituciones o individuos a quienes serán compartidos, además de la modificación, cancelación o bloqueo de los mismos.

En el título tercero de la disposición se señala la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, siendo la sección de la norma con más

modificaciones. En virtud de las disposiciones de este título los responsables de registros o bancos de datos solo podrán comunicar información de la que trata este título, cuando estas consten en letras de cambio y pagarás protestados, el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a legislación común, entre otras.

El tratamiento de datos por los organismos públicos establecido en el título cuarto de la ley expresa que por regla general, el desarrollo o tratamiento de datos personales por parte de un organismo público solo podrá efectuarse respecto de materias establecidas por la Ley y dentro del ámbito de sus competencias.

Por último, en el título quinto de la norma analizada se consagra la responsabilidad por las infracciones a la misma, determinando una situación en donde el responsable del banco de datos, sea persona natural o jurídica, deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare el tratamiento indebido de datos personales, sin perjuicio de la obligación de eliminar, modificar o bloquear datos de acuerdo a lo requerido por el titular u ordenado por el titular, en procedimiento sumario, no estableciendo dentro de la norma un título final.

Se han presentado proyectos actuales de modificación a la ley en comento, con el fin general de establecer condiciones en los que se regule y promuevan la protección de los datos personales de los individuos y ejercer una supervigilancia de su circulación. De esta forma se estima que se favorecerá a las compañías internacionales e internas a mantener un flujo permanente de información más expedita en cuanto a sus funciones.

III-CONFRONTANDO EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DE LA PERSONAS.

El Consejo para la Transparencia es el órgano llamado por la ley a resolver los reclamos o amparos por denegación de acceso a la información, así como velar por el adecuado cumplimiento de la ley 19.628.

Para resolver los amparos sobre el acceso a la información pública, el Consejo ha afirmado aplicar los denominados Test de Daño y Test del

Interés Público. En cuanto al principio de proporcionalidad⁽⁶⁾, el CPLT ha afirmado seguir la teoría de ponderación de los autores nacionales Gonzalo García y Pablo Contreras, buscando en definitiva crear ciertos estándares (subprincipios) que impidan o disminuyan al máximo la arbitrariedad en sus resoluciones, en esta línea de ideas, el CPLT en la decisión Rol A45-09 define el principio de proporcionalidad, analizando tres subprincipios:

- Si la medida es eficaz,
- Si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último,
- Si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

III-1.- PRINCIPIO DE DIVISIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 11, LETRA E, DE LA LEY DE TRANSPARENCIA.

El principio de divisibilidad, por una parte busca optimizar el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y, por la otra, dar eficacia a las causales de reserva, entregando parte de la información solicitada, tarjando o eliminando aquellos datos, que en relación a este artículo, contengan datos personales en los documento requeridos, tales como el número de cédula de identidad y domicilio particular, entre otros, en virtud de lo dispuesto por los artículos 4°, 9° y 20° de la ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Este principio es la ejecución del principio de proporcionalidad. Cuando se establece un principio general como la publicidad de los actos de los órganos de la Administración del Estado y se prevén excepciones a este principio, estas últimas deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general.

6.- "EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" EN ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, AÑO 10, NÚM. 1 (2012)P.66

Además, el principio de proporcionalidad exige que las excepciones no traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido. Su presencia permite que la norma no sea entendida únicamente como una regla binaria, donde las cuestiones son públicas o reservadas, extendiendo las excepciones más allá de lo permitido.

III-2.- TEST O PRUEBA DE DAÑO.

El Test de Daño, consistente 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, lo anterior tiene por objeto demostrar que la divulgación de la información, genera o puede generar un daño específico al derecho protegido, es decir, se trata de un criterio de amenaza de daño, especulativo y que no requiere la demostración actual o inminente de daño⁽⁷⁾.

El Test de Daños se encontraría recogido por nuestra legislación en el art. 21 de la Ley 20.285, que establece las causales de secreto o reserva de la información y que establece la posibilidad de negar el acceso a ésta, ya sea total o parcialmente "cuando su comunicación o conocimiento afecte..." los bienes jurídicos o derecho protegidos.

III.3.- TEST DEL INTERÉS PÚBLICO.

Es aquel que se centra en ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información, justifica su divulgación y vence con ello, la reserva, siendo una excepción a la protección de la vida privada y el patrimonio de las personas, por prevalecer un interés público en su conocimiento.

Lo anterior reviste relevancia desde el momento en que existe un interés privado en juego, y como tal es el particular quien puede acceder a su comunicación o divulgación. El sustento a este interés público es hacer más efectiva la participación ciudadana en el control de los recursos Estatales y en la lucha contra la corrupción logrando objetivos que son transversales a este tipo de legislación.

7.- LAS PRUEBAS DE DAÑO E INTERÉS PÚBLICO EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. UNA PERSPECTIVA COMPARADA. EN DERECHO COMPARADO DE LA INFORMACIÓN, NÚM. 9, AÑO 2007, P.22.

JURISPRUDENCIA SOBRE PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA ESTABLECIDA EN LA LEY 19.628 POR EL CPLT. (a)

El artículo 33 letra m de la Ley N°20.285, que regula las funciones y atribuciones del CPLT, establece que debe velar el consejo por el adecuado cumplimiento de la ley N°19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado. En este sentido analizaremos como el consejo resuelve los Amparos, intentando armonizar el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales.

Consejo Para La Transparencia, Amparo N° A-10-09 de fecha 31 de Julio de 2009, presentado por don Miguel Rojas Zúñiga ante CPLT en contra del MINVU, frente a la denegación por parte del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de la información solicitada sobre las calificaciones de todo el personal y exfuncionarios, entre los años 2003 y 2008, en formato Excel, conteniendo determinadas columnas, entre ellas el R.U.T. de dichas personas, calificaciones y el tipo de contrato. El MINVU rechaza la entrega de la información por considerar que concurren las causales de reserva del artículo 21 de la Ley N° 20.285 en especial las numero 1 y 2, además aduce que no tiene la información en el formato que la persona solicita y que construirla habría distraído indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

En esta decisión el Consejo acoge parcialmente el Amparo, ordenando entregar al solicitante la información de las calificaciones de todo el personal y ex-funcionarios de dicho Ministerio, desde 2003 a 2008, pero rechazo la entrega de la información en aquella parte se refería al Rol Único Tributario de los funcionarios, ya que el RUT "se trata de un dato de carácter personal o dato personal, esto es, relativo -a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables", conforme el art. 2° f) de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal, cuyo tratamiento sólo puede efectuarse cuando dicha ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello (art. 4° Ley N° 19.628)... Atendido lo anterior puede afirmarse que el

R.U.T. de los funcionarios es un dato personal obtenido de los propios interesados en acceder a la función pública (art. 13 del Estatuto Administrativo), y no directamente de un registro público, sólo para su tratamiento al interior del servicio público respectivo y no para su cesión a terceros, por lo que debiera ser secreto o reservado.

Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 3 de abril de 2012, Reclamo de Ilegalidad Rol N° 1002-2010, caratulado "Medina Rodrigo con CPLT". OCTAVO: ... Así, se dirá que si bien resulta efectivo que la esfera de la vida privada de un funcionario público que desempeña, por ende, una función pública, es más restringida que la de un particular, ya que ella debe ejercerse con transparencia, por lo que la protección de su vida privada cede frente a la publicidad de sus actos como funcionario, precisamente con la finalidad de permitir un control social sobre quienes desempeñan cargos remunerados con fondos públicos, no resulta menos cierto que la vida privada tiene existencia y reconocimiento y debe ser respetada y recogida por las decisiones del Consejo y de esta Corte.

Corte Suprema, sentencia 6 de noviembre de 2013, Recurso de Queja Rol N° 4060-2013, caratulados "Subsecretaría de Transportes con CPLT". OCTAVO: Que de lo anteriormente expuesto surge que efectivamente 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, otorgándole el carácter de personal a la información requerida, determinando que ella no es sustento de un acto administrativo y que su divulgación atentaría en contra de la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, puesto que en la especie, tal como lo sostiene el quejoso, es la propia Administración la que reconoce, en la resolución que deniega la solicitud de acceso presentada por Leonardo Osorio Briceño, 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 inadmisibles los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad promovidos por el reclamante de ilegalidad, según consta a fojas 384 de

los autos rol N° 5077-2012-, debiendo ella ser entregada a los ciudadanos que la requieran al no configurarse a su respecto ninguna causal de reserva.

En este mismo orden de ideas, no es posible estimar que la divulgación de la información contenida en los mencionados correos vulnere el derecho a la intimidad de las personas que los emiten, toda vez que, como se señaló, ella en el caso concreto no reviste el carácter de personal, sin perjuicio que, además, si eventualmente los correos electrónicos contuvieran información anexa a la solicitada referida a la intimidad o vida privada de los funcionarios que la emiten o reciben, en la decisión de amparo se han adoptado todas las providencias necesarias para que ella no sea divulgada, pues se ordena que la misma sea tarjada antes de su entrega, materializando así el principio de divisibilidad consagrado en el artículo 11 letra e) de la Ley de Transparencia.

CONCLUSIÓN.

De los antecedentes mencionados, se puede concluir que la protección de los datos personales se encuentra regulada en la Ley N°19.628 en cuanto a su reserva o secreto, sin embargo el Consejo Para La Transparencia a resuelto que en razón de la Regla General, de que toda la información que se encuentra en poder de los órganos del Estado es pública(Ley N°20.285), salvo sus excepciones, que no basta con la protección jurídica de estos derechos, si no debe acreditarse además su afectación, resolviendo este problema jurídico que ha debido enfrentar, mediante la aplicación de las siguientes herramientas:

- Principio de Divisibilidad de la Información
- Test de Daño
- Test de Interés Público

Lo anterior, lo realiza mediante un balance entre el daño producido por una parte si entrega la información solicitada, y por la otra el daño ante la negación de entregar la información, dicho esto, el CPLT determinara en cada caso concreto, sobre la afectación de los derechos en conflicto.

Para terminar, es dable mencionar que la actuación en la aplicación del principio de transparencia por el Consejo es positiva, en este sentido no cabe duda que este órgano de la administración es de vital importancia para luchar contra secretismo en la provisión de información que se encuentre en poder de los Órganos del Estado, haciendo más efectiva la participación ciudadana en el control de los recursos Estatales y en la lucha contra la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

- Arnold, R., Martínez J. y Zúñiga, F., "EL principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en Estudios Constitucionales, año 10, núm. 1 (2012).
- Covarrubias, I., "Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXVII, núm. 2, (2012).
- Ferrada, J., "El ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia. La exclusión parcial de los órganos estatales y administrativos de la aplicación del régimen general" en Letelier, R. y Rajevic, R., (coord.) Transparencia en la Administración Pública, Legal Publishing, (2010).
- Vial, T., "La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información" en Anuario de Derecho Público 2010,
- Acto Administrativo E Información Pública, Vicente Aliaga Medina, Legal Publishing, Año 2015.
- Derecho Administrativo General, Jorge Bermúdez Soto, Legal Publishing, Año 2014.
- Epilogo A La Teoría De Los Derechos Fundamentales, Revista Española De Derecho Constitucional, Año 2002.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CONSULTADAS.

- Consejo Para La Transparencia, Amparo N° A-10-09 de fecha 31 de Julio de 2009.
- Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia 3 de abril de 2012, Reclamo de Ilegalidad Rol N° 1002-2010.
- Corte Suprema, sentencia 6 de noviembre de 2013, Recurso de Queja Rol N° 4060-2013.

PORTALES WEB CONSULTADOS.

- <http://www.consejotransparencia.cl>
- <http://www.bcn.cl>
- <http://www.tribunalconstitucional.cl>