

Comentarios escritos sobre  
*el requerimiento de  
inconstitucionalidad del inciso  
segundo del artículo 5 de la Ley sobre  
Acceso a la Información Pública*

*Informe de la Association of the Bar of the City of New York a  
Solicitud de Fundación ProAcceso*

Asesores jurídicos:

S. Todd Crider  
Paul J. Sirkis

Jonathan Donnellan  
Presidente, Comité sobre Derecho Relacionado  
a Comunicaciones y Prensa

David McCraw, Esq.

SIMPSON THACHER & BARTLETT LLP

ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY  
OF NEW YORK

425 Lexington Avenue  
New York, New York 10017 EE.UU.  
Tel: +1 (212) 455-2000  
Fax: +1 (212) 455-2502

42 West 44th Street  
New York, New York 10036 EE.UU.  
Tel: +1 (212) 382-6600  
Fax: +1 (212) 552-1684

**Abril de 2012**

**En el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo, del artículo 5 de la Ley sobre Acceso a la Información Pública (No. 20.285)**

**COMENTARIOS ESCRITOS DE**

**LA ASSOCIATION OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK**

**I. Introducción y declaración de interés**

El acceso público a información como a comunicaciones gubernamentales y procesos es la piedra angular de una democracia, ya que contribuye significativamente a la supervisión pública del gobierno, a la libertad de prensa y a la disminución de la corrupción estatal. Debido a la importancia de estos temas y porque la experiencia y la ley de una nación soberana puede servir como punto de referencia a otra nación soberana, la Association of the Bar of the City of New York (el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York) respetuosamente ofrece esta presentación sobre las leyes y prácticas de los Estados Unidos de América (“Estados Unidos”) en estos asuntos. Tenemos la esperanza de que pueda ser útil para el Tribunal Constitucional de Chile respecto a una acción interpuesta bajo la Ley Sobre Acceso a la Información Pública, solicitando acceder a ciertos correos electrónicos enviados y recibidos desde cuentas del gobierno chileno. Esta presentación ofrece una visión general de cómo son interpretadas, a niveles estatal y federal de los Estados Unidos, las leyes sobre libertad de, y acceso a, información con relación a comunicaciones electrónicas gubernamentales. El propósito de estas leyes es promover el principio fundamental de que los ciudadanos tienen derecho a acceder documentos de su gobierno, siempre y cuando sea compatible con la capacidad del gobierno para llevar a cabo sus funciones y respetando la privacidad de los funcionarios públicos

en temas privados. Aunque las leyes estatales de transparencia de Estados Unidos varían en cierto grado en los diferentes estados (cada uno de ellos tiene la soberanía para acceder a la información relacionada a su propio gobierno), hay una fuerte presunción a favor de la divulgación y una clara tendencia a favor de la divulgación pública de las comunicaciones del gobierno relacionadas con asuntos oficiales, ya sea estén en formato físico o electrónico, y sean o no enviadas o recibidas en el sistema informático del gobierno. Es decir, es el contenido y no el formato de la comunicación lo que determina si será sujeta al acceso público.

Mientras los gobiernos, al igual que los ciudadanos, dependen cada vez más de los nuevos medios de comunicación, es importante que se mantengan los principios de libertad de información que se han aplicado a los documentos tradicionales en formato papel. Como ha sostenido una opinión legal del estado de la Florida: “Es la naturaleza del registro, en lugar de los medios por los que ha sido creado, lo que determina si se trata de un registro público”. Por un lado, el correo electrónico es diferente del archivo tradicional de correspondencia o de los memorandos, porque una cuenta de correo electrónico de un funcionario público en general contiene información personal, así como también información vinculada al trabajo. Pero por otro lado, el principio que aquí se articula - que los correos electrónicos enviados o recibidos por empleados del gobierno deben ser revisados en respuesta a una petición bajo el principio de libertad de información y los contenidos que en su “naturaleza” sean asuntos públicos deben ser revelados - permite la protección de la privacidad personal, preservando el derecho público de acceder a las comunicaciones gubernamentales sobre asuntos públicos.

La Association of the Bar of the City of New York es una organización independiente y profesional compuesta por más de 23.000 miembros. Fundada en 1870 vinculada al movimiento de mejor gobierno en la Ciudad de Nueva York, que buscaba acabar

con la corrupción del gobierno de dicha municipalidad, la Association of the Bar of the City of New York tiene un compromiso de larga data con la libertad de información en los Estados Unidos y el extranjero. Un gobierno abierto y honesto es el sello distintivo de una democracia que funciona, y sólo puede lograrse a través del libre intercambio de información entre el gobierno y sus ciudadanos.

## **II. El acceso público a información en poder del gobierno es crítico para la transparencia y rendición de cuentas**

Al igual que su homólogo chileno, las leyes de transparencia estadounidenses son leyes a favor de la divulgación abarcando el principio fundamental que los ciudadanos tienen el derecho a acceder los documentos públicos de su gobierno, tomando en cuenta el deber del gobierno de trabajar en función de la ciudadanía. El gobierno federal de los Estados Unidos y cada uno de sus cincuenta estados constituyentes han promulgado alguna forma de ley de transparencia que proporcione acceso a documentos gubernamentales.

### *a. El Acta de la Libertad de Información (Freedom of Information Act)*

La ley federal estadounidense llamada Acta de la Libertad de Información (*Freedom of Information Act*, o “ALI”), 5 USC § 552, se convirtió en ley el 4 de julio de 1966. Desde entonces, el ALI ha demostrado ser cada vez más popular como medio para que el público acceda a los registros gubernamentales. “Cualquier persona” puede presentar una solicitud bajo el ALI, incluyendo ciudadanos estadounidenses, extranjeros, organizaciones, asociaciones y universidades. Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (el “DOJ”), los organismos federales recibieron 2.404.869 solicitudes individuales bajo el ALI entre los años

fiscales 2008 y 2011<sup>1</sup>. Con el fin de tener acceso a información de un organismo federal a través del ALI, el interesado sólo requiere tramitar una solicitud prescrita por dicha acta. Ahora, la mayoría de los organismos federales aceptan solicitudes del ALI por medio electrónico, incluyendo a través de internet, correo electrónico o fax.

Al asumir el cargo de Presidente de los Estados Unidos en 2009, el Presidente Barack Obama emitió dos memorandos abordando el tema de transparencia gubernamental y el ALI. El Presidente Obama anunció que su administración estaba “comprometida a crear un nivel de transparencia sin precedentes en el gobierno”, y prometió que su administración colaborará con el público “para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración”<sup>2</sup>. Elaborando sobre el propósito del ALI, el Presidente Obama declaró: “Una democracia requiere rendición de cuentas y rendición de cuentas requiere transparencia”<sup>3</sup>. Él citó la famosa sentencia del Juez Louis Brandeis que “supuestamente la luz del sol es el mejor de los desinfectantes”<sup>4</sup>. El Presidente Obama estableció una clara presunción para la administración del ALI: “En caso de duda, prevalece la apertura. El Gobierno no debe mantener información confidencial sólo para el caso que los funcionarios públicos puedan sentirse avergonzados por una divulgación, o que errores y fracasos puedan ser revelados, o debido a temores especulativos o abstractos. La decisión de no divulgar nunca debe basarse en el esfuerzo por proteger los intereses personales de los funcionarios públicos a expensas de

---

<sup>1</sup> Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “FOIA Data At A Glance [Data del ALI de Vista],” disponible en: <http://www.foia.gov/index.html>.

<sup>2</sup> Barack Obama, *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies* [Memorando para los jefes de departamentos ejecutivos y agencias], (sin fecha) disponible en: [http://www.whitehouse.gov/the\\_press\\_office/FreedomofInformationAct](http://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct).

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> *Idem.*

aquellos a quienes se supone que dichos funcionarios deban servir. Respondiendo a las solicitudes en virtud del ALI, las agencias del poder ejecutivo deben actuar con prontitud y con un espíritu de cooperación, reconociendo que esos organismos están al servicio del público”<sup>5</sup>.

*b. Leyes de transparencia estatales*

Del mismo modo, cada uno de los estados de los Estados Unidos ha promulgado leyes que rigen el acceso público a los registros gubernamentales. Estas leyes se refieren a veces como “leyes de registros públicos”. Como la ley federal, el ALI, las leyes de registros públicos estatales proporcionan una base amplia para fomentar transparencia gubernamental. Por ejemplo, la *Freedom of Information Law* (“FOIL”), la ley de transparencia del estado de Nueva York, declara explícitamente: “Por este acto la legislatura determina que una sociedad libre se mantiene cuando el gobierno es sensible y responsable ante el público, y cuando el público es consciente de las acciones gubernamentales. Cuanto más transparente es el gobierno con la ciudadanía, mejor es la comprensión y la participación del público en el gobierno”. N.Y. Public Officers Law § 84. Del mismo modo, un tribunal en el estado de Oklahoma señaló que: “Si una ciudadanía informada va a mantener una participación significativa en su gobierno, o por lo menos entender por qué se toman las decisiones gubernamentales que afectan la vida cotidiana, el proceso de tomar decisiones, así como los resultados finales, deben llevarse a cabo a la vista de los que son gobernados”. *Oklahoma Ass’n of Municipal Attorneys v. State*, 577 P.2d 1310, 1313-14 (1978).

**III. La ley de transparencia federal y las leyes de transparencia estatales prevén el acceso a las comunicaciones por correo electrónico**

La esencia de las leyes de transparencia en los Estados Unidos, ya sea federal o sean estatales, es que el público disfrute de un derecho de presunción de acceso a los registros

---

<sup>5</sup> *Idem.*

gubernamentales. El término “registro” se ha definido en términos generales en las leyes de transparencia de los Estados Unidos para abarcar las comunicaciones electrónicas. Esto refleja tanto el propósito fundamental de las leyes de transparencia –darle al público acceso a los documentos preparados y almacenados por el gobierno – como también que los asuntos públicos se llevan a cabo cada vez más a través de medios electrónicos. El hecho de que un correo electrónico sobre asuntos de gobierno pueda ser informal y corto, y puede que no refleje plenamente las posiciones de un organismo gubernamental, no modifica su naturaleza fundamental: es un registro creado o recibido por el gobierno y por lo tanto, debe ser presumiblemente a disposición del público.

La inclusión de correo electrónico en el ALI ha sido reconocida por los tribunales federales. *Ver, por ejemplo, Yonemoto v. Dep’t of Veterans Affairs*, 2012 WL 130339, en \*3 (9th Cir. 18 de enero de 2012) (revocando y reenviando una decisión de un tribunal inferior que declaraba que varios correos electrónicos solicitados que fueron remitidos de, y enviados a, cuentas electrónicas gubernamentales no estaban sujetos a divulgación bajo el ALI).

Del mismo modo, la tendencia dominante en las leyes de transparencia estatales es la divulgación de correos electrónicos que tratan asuntos públicos. En consecuencia, las leyes en varios estados estadounidenses prevén explícitamente el acceso a correos electrónicos destinados a, o escritos por, funcionarios públicos. *Ver, por ejemplo*, el Código Gubernamental del estado de California Sección 6252 (incluye correo electrónico en la definición de “escritura” del Acta); el Acta de Acceso Libre del estado de Maine (*Freedom of Access Act*) (incluye en la definición de “registro público” cualquier “compilación de data mecánica o electrónica de la cual se puede obtener información, directa o indirectamente, después de una traducción a una forma susceptible de comprensión visual o auditiva”), 1 M.R.S.A. Sección 402(3); el Acta de los

Registros Públicos Abiertos del estado de Nueva Jersey (*Open Public Records Act*) (incluye en su definición de “registro gubernamental” cualquier información almacenada o mantenida electrónicamente”), N.J.S.A. 47:1A-1.1; el Código Revisado del estado de Ohio Sección 149.011(A) y Sección 149.43(A) (indica que los correos electrónicos sean tratados de la misma manera que los registros en papel bajo la ley de registros abiertos); la Ley de Registros Públicos del estado de Oregón (*Public Records Law*) (indica que los correos electrónicos y archivos electrónicos sean tratados igual que los archivos y documentos en papel bajo la Ley de Registros Públicos), ORS 192.410(4)(a); el Estatuto Anotado del estado de Vermont (incluye el correo electrónico en la definición de “registro público”), 1 V.S.A. Sección 317(b) (Cum. Supp. 2008).

Mientras que las leyes de transparencia de algunos estados de los Estados Unidos no abordan explícitamente el tema de los correos electrónicos, esas leyes contienen definiciones suficientemente amplias para abarcar comunicaciones electrónicas y suelen ser interpretadas de forma tal de incluir correos electrónicos almacenados por organismos gubernamentales y que discuten asuntos gubernamentales.<sup>6</sup> La FOIL, por ejemplo, define el término “registro” de modo expansivo para incluir:

cualquier información almacenada, conservada, presentada, producida, reproducida por, con, o para un organismo o la legislatura estatal, en cualquier forma física, incluyendo, pero no limitado a, informes, declaraciones, exámenes, notas, opiniones, carpetas, archivos, libros, manuales, folletos, formularios, documentos, diseños, dibujos, mapas, fotos, cartas, microfilmes, cintas magnéticas o discos, normas, reglamentos o códigos.

FOIL Sección 86(4). El Consejo de Gobierno Abierto del estado de Nueva York, el cual está autorizado por ley a interpretar la FOIL,<sup>7</sup> ha emitido dictámenes que sostienen que las

---

<sup>6</sup> Ningún estado de los Estados Unidos ha excluido específicamente los correos electrónicos de la gama de registros sujeta a las leyes de transparencia.

<sup>7</sup> La FOIL creó el Consejo de Gobierno Abierto, el cual tiene la responsabilidad de proporcionar supervisión y asesoramiento con respecto a la FOIL, entre otras leyes. La FOIL dirige el Consejo de Gobierno Abierto a proporcionar asesoramiento a los organismos gubernamentales, el público



comunicaciones por correo electrónico están incluidas en la definición de “registro” del texto de la ley. Por ejemplo, en un caso sobre una solicitud de acceso a los correos electrónicos de los miembros de una junta escolar y funcionarios del distrito escolar, el Consejo de Gobierno Abierto informó que “las comunicaciones por correo electrónico entre los miembros de la junta o funcionarios del distrito se encuentran dentro del ámbito abarcado por la FOIL”. Advisory Opinion FOIL-AO-17045, Department of State of the State of New York, Committee on Open Government, 17 de marzo de 2008. *Ver también* Advisory Opinion FOIL-AO-15893, Department of State of the State of New York, Committee on Open Government, 6 de abril de 2006<sup>8</sup>; *Matter of Data Tree, LLC v. Romaine*, 9 N.Y.3d 454 (2007) (“La FOIL no diferencia entre los registros grabados en papel o por medio electrónico”); *Babigian v. Evans*, 104 Misc. 2d 140 (Sup. Ct. N.Y. Cnty. 1980) (“cada vez más se almacena información en computadores y el acceso a esa data no debe ser restringido sólo porque no se disponga de medio impreso”).<sup>9</sup>

---

y los medios de comunicación en forma de opiniones consultivas escritas u orales. Adicionalmente, el Consejo de Gobierno Abierto está obligado a emitir reglamentos y comunicar sus observaciones y recomendaciones al Gobernador y a la Legislatura del estado de Nueva York anualmente. *Ver* Department of State of the State of New York, The Committee on Open Government, disponible en: [http://www.dos.state.ny.us/coog/right\\_to\\_know.html](http://www.dos.state.ny.us/coog/right_to_know.html).

<sup>8</sup> Es importante notar, sin embargo, que a pesar de que la comunicación a través de correo electrónico es abarcada por la definición de “registro”, los correos electrónicos pueden ser todavía retenidos en su totalidad o en parte dependiendo de si entran en el ámbito de excepciones decretadas en la ley. Este informe discute estas excepciones con más detalle en la Sección V.

<sup>9</sup> La Oficina del Fiscal General del estado de la Florida comunicó el mismo punto en un dictamen declarando que: “Es el contenido del registro creado y no el medio por el cual se crea lo que determina si califica como un registro público. Por lo tanto, un correo electrónico redactado por un funcionario público relacionado a sus funciones oficiales es un registro público aunque fuese generado en un computador privado”. Advisory Legal Opinion – AGO 2008-07, Florida Office of the Attorney General, 26 de febrero de 2008. La ley de registros públicos de la Florida, Fla. Stat. § 119.011 (2008) define “registros públicos” en sentido amplio, y el dictamen confirma que “los mensajes de correo electrónico generados por funcionarios públicos u oficiales con relación al desempeño de sus cargos oficiales son registros públicos y están sujetos a divulgación en ausencia de una excepción.”

Es cierto que los archivos de correspondencia electrónica se diferencian de los archivos gubernamentales de correspondencia tradicionales y de los memorandos, bajo la luz de las leyes de transparencia, por la presencia de correos electrónicos personales intercalados entre las comunicaciones privadas de funcionarios públicos. Sin embargo, los tribunales estadounidenses que se han enfrentado al tema generalmente han adoptado un análisis equilibrado que reconoce que el funcionario goza de un derecho a la privacidad, pero también que el público tiene derecho a acceder a la información. Efectivamente, mientras que el gobierno trata la enorme mayoría de las solicitudes directamente con el ciudadano, cuando existe una controversia, los tribunales suelen examinar el contenido de cada correo electrónico que se encuentra en los archivos electrónicos correspondientes y han pronunciado que la correspondencia electrónica tratándose de un asunto público está sujeta a las leyes de transparencia.

Por ejemplo, *Griffis v. Pinal County*, 156 P.3d 418 (Ariz. 2007) involucró una solicitud de acceso a información presentada por un diario con respecto a una investigación de un administrador del condado que indebidamente compró rifles de francotirador y otros equipos con fondos públicos. El condado divulgó 706 correos electrónicos con respecto al tema, pero restringió otros correos porque eran “personales o confidenciales”. *Idem* en 420. En la apelación, la Corte Suprema del estado de Arizona evaluó si los correos electrónicos almacenados en un sistema gubernamental deben ser divulgados al público. La Corte Suprema reconoció que la ley del registro público crea una presunción fuerte a favor de la divulgación y que “varios correos electrónicos generados o almacenados en un sistema del gobierno son registros públicos porque se relacionan a los asuntos gubernamentales”. *Idem* en 422. Sin embargo, la Corte Suprema también reconoció que no todos los correos electrónicos grabados en un sistema informático del

gobierno clasifican automáticamente como registros públicos, debido a que algunos documentos puedan referirse únicamente a cuestiones personales y, por lo tanto, no reflejan ninguna actividad gubernamental. *Idem*. Así, por ejemplo, artículos personales, como “una lista de compras escrita por un funcionario público mientras que está en el trabajo, una comunicación para programar una cena de familiar, o las calificaciones de un hijo” no deben ser temas para divulgación<sup>10</sup>. *Idem* en 421. La Corte Suprema sentenció que el procedimiento correcto para que un tribunal determine si un documento en disputa es un registro público o es exclusivamente “personal o confidencial” es llevar a cabo una revisión del documento *in-camera*. *Idem* en 422. Es importante destacar que la Corte Suprema concluyó explícitamente que los documentos que poseen “el nexo necesario con los cargos oficiales que se requiere de todos los registros públicos” deben ser revelados. *Idem* en 423.

En el caso *Media Research Center v. U.S. Department of Justice*, se empleó un enfoque similar bajo la ley federal. En este caso, los demandantes presentaron una demanda contra el Departamento solicitando la divulgación de correos electrónicos entre la antigua Procuradora General de los Estados Unidos, Elena Kagan, y miembros de su personal. 2011 WL 4852224 (D.D.C. 13 de octubre de 2011). Aunque el gobierno produjo varios correos electrónicos, el tribunal estuvo de acuerdo con el Departamento que la Sra. Kagan podía restringir cierta correspondencia que fue “usada exclusivamente para fines personales” aunque haya sido creada a través del uso de un sistema gubernamental de correo electrónico, porque “no fue invocada por el [Departamento] en el desempeño de su cargo oficial”. *Idem*.

Queremos también notar, sin embargo, que en algunos estados los tribunales han estado dispuestos a tomar un paso más y concluir que hasta los correos electrónicos personales

---

<sup>10</sup> La Sección V de este informe, que sigue, discute excepciones a divulgación en más detalle.

están sujetos a divulgación si se encuentran en los sistemas informáticos gubernamentales. La Corte Superior del estado de California en *Holman v. City of San Diego*, 2003 WL 21509055 (Cal. App. 2 julio de 2003), analizó si ciertos correos electrónicos de la Municipalidad de San Diego deberían ser divulgados conforme a una solicitud de una revista pidiendo los correos electrónicos relacionados a un artículo sobre el antiguo gabinete de prensa del alcalde de San Diego. La Municipalidad intentó impedir la divulgación alegando que permitiría que se invada la privacidad de los interesados. El Tribunal ponderó el interés de mantener la privacidad contra el interés del público a acceder a la información, y sentenció que los correos electrónicos deben ser divulgados. *Idem* en \*7. Al llegar a esta conclusión, el Tribunal notó que “varios tribunales han concluido, en diferentes contextos, que personas que usan correo electrónico para comunicar no gozan de ninguna expectativa razonable de privacidad sobre dichas comunicaciones” y que “los correos electrónicos retenidos por algún organismo local devienen registros gubernamentales”. *Idem* en \*7.

El Tribunal del Distrito del estado de Nevada tomó una posición similar con respecto a la solicitud para correos electrónicos generados por la Junta Directiva del Distrito Escolar del Condado Clark. *Gray v. Clark Cnty. Sch. Dist.*, No. A543861 (Nev. Dist. Ct. 12 de febrero de 2009) (proveído de trámite). El Tribunal sentenció que “correos electrónicos transitorios y personales que fueron creados o recibidos por funcionarios [públicos] y/o oficiales y almacenados o almacenados dentro de un sistema informático gubernamental, pueden ser clasificados como ‘registros públicos’ sujetos a revisión abierta si fueron hechas en el desempeño de un cargo público. Un ejemplo de tal comunicación que sería sujeta a inspección abierta y pública podría ser correos electrónicos transitorios almacenados entre dos oficiales

gubernamentales que se ponen de acuerdo a cenar en un lugar independiente del trabajo para discutir asuntos de [la junta directiva del distrito escolar]”. *Idem* en 7.

#### **IV. Correos electrónicos recibidos o enviados por funcionarios públicos a través de una cuenta privada pueden estar sujetos al escrutinio público, bajo ciertas circunstancias**

Cada vez es más común que los funcionarios públicos usen cuentas de correo electrónico y teléfonos celulares privados para llevar a cabo sus tareas públicas. Frente a la solicitud de correos electrónicos de cuentas privadas de los funcionarios gubernamentales, varios estados han determinado que las comunicaciones relacionadas con funciones oficiales - ya sea de una cuenta personal o del gobierno - son documentos públicos y deben ser accesibles al público. Al igual que los correos electrónicos en cuentas públicas, el criterio de análisis de correos en cuentas privadas ha sido si el correo electrónico incluye asuntos públicos.

Por ejemplo, el Consejo de Gobierno Abierto de Nueva York, en un dictamen, analizó si el uso de una cuenta de correo electrónico privada por parte de un concejal municipal para realizar tareas relacionadas con su función pública, estaba protegido por el derecho de privacidad. *Ver* Advisory Opinion FOIL-AO-15893, Department of State of the State of New York, Committee on Open Government, 6 de abril de 2006. El Consejo de Gobierno Abierto señaló que no es necesario que un organismo gubernamental esté en posesión física de los materiales documentales para que constituyan “registros públicos”. Mientras sean preparados, guardados o enviados para un organismo gubernamental, constituyen “registros públicos”. Citando a la Corte de Apelaciones de Nueva York (el más alto tribunal de Nueva York), la opinión señaló:

La definición legal de “registro” no hace mención del propósito al que está relacionada. Esta conclusión concuerda con el espíritu y la letra de la ley. Porque

no sólo los límites de la expansión de la actividad gubernamental son cada vez más difíciles de marcar, sino que la superposición de las actividades gubernamentales y no gubernamentales es considerable, sobre todo cuando ambas son llevadas a cabo por las mismas personas.

*Idem.*, citando *Westchester-Rockland Newspapers v. Kimball*, 50 N.Y.2d 575, 581 (1980). El Consejo de Gobierno Abierto recomienda que “el correo electrónico no es más que un medio de transmisión de la información”, y “deben ser tratados de la misma manera que los registros en formato papel tradicional con el fin de” la FOIL, independientemente de si el correo electrónico está en una cuenta pública o privada.

En otro dictamen, el Consejo de Gobierno Abierto examinó la política de la junta escolar de considerar que la “mayoría” de los correos electrónicos de los miembros del Consejo está fuera de la definición de “registro público”. Advisory Opinion FOIL-AO-17045, Department of State of the State of New York, Committee on Open Government, 17 de marzo de 2008. El Consejo de Gobierno Abierto rechazó la política de la junta escolar, señalando que “el correo electrónico guardado, transmitido o recibido por un miembro de la junta o empleado del distrito escolar relacionado con el desempeño de sus funciones está sujeto a la [FOIL], incluso si el funcionario utiliza su dirección de correo electrónico privada y su propio computador”. Cuando los funcionarios gubernamentales se comunican entre sí por escrito “en su calidad de funcionarios públicos, cualquiera de estas comunicaciones constituyen registros públicos que se encuentran en el marco de la [FOIL]”. *Idem.*

En otros estados, los Fiscales Generales han emitido dictámenes similares<sup>11</sup>. El Fiscal General del estado de la Florida, por ejemplo, ha declarado que: “Es la naturaleza de los registros

---

<sup>11</sup> Aunque la mayoría de las autoridades ha encontrado que el contenido del correo electrónico, no su origen, determina si se encuentra o no protegido por el derecho a la privacidad, una minoría de opiniones y decisiones judiciales estatales sostiene que las comunicaciones realizadas en equipos de propiedad privada y almacenadas en servidores de propiedad privada no pueden

creados, y no el medio por el que se crean, lo que determina si se trata de un registro público. Por lo tanto, un correo electrónico creado por un funcionario público en relación con sus funciones oficiales es un registro público más allá de que se haya creado en un computador público o de propiedad privada”. Advisory Legal Opinion – AGO 2008-07, Florida Office of the Attorney General, 26 de febrero de 2008. Por otro lado, el Fiscal General de Oklahoma declaró que las comunicaciones electrónicas que califican como registros están sujetas al Acta de Registros Abiertos del estado de Oklahoma (*Open Records Act*). Advisory Opinion 2009 OK AG 12, 13 de mayo de 2009. El Fiscal General observó que:

la definición amplia del término “registro” no basa distinción alguna sobre quién es dueño o quién paga por un dispositivo de comunicación y los servicios asociados a él; por el contrario, el Acta de Registros Abiertos apunta a quién crea, recibe, controla o posee un registro...y al contexto en el que fue creado o recibido....Por lo tanto, una comunicación que corresponde con la definición de registro del Acta de Registros Abiertos escapa al derecho de propiedad privada, independientemente de si fue creada o recibida en un dispositivo de comunicación electrónica de propiedad pública o privada, a menos que alguna disposición de la ley permita su confidencialidad.

*Idem.*

El tribunal en *Mollick v. Township of Worcester*, 32 A.3d 859 (Pa. Cmwlt. 2011), adoptó el mismo enfoque. Al reenviar el caso al oficial de registros de la municipalidad para una determinación objetiva de la naturaleza de los correos electrónicos, el tribunal señaló que:

---

constituir “registros públicos”. *Ver, por ejemplo*, Opinion 2002-001, Kansas Attorney General, 3 de enero de 2002, disponible en: <http://ksag.washburnlaw.edu/opinions/2002/2002-001.htm> (“[s]i el correo electrónico no se envía, mantiene o guarda por el organismo de gobierno, sino que ha sido enviado, mantenido o guardado sola e individualmente por los miembros de la comisión de la ciudad, no es un ‘registro público’.”); *Tracy Press, Inc. v. Superior Ct.*, 164 Cal. App. 4th 1290 (2008) (se niega a revisar la decisión del tribunal inferior que los correos electrónicos de un concejal de la municipalidad que no están preparados, ni son de propiedad, ni son utilizados o retenidos por el gobierno local no son “registros públicos” en base al Acta de Registros Públicos del estado de California).

Independientemente de si los supervisores utilizaron computadores personales o cuentas personales de correo electrónico, si dos o más supervisores de la municipalidad intercambiaron correos electrónicos que documentan una transacción o actividad de la municipalidad, y que han sido creados, recibidos o conservados en relación con una transacción o actividad de la municipalidad, entonces los supervisores podrían haber estado actuando en nombre de la municipalidad, y los correos podrían ser catalogados “registros” “del municipio”. Como tal, todos los correos electrónicos que encuadran bajo la definición de “registro” de la *RTKL (Right-to-Know-Law* o Ley Sobre el Derecho a la Información), incluso si están almacenados en los computadores personales de los supervisores o en sus cuentas de correo electrónico personales, sería registros de la municipalidad.

*Idem.* en 872-73.

Se ha considerado, incluso, que los mensajes de texto caen dentro del ámbito de aplicación de las leyes de transparencia de la información cuando se refieren a asuntos públicos. Por ejemplo, a finales de 2007, surgieron acusaciones de que el alcalde de la Ciudad de Detroit, Michigan, estaba involucrado en un escándalo relacionado con su conducta, incluyendo supuestamente una relación amorosa con un miembro del personal. El alcalde había negado previamente el asunto bajo juramento, pero la prensa local descubrió que los mensajes de texto del alcalde demostraban dicha relación. Un periódico local solicitó la divulgación de los mensajes de texto. En *Detroit Free Press v. City of Detroit*, 744 N.W.2d 667 (Mich. 2008), la Corte Suprema del estado de Michigan sostuvo que los mensajes de texto eran “registros públicos” dentro de la definición del Acta de Libertad de Información de Michigan (*Freedom of Information Act*). *Idem.* En septiembre de 2008, el alcalde, Kwame Kilpatrick, se declaró culpable de dos cargos de obstrucción a la justicia. El caso, que costara a los contribuyentes de



Detroit más de US\$8 millones, llevó a la destitución del Sr. Kilpatrick como alcalde y un Premio Pulitzer para el diario Detroit Free Press<sup>12</sup>.

**V. Los correos electrónicos que califiquen como registro público pueden ser reclusos del acceso público si caen bajo alguna excepción reconocida<sup>13</sup>**

Es importante señalar que la calificación de mensajes de correo electrónico como registros públicos sujetos a las leyes de transparencia no significa que cada correo relacionado a asuntos públicos será, en última instancia, objeto de divulgación. El acceso del público puede ser restringido en caso de que el correo electrónico califique bajo una de las diversas excepciones reconocidas por las leyes de transparencia estatales y la ley federal<sup>14</sup>. Aunque el número y tipo

---

<sup>12</sup> *Ver también, Flagg v. City of Detroit*, 252 F.R.D. 346 (E.D. Mich. 2008) (donde se sostuvo que el demandante tiene derecho a solicitar la producción por orden judicial de ciertos mensajes de texto y que la ciudad, la contraparte, no puede argumentar que los mensajes de texto están fuera de su control, ya que tiene una relación continua con el tercero proveedor del servicio de mensajes de texto, y que “no hay duda de que... por lo menos algunos de los mensajes de texto Skytel entran en la definición legal de “registro público”, en la medida en que capturan las comunicaciones entre los funcionarios de la municipalidad o de los trabajadores en ‘el desempeño de una función oficial’”) (citas omitidas).

<sup>13</sup> Cuando el documento solicitado contiene información que es objeto de divulgación, así como información que cae dentro de una excepción, los tribunales de los Estados Unidos han adoptado la práctica de restringir la información que no está sujeta a divulgación y ordenar la divulgación de todo lo demás. *Ver, por ejemplo, Yonemoto v. Dep’t of Veterans Affairs*, 2012 WL 130339, en \*4 (9th Cir. 18 de enero de 2012) (“Una agencia gubernamental podrá retener sólo la información a la que se aplica la excepción, por lo que debe proporcionar al solicitante las partes que sean ‘razonablemente separables’ de dicha excepción.”); *Gannett Vermont Publishing Incorporated v. City of Burlington*, No. 628-9-07 (Vt. Super. Ct., Washington Cnty., 6 de octubre de 2008) (sostuvo la decisión de no divulgar información sujeta a las excepciones de confidencialidad de intimidad personal y secreto profesional); *Griffis v. Pinal County*, 156 P.3d 418, 422 (Ariz. 2007) (ordenando al tribunal de primera instancia que lleve a cabo una revisión *in camera* de los documentos en supuestos que contienen información personal para determinar qué partes podrían ser adecuadamente redactadas bajo la excepción de información personal).

<sup>14</sup> Una agencia que retenga o censure documentos públicos que de otra manera estarían sujetos a divulgación debe preparar un índice *Vaughn (Vaughn v. Rosen)*, 484 F.2d 820 (D.C. Cir. 1973)) que identifica cada documento retenido, describe su contenido lo más detalladamente posible, y da una explicación pormenorizada de por qué cada documento cae en determinada excepción. *Ver, por ejemplo, Yonemoto v. Dep’t of Veterans Affairs*, 2012 WL 130339, en \*10 (9th Cir. 18

de estas excepciones varían de estado a estado, en la mayoría de los estados y la ley federal generalmente son reconocidas como excepciones a la divulgación, la información personal, los registros médicos e información similar, los archivos activos de investigación de los agentes del orden público, y los correos sujetos al privilegio de secreto profesional derivado de la relación cliente-abogado (que protege la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes).

## CONCLUSIÓN

La Association of the Bar of the City of New York ha resumido en esta presentación las principales líneas de interpretación de la ley federal y las leyes estatales de libertad de información en los Estados Unidos en lo referente a comunicaciones electrónicas, y, al mismo tiempo, el propósito del sistema estadounidense de promover el principio fundamental de que los ciudadanos tienen derecho a acceder a documentos de su gobierno, sin afectar la capacidad del gobierno para llevar a cabo sus funciones ni el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos. Como se ha argumentado, la ley federal y las leyes estatales de transparencia de los Estados Unidos varían en cierto grado en todo el país, pero hay una fuerte presunción a favor de la divulgación de comunicaciones electrónicas y una clara tendencia a favor de la divulgación pública de las comunicaciones del gobierno relacionadas con asuntos oficiales, sean o no guardadas, enviadas o recibidas en el sistema informático del gobierno. Pedimos respetuosamente al Tribunal Constitucional de Chile que reconozca principios y procedimientos similares. El resultado ayudará a establecer un marco de acceso justo y equilibrado a la información en Chile y resaltará el reconocimiento por parte del Tribunal

---

de enero de 2012). No es necesario que el índice *Vaughn* “ventile los hechos que pudieran socavar el propósito mismo de su retención”, pero “debe revelar tantos detalles como sea posible en cuanto a la naturaleza del documento, sin revelar la información que merece protección”.  
*Idem.*

Constitucional de la importancia del acceso a la información como base para un gobierno democrático y honesto.

La Republica de Chile ha desarrollado una reputación regional y mundial de compromiso con la democracia y el buen gobierno. En diversas áreas ha servido de ejemplo internacional ayudando a definir el buen funcionamiento de mercados, el desarrollo de pensiones privadas obligatorias, desarrollando así los mercados de capitales internos y creando mayor seguridad social, y el compromiso con crear una sociedad reglamentada por ley. La realidad en el mundo de hoy es que los países aprenden de las experiencias recíprocas. En este caso, Chile tiene la oportunidad de servir como ejemplo en Latinoamérica demostrando los beneficios fundamentales que son posibles cuando se aplican correctamente leyes de transparencia sólidas.

Fecha: Nueva York, Nueva York, Estados Unidos de América  
El 2 de abril de 2012

En nombre de Simpson Thacher & Bartlett  
LLP  
/firma/ S. Todd Crider  

---

S. Todd Crider  
Socio

En nombre de la Association of the Bar of the  
City of New York  
/firma/ Jonathan Donnellan  

---

Jonathan Donnellan  
Presidente del Comité sobre Derecho  
Relacionado a Comunicaciones y Prensa

David McCraw, Esq.

/firma/ David McCraw  

---