

Entidad pública: Ejército de Chile

DECISIÓN AMPARO ROL C6439-22

Requirente: Rafael Harvey Valdés

Ingreso Consejo: 15.07.2022

RESUMEN

Se acoge el amparo interpuesto en contra del Ejército de Chile, ordenando la entrega de las hojas de vida y calificaciones de la funcionaria consultada.

Lo anterior, fundado en que la función pública, debe ejercerse con probidad y transparencia, lo que conlleva el cumplimiento de una obligación elevada a rango constitucional de transparentar las actuaciones de los funcionarios de los órganos de la Administración del Estado ante la ciudadanía. Adicionalmente, se trata de información que obra en poder del órgano, acerca del desempeño funcionario, respecto de la cual, se desestimó que su divulgación afecte los derechos de la persona consultada.

En virtud del principio de divisibilidad consagrado en la Ley de Transparencia, se deberán tarjar sólo los datos personales de contexto y sensibles, así como las sanciones efectivamente prescritas o cumplidas, ello en conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Protección de la Vida Privada, y en cumplimiento de la atribución otorgada a este Consejo por la Ley de Transparencia.

Aplica criterio contenido en decisiones de amparos roles C1366-18, C2010-17, C2089-17, C3046-17/C3047-17, C3244-17, C1241-18, C1366-18, C5933-18, C1005-19, C2831-19/C2832-19, C3662-19, C3875-20 y C5507-20, entre otras.

Hay voto disidente del Consejero don Francisco Leturia Infante, quien fue partidario de rechazar el amparo solo en lo referido a la información sobre licencias médicas, por cuanto, a diferencia del voto mayoritario, estima que respecto de los antecedentes referidos a licencias médicas concurre la causal de reserva de afectación de derechos de terceros, ya que, por su carácter de datos sensibles, su publicidad afecta el derecho a la protección de los datos personales y la vida privada, conclusión que debe aplicarse sin distinguir entre funcionarios públicos y privados.

En sesión ordinaria N° 1328 del Consejo Directivo, celebrada el 20 de diciembre de 2022, con arreglo a las disposiciones de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, en adelante, Ley de Transparencia, aprobada por el artículo primero de la Ley N° 20.285 de 2008, el Consejo para la



Transparencia, en adelante indistintamente el Consejo, ha adoptado la siguiente decisión respecto de la solicitud de amparo al derecho de acceso a la información Rol C6439-22.

VISTO:

Los artículos 5º, inciso 2º, 8º y 19 Nº 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la ley Nº 20.285, sobre acceso a la información pública y de la ley Nº 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; lo previsto en el decreto con fuerza de ley Nº 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado; y los decretos supremos Nº 13, de 2009 y Nº 20, de 2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el reglamento del artículo primero de la ley Nº 20.285, en adelante e indistintamente, el Reglamento, y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 31 de mayo de 2022, don Rafael Harvey Valdés solicitó al Ejército de Chile la siguiente información: *“Copia simple de las hojas de vida y calificaciones de la Mayor (...), Run (...) respecto de los últimos tres periodos de calificaciones, esto es: desde junio 2019 a la fecha de esta petición.*

En caso de denegarse por parte de la Oficial, y en consecuencia extenderse el proceso de entrega de información, solicito me sea entregada con las anotaciones vigentes hasta la fecha en que se disponga la entrega por parte del Consejo para la Transparencia”.

- 2) **RESPUESTA:** El 24 de junio de 2022, a través de Oficio JEMGE DETLE A.J. (P) Nº6800/5611, el Ejército de Chile respondió al requerimiento, indicando que, en cumplimiento a lo establecido por el artículo 20 de la Ley de Transparencia, se notificó a la Oficial Jefe consultada sobre la solicitud de acceso a la información, recibándose al email institucional, la respuesta negativa a proporcionar la información solicitada emitida a nombre de ella por su hermano, en consideración al estado de salud y emocional que le afecta a la funcionaria desde hace un tiempo, teniendo por prescripción



médica prohibido tomar conocimiento y ser notificada de cualquier asunto relacionado con el servicio. Indica que concurre además a la negativa, según lo argumentado por el hermano, el "*desconocimiento del uso y/o publicidad que el peticionario pueda darle a esa información, la que podría afectar gravemente su estabilidad psicoemocional dentro del proceso de recuperación en que se encuentra, y sobre todo considerando que ello podría afectar alguno de sus derechos garantizados constitucionalmente*". Hace presente que el hermano aduce ser quien, por las razones médicas señaladas, tiene a su cargo la administración del correo electrónico de la Mayor consultada.

Señala que, en consecuencia estimando la Institución que la Hoja de Vida y Calificaciones constituyen documentos que contienen información oficial y personal que están fuera del ámbito público, que forman parte del proceso disciplinario de carácter reservado que es privativo y para finalidades propias de la función militar de la Institución, teniendo presente, además, la oposición manifestada, por razones de fuerza mayor, en la forma y por el intermedio excepcional antes descrito y, habida consideración a la naturaleza sensible de los datos referidos al estado de salud y tratamiento a que se encuentra sometida la Mayor consultada, contenidos en el documento de oposición antes referido, los que conforme a lo establecido por el inciso 2º del artículo 8, en concordancia con el artículo 19, N° 4, ambos de la Constitución Política de la República, son secretos o reservados quedando en consecuencia excluidos de publicidad y, teniendo a su vez presente, lo dispuesto por el artículo 2, letra g), de la Ley N° 19.628, y configurándose en la especie las causales del artículo 21, N° 2 y N° 5, de la Ley de Transparencia, se deniega la información solicitada.

Finalmente, indica dejar especial constancia para el evento de ser requerido, en la instancia correspondiente, por este Consejo, el correo de oposición u otros antecedentes médicos, le serán proporcionados y/o exhibidos a esta Corporación para el solo efecto de tenerlos a la vista, debiendo igualmente para ello observarse el debido secreto o reserva.

- 3) **AMPARO:** El 15 de julio de 2022, don Rafael Harvey Valdés dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del señalado órgano de la Administración del Estado, fundado en la respuesta negativa a la solicitud por oposición de la tercera interesada. Además, el reclamante hizo presente que: "*Resulta cuestionable que se exponga que la denegación de la hoja de vida la haga un tercero, sin mandato alguno y por correo electrónico*".
- 4) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de esta Corporación acordó admitir a tramitación este amparo, confirmando traslado al Sr. Comandante En Jefe del Ejército de Chile, mediante Oficio E16856, de 14 de septiembre de 2022, solicitando que: (1º) aclare si quien actuó en representación de la tercera interesada acompañó poder de representación respecto de aquella, en los términos del



artículo 22 de la Ley N° 19.880, (2º) se refiera, específicamente, a las causales de secreto o reserva que, a su juicio, harían procedente la denegación de la información reclamada; (3º) explique cómo lo solicitado afectaría los derechos de la tercera; (4º) indique si procedió de conformidad a lo estipulado en el artículo 20 de la Ley de Transparencia; (5º) de haber procedido conforme al artículo 20 de la Ley de Transparencia, señale si la tercera eventualmente afectada presentó su oposición a la solicitud que motivó el presente amparo y, en la afirmativa, acompañe todos los documentos incluidos en el procedimiento de comunicación a la tercera, incluyendo copia de la respectiva comunicación, de los documentos que acrediten su notificación, de la oposición deducida y de los antecedentes que den cuenta de la fecha en la que ésta ingresó ante el órgano que usted representa; y, (5º) proporcione los datos de contacto -por ejemplo: nombre, dirección, número telefónico y correo electrónico-, de la tercera involucrada, a fin de evaluar una eventual aplicación de lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento.

Mediante Oficio JEMGE DETLE A.J. (R) N°1000/41363, del 15 de agosto de 2022, el órgano reclamado formuló descargos, en los que, en síntesis, manifestó que el recurrente cuestiona que la denegación de la Hoja de Vida de la Mayor consultada la efectúe a su nombre su hermano, sin acompañar mandato alguno y por correo electrónico, al respecto, reitera lo sostenido en la respuesta acerca de la notificación efectuada a la casilla electrónica de la tercera interesada registrada en la Institución, pese a lo cual, efectivamente respondió a nombre de la Mayor su hermano, por correos electrónicos, haciendo presente que lo hace en razón de que su hermana se encuentra con prescripción de fármacos que le impiden responder y en una situación médica de "no notificable", señalando que es él quien le administra su correo electrónico, en tanto subsista dicha situación de postración.

Hace presente que por el numeral 4 de la respuesta a la solicitud de información pública N° ADO06T-0009469, del 30 de mayo de 2022, formulada también por el solicitante del presente caso y relacionada igualmente con la misma Oficial Jefe, se le señaló que "*entre otros aspectos relacionados con la salud de la Mayor (...) no es susceptible de ser notificada de resoluciones administrativas*".

Agrega que, el detalle del diagnóstico de riesgo de la salud de la referida Oficial Jefe se encuentra desarrollado en el oficio DIVPER 11/3 (R) N° 1000/28234, del 24 de junio de 2022 y en el Informe Médico que como Anexo a dicho documento se acompaña, en el que entre otras prescripciones clínicas se establece la limitación señalada en el párrafo anterior. Indica que los documentos mencionados se encuentran protegidos de publicidad por el artículo 12 de la Ley N° 20.584, que "*Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud*", en relación con la letra g) del artículo 2 de la Ley N° 19.628.



En consecuencia, estima que aparece del todo evidente y constituye una circunstancia concurrente de fuerza mayor y del todo imposible de cumplir por parte de la Institución el haberle exigido a la Oficial Jefe, en las condiciones de salud que se encuentra, que extendiera un mandato o poder a favor de su hermano o de cualquier tercero en los términos del artículo 22 de la Ley N° 19.880. Baste considerar que el sólo intento de notificar el derecho de oposición fue calificado por el hermano como una gestión grave e inaceptable por parte de la Institución atendida las condiciones de salud de su hermana.

Tratándose de los datos de contacto de la tercera interesada, manifiesta que el único dato de contacto con la Mayor consultada y haciendo especial advertencia de la prevención y reserva en cuanto al impedimento médico de tomar contacto con ella, es el correo electrónico que se indica. El de su hermano, en cuanto él declara ser el administrador del correo de la Oficial Jefe, es el mismo antes indicado, y el fono es el que se señala.

Por otra parte, y en lo que dice relación con el contenido y entrega de la Hoja de Vida, señala que en la presente situación estamos frente a la alegación de una afectación de derechos de carácter personal de la Oficial Jefe, respecto de lo cual, y como lo ha sostenido la reiterada jurisprudencia de este Consejo y de los tribunales, la Institución carece de legitimación activa para hacerse parte.

Por consiguiente, estima que en la presente situación la entrega de las Hojas de Vida sin contar con la voluntad de la Mayor y careciendo la Institución de acuerdo al párrafo 3º del numeral 2.4 de la Instrucción General N° 10 de la capacidad y atribución "*para analizar la pertinencia o calidad de la fundamentación de la negativa del tercero*", entendiéndose por tal a lo expresado por el hermano de la Mayor, deja en total indefensión los derechos de la mencionada Oficial Jefe, máxime cuando si se considera, además, que el hermano desconoce el contenido de las Hojas de Vida.

Distinto, es el interés irrenunciable de la Institución en que en la presente situación no se vaya a vulnerar de modo alguno la garantía constitucional a la integridad física y psíquica de la Mayor consultada consagrada en el artículo 19, N° 1, de la Carta Fundamental.

Por los motivos anteriores, sugiere a este Consejo la posibilidad de recurrir en este caso a la institución doctrinaria del test de daño, para lo cual se hace entrega de copia de la Hoja de Vida de los tres últimos períodos calificadorios que es lo que el recurrente solicita, esto es, desde junio 2019 a la fecha de la solicitud de información pública.

Considera, además, que, para una adecuada evaluación y aplicación del test de daño, pudiera este Consejo consultar o solicitar al reclamante se pronuncie fundamente cual es el interés público que le anima para contar con dicho documento, que para la Institución no es posible advertir del análisis de su contenido y que sea de tal magnitud



que pueda incluso con su publicidad poner en riesgo la afectación personal de la Oficial Jefe.

- 5) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DE LA TERCERA INTERESADA:** De conformidad a lo prescrito en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, el Consejo Directivo de esta Corporación, acordó dar traslado del amparo a la tercera interesada, mediante Oficio E18897, de 29 de septiembre de 2022.

A través de correo electrónico de fecha 13 de octubre de 2022, la tercera interesada manifestó que: *“me niego rotunda y tajantemente a la entrega de las copias de mis hojas de vida y calificaciones y/o cualquier antecedente que requiera el Sr. Harvey respecto de mi persona, en consideración a que desconozco quién es él, para qué necesita mis antecedentes personales, qué uso le dará y cuál es la finalidad de ese requerimiento. Agrego a lo anterior, que yo autoricé a mi hermano, para que en mi nombre, se negara al acceso de la información que dicho Sr. Harvey solicitó. Mi negativa, es, aparte de lo planteado precedentemente, que en la actualidad estoy en un proceso de recuperación de mi salud y su insistencia afecta negativamente al avance en mi proceso. Mis hojas de vida y calificaciones, contienen información de carácter personal que están fuera del ámbito público, datos sensibles referidos a mi estado de salud y el tratamiento médico al que me encuentro en la actualidad”*.

Por lo anterior, y en conformidad con el inciso 2° del artículo 8 en concordancia con el artículo 19, N° 4, ambos de la Constitución Política de la República, son secretos o reservados, quedando en consecuencia excluidos de publicidad y, teniendo a su vez presente, lo dispuesto en el artículo 2, letra g), de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, es que: *“me niego una vez más a que mis hojas de vida y calificaciones de cualquier periodo, incluso el traspaso de las anotaciones allí contenidas a cualquier formato oficial o manuscrito, fotografías, o lo que fuere, le sean entregadas al Sr. Harvey”*.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que, el objeto del presente amparo dice relación con la falta de entrega de la información requerida, correspondiente a las hojas de vida y calificaciones de la funcionaria que se indica. Al respecto, el organismo denegó su entrega, en virtud de la oposición deducida -a través de un tercero- por la Mayor consultada, en aplicación de lo previsto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia.
- 2) Que, respecto de las hojas de vida y calificaciones requeridas, este Consejo ha sostenido de manera reiterada en las decisiones de amparos Roles C2010-17, C2089-17, C3046-17/C3047-17, C3244-17, C1241-18, C1366-18, C5933-18, C1005-19, C2831-19/C2832-19,



C3662-19 y C3875-20, entre otras, que constituye información de naturaleza pública en conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución Política de la República y los artículos 5 y 10 de la Ley de Transparencia. Lo anterior, por cuanto, ha sido elaborada con recursos públicos y da cuenta de forma pormenorizada del desarrollo de la carrera funcionaria del personal de una institución y sirven de base a los respectivos procesos de calificación. En efecto, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 79 del decreto con fuerza de ley N° 1, año 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas –en adelante D.F.L. N° 1/1997-, *“La hoja de vida es el documento que contiene un registro cronológico de todas las actuaciones del personal que incidan directamente en su desempeño durante el correspondiente período de calificación. En ella se efectuarán tanto las anotaciones de mérito como de demérito que lo afecten, como asimismo las que correspondan a su vida funcionaria, tales como, feriados, licencias, comisiones de servicio, resoluciones recaídas por investigaciones sumarias administrativas y sentencias definitivas en causas civiles y criminales. Podrá contemplar también todo otro antecedente que se considere útil para la posterior evaluación del personal, siempre que corresponda al período de calificación de que se trate”*.

- 3) Que, a su turno, cabe señalar que este Consejo ha razonado que atendido el tipo de función que desempeñan los servidores públicos están sujetos a un nivel de escrutinio de una entidad mayor, lo que supone un control social más intenso respecto de sus antecedentes profesionales. Luego, y en base a la referida premisa ha ordenado la entrega de instrumentos de medición de desempeño, registros de asistencia, currículum vitae, liquidaciones y otros similares, de funcionarios. Sobre este punto, y a mayor abundamiento, cabe recordar que la función pública, según lo establecido en los artículos 8 de la Constitución Política de la República y 3 de la Ley de Transparencia, debe ejercerse con probidad y transparencia, favoreciendo el interés general por sobre los intereses particulares, lo que conlleva el cumplimiento de una obligación, elevada a rango constitucional, de transparentar las actuaciones de los empleados de los órganos de la Administración del Estado ante la ciudadanía, por el solo hecho de ser tales y encontrarse al servicio de la misma. Razones por las cuales la información requerida es pública, procediendo su entrega salvo en los casos en los que se verifique alguna de las causales de reserva o secreto.
- 4) Que, en este sentido, la tercera interesada ha manifestado en esta sede su oposición a la entrega de la información, explicando que en consideración a que desconoce quién es el solicitante, para qué necesita los antecedentes, qué uso les dará y cuál es la finalidad de su requerimiento, a lo que agrega el estar en un proceso de recuperación de salud y la insistencia del requirente afecta negativamente el avance, considerando que sus hojas de vida y calificaciones contienen información de carácter personal que están fuera del ámbito público, datos sensibles referidos a su estado de salud y el tratamiento médico al que se encuentra sometida en la actualidad. Por lo anterior, y en conformidad con los



artículos 8, inciso segundo, y 19, N° 4, de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 2, letra g), de la Ley N° 19.628, se niega a la entrega de sus hojas de vida y calificaciones de cualquier periodo, incluso el traspaso de las anotaciones allí contenidas a cualquier formato oficial o manuscrito, fotografías, o lo que fuere, le sean solicitadas.

- 5) Que, en este punto, cabe tener presente que el criterio que ha aplicado uniformemente esta Corporación es que la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 21 de la Ley de Transparencia, y que podrían justificar la reserva o secreto de la información, no se presume, sino que debe acreditarse una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva. Sin embargo, en este caso se advierte que la tercera interesada solo enuncia fundamentaciones generales e hipotéticas para fundar su oposición a la entrega de la información, sin señalar en detalle, y específicamente, la forma en que el acceso a sus hojas de vida y calificaciones afectaría sus derechos, debiendo señalarse que el solo hecho de encontrarse en un tratamiento médico no puede por sí solo configurarse como una causal de reserva o secreto de información de carácter pública, razones por las cuales serán desestimadas dichas alegaciones en la especie. Lo anterior, máxime si se considera que, en aplicación del principio de divisibilidad, consagrado en el artículo 11, letra e), de la Ley de Transparencia y en conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, letras f) y g), y 4 de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, este Consejo ha establecido que al momento de efectuar la entrega de la información, deben tarjarse todos aquellos datos personales de contexto y sensibles, que en nada se relacionan con el cumplimiento de la función pública desempeñada por la funcionaria, entre los cuales, por cierto, se encuentran los referidos a estados de salud.
- 6) Que, sobre este punto resulta pertinente consignar que, respecto de las consideraciones planteadas por el órgano sobre de la procedencia de la notificación a la tercera interesada en atención con su estado de salud y la intervención de su hermano en su representación, en esta sede, y como se describe en el número 5 de la parte expositiva, es la propia funcionaria consultada la que da respuesta al traslado que le confiriera este Consejo, señalando además que *“yo autoricé a mi hermano, para que en mi nombre, se negara al acceso de la información”*, lo que permite desestimar las alegaciones del Ejército de Chile respecto de encontrarse eventualmente en indefensión los derechos de la mencionada Oficial Jefe, la cual, reiteramos, ejerció ante este Consejo su derecho de oposición en conformidad a lo prescrito en el artículo 25 de la Ley de Transparencia.
- 7) Que, a lo expuesto, se debe agregar que las hojas de vida y calificaciones han sido elaboradas con presupuesto público, y sirven de fundamento directo y esencial de resoluciones dictadas por el organismo en los procesos calificadorios de la funcionaria en cuestión, y, además, obran en poder de un órgano de la Administración del Estado.



Asimismo, a juicio de este Consejo, tampoco se advierte de qué forma la publicidad de aquellas pueda afectar, con cierto grado de especificidad y certeza, los derechos de la tercera, máxime si se considera que se trata de antecedentes que son esencialmente públicos, toda vez que contienen información sobre las actuaciones y desempeño del personal, en su calidad de funcionario de las Fuerzas Armadas, antecedentes curriculares y profesionales, capacitaciones, así como otros antecedentes a considerar para sus evaluaciones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 24 de la ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, el cual establece que: *“El desempeño del personal se evaluará, anualmente, a través de un sistema de calificaciones que considerará el rendimiento y la capacidad para el ejercicio de sus funciones, basándose para ello en los conceptos contenidos en las correspondientes hojas de vida”*.

- 8) Que, finalmente, en cuanto a la pertinencia de solicitar al reclamante que se pronuncie fundadamente respecto de cuál es el interés público que le anima para contar con los documentos pedidos, diligencia sugerida por el Ejército de Chile, se debe hacer presente que si bien en determinados casos la existencia de un interés público en la publicidad de cierta información es un elemento que es considerado a la hora de resolver sobre el acceso a lo requerido, se debe recordar que el artículo 12 de la Ley de Transparencia no considera entre los requisitos de procedencia de una solicitud de acceso a la información pública el señalamiento de los fines o motivaciones que se persiguen con el acceso a la misma, no pudiendo por ello condicionarse el ejercicio de un derecho bajo esa premisa, debiendo descartarse por ello la realización de la referida diligencia.
- 9) Que, por consiguiente, tratándose de información de naturaleza pública, y, desestimándose la afectación de derechos esgrimida por la tercera interviniente, este Consejo procederá a acoger el presente amparo, ordenando la entrega de las hojas de vida y calificaciones peticionadas, a la fecha de la solicitud. En virtud del Principio de Divisibilidad, en forma previa a la entrega de la información, deberán tarjarse aquellos datos personales de contexto y datos sensibles, que en nada se relacionan con el cumplimiento de la función pública desempeñada, tales como el número de cédula de identidad, domicilio particular, fecha de nacimiento, nacionalidad, estado civil, teléfono y correo electrónico particular, fotografía de la funcionaria, peso y altura, entre otros, como también los referidos a las patologías médicas que afectaron o pudieron haber afectado a la funcionaria. Asimismo, se deberán tarjar las sanciones efectivamente prescritas o cumplidas, esto último, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la ley N° 19.628. Lo anterior en aplicación de lo previsto en el artículo 19, N° 4, de la Constitución Política de la República, en concordancia de lo dispuesto en los artículos 2 y 4 de la Ley sobre Protección de la Vida Privada, y en cumplimiento de la atribución otorgada a este Consejo por el artículo 33, letra m), de la Ley de Transparencia.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN LOS ARTÍCULOS 24 Y SIGUIENTES Y 33 LETRA B) DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, Y POR LA UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

- I. Acoger el amparo deducido por don Rafael Harvey Valdés en contra del Ejército de Chile, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.
- II. Requerir al Sr. Comandante En Jefe del Ejército de Chile, lo siguiente
 - a) Entregue al reclamante *“Copia simple de las hojas de vida y calificaciones de la Mayor (...), Run (...) respecto de los últimos tres periodos de calificaciones, esto es: desde junio 2019 a la fecha de esta petición”*.

En virtud del Principio de Divisibilidad, en forma previa a la entrega de la información, deberán tarjarse aquellos datos personales de contexto y datos sensibles, que en nada se relacionan con el cumplimiento de la función pública desempeñada, tales como el número de cédula de identidad, domicilio particular, fecha de nacimiento, nacionalidad, estado civil, teléfono y correo electrónico particular, fotografía de la funcionaria, peso y altura, entre otros, como también los referidos a las patologías médicas que afectaron o pudieron haberla afectado y las sanciones efectivamente prescritas o cumplidas.

- b) Cumpla dicho requerimiento en un plazo que no supere los 5 días hábiles contados desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia, que sanciona la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.
- c) Acredite la entrega efectiva de la información señalada en el literal a) precedente, en conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de la Ley de Transparencia, por medio de comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Morandé N° 360, piso 7º, comuna y ciudad de Santiago), acompañando todos los medios probatorios, de manera que esta Corporación pueda verificar que se dio cumplimiento a las obligaciones impuestas en la presente decisión en tiempo y forma.



- III. Encomendar al Director General y a la Directora Jurídica (S) de este Consejo, indistintamente, notificar la presente decisión a don Rafael Harvey Valdés, al Sr. Comandante En Jefe del Ejército de Chile y a la tercera interesada.

VOTO DISIDENTE

La presente decisión es acordada con el voto en contra del Presidente don Francisco Leturia Infante, quien no comparte lo razonado en el presente acuerdo respecto de la información correspondiente a licencias médicas, estimando que el amparo debió rechazarse en esta parte, en base a las siguientes consideraciones:

- 1) Que, a diferencia del voto mayoritario, este Consejero estima que tratándose de la información referida a licencias médicas, sin distinguir entre funcionarios públicos y privados, se configura la causal de reserva contemplada en el artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia, por afectación al derecho a la protección de los datos personales y la vida privada, toda vez que, el hecho de hacer uso de licencias médicas es tradicionalmente un indicio de un estado de salud, por lo que está contemplado en la categoría, general y abierta, de datos personales sensibles, específicamente, dentro de: "los estados de salud físicos o psíquicos" (artículo 2, letra g), Ley N° 19.628). Por lo anterior, no procede la entrega de dicha información de manera personalizada, ya que, si bien es importante en materia de datos estadísticos saber antecedentes como el número de licencias médicas otorgadas en un determinado periodo, el conocimiento de dicha información respecto de una persona específica no puede ser considerada "estadística".
- 2) Que, en este sentido se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la que, en sentencia Rol N° 9228-2016, consideró que: *"la Ley de Transparencia ha establecido la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 que permite resguardar, en este caso, los derechos reconocidos por el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política y por la Ley N° 19.628 en el ámbito del tratamiento de datos personales, que formen parte de la esfera y de la vida privada o íntima de una persona y de su familia, principalmente el derecho de acceder a ellos, de controlarlos y de autodeterminarlos al momento de su tratamiento o procesamiento, esto es, a controlar sus datos personales, incluso si éstos no se refieren a su intimidad (...) De este modo, el tratamiento de datos personales y sensibles, constituye una materia especialmente regulada, en la Ley N° 19.628, que debe ser compatibilizada adecuadamente con las normas que regulan el derecho de acceso a la información pública (...) En este sentido, ambas leyes son contrapesos de una misma situación, que consiste en cómo se deben tratar estos datos, cuáles son los derechos de los titulares y las limitaciones al derecho de acceso cuando la información solicitada contiene datos personales y sensibles de terceras personas, cuya publicidad puede afectar sus derechos fundamentales", resolviendo, luego, que no cabe duda que la información requerida "relativa a las licencias médicas de doña (...) entre los años 2000 a 2010, constituye información relevante o*



sensible, de forma tal que los datos personales referidos a la salud de las personas deben ser registrados con importantes restricciones de acceso, a fin de limitar el acceso a estos por personas distintas a su titular y, ello por cuanto resulta evidente el peligro que para éste puede significar la utilización de la referida información en manos de terceras personas”.

- 3) Que, a nivel comparado, es del caso tener presente que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación, prohíbe la entrega de datos en esta materia, al establecer en su Considerando 35, que: *“Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos los datos relativos al estado de salud del interesado que dan información sobre su estado de salud física o mental pasado, presente o futuro. Se incluye la información sobre la persona física recogida con ocasión de su inscripción a efectos de asistencia sanitaria, o con ocasión de la prestación de tal asistencia”,* mientras que, el artículo 9, sobre el Tratamiento de categorías especiales de datos personales, señala que: *“Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física”.*
- 4) Que, en sentido contrario a lo expuesto en los considerandos precedentes, la justificación histórica de este Consejo, para ordenar la entrega de información referida a las licencias médicas (extensión y días) se fundamenta en la probidad en el ejercicio de la función pública y la transparencia (facilitación del control social), sin embargo, especialmente luego de la reforma constitucional que establece la protección de datos personales como un derecho expresamente reconocido, podría afirmarse que entregar información sobre licencias médicas con fines de control social pareciera ser, además de contrario al texto expreso de la ley, desproporcionado, existiendo para ello otros mecanismos, como por ejemplo, concurrir ante la Contraloría General de la República.
- 5) Que, dicha desproporción queda de manifiesto, además, atendido los efectos que con la publicidad de la información podrían producirse, generándose una situación de desigualdad y discriminación de los funcionarios públicos frente a los trabajadores del sector privado, respecto de los cuales este Consejo ha resuelto que no es posible acceder a la información de las licencias presentadas. Lo anterior resulta abiertamente contrario a las garantías constitucionales de igualdad ante la ley -artículo 19, N° 2, de la Constitución Política de la República- y la prohibición de discriminación -artículo 19, N° 16, de la Carta Fundamental-, que se les reconoce a todas las personas.
- 6) Que, a su vez, la prohibición de discriminación por condiciones de salud está expresamente reconocida en el artículo 2 del Código del Trabajo, que dispone en su inciso 3° que *“son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación”,* contemplando en su inciso 4° como actos de discriminación las distinciones por enfermedad que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de



trato en el empleo y la ocupación. Asimismo, se reconoce como limite a las facultades del empleador, el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, particularmente cuando se pudiese afectar la intimidad, la vida privada o la honra.

- 7) Que, en este sentido, la entrega de la información referida a licencias médicas conlleva la posibilidad evidente de generar un mal uso de dichos antecedentes, por ejemplo, incorporándola dentro de los factores a considerar a la hora de contratar a un trabajador o funcionario, discriminándose a quienes han hecho mayor uso de licencias médicas, ocasionándoles un evidente daño, al limitarse arbitrariamente sus opciones de acceder a un empleo, con el perjuicio inherente que ello conlleva. Es por ello que la doctrina califica a este tipo de datos personales como "*datos sensibles*" o "*especialmente protegidos*", merecedores de un mayor grado de resguardo, que demanda un régimen jurídico especial, pues su tratamiento constituye un serio peligro de lesión para los derechos fundamentales mencionados.
- 8) Que, por otra parte, el criterio adoptado por esta Corporación se sustenta en el argumento de que la información en comento podría incidir eventualmente en la aplicación, por parte de la autoridad respectiva, de la potestad otorgada por la Ley N° 18.884 que aprueba el Estatuto Administrativo, en su artículo 151, referida a considerar que el funcionario posee una salud incompatible con el desempeño del cargo, sin embargo, al respecto, es del caso hacer presente que la lógica del Estatuto Administrativo es mucho más restrictiva que la del Código del Trabajo a la hora de desvincular a un funcionario, ya que, en el caso de la mencionada hipótesis de salud incompatible con el cargo sin invalidez, la facultad es privativa y no obligatoria. Así, la información en cuestión debería ser proporcionada en los casos en los que se decida ejercer la mencionada facultad, y en relación con licencias acumuladas, ya que, en dicho caso, correspondería al antecedente que justifica el acto administrativo de desvinculación del funcionario por salud incompatible, o en el más extremo de los casos, cuando se cumplan las condiciones de facto para que ella pueda ser ejercida (haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años). En otros casos, no resulta justificado comunicar a cualquier persona información sobre los estados de salud de los funcionarios públicos, en forma indiscriminada. A modo ejemplar, se puede considerar a este propio Consejo, quien puede poner término a los contratos de trabajo, pero sólo de conformidad a las normas del Código del Trabajo, no pareciendo aplicable la norma del Estatuto Administrativo de "*salud incompatible*", ya que el Código del Trabajo no contiene una norma similar, contemplando en cambio otras figuras menos gravosas para el trabajador, por lo que esa causal no aplica a ese tipo de situaciones.
- 9) Que, por lo anterior, a criterio de este Consejero, se configura respecto de la información referida a licencias médicas, la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia, por afectación al derecho a la protección de los datos personales y la vida privada, sin distinguir si se trata de un funcionario público o no. En



consecuencia, este disidente estima que el presente amparo debió rechazarse solo en este punto.

En contra de la presente decisión procede la interposición del reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en el plazo de 15 días corridos, contados desde la notificación de la resolución reclamada, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. Con todo, los órganos de la Administración del Estado no podrán intentar dicho reclamo en contra de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información solicitada, cuando su denegación se hubiere fundado en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Además, no procederá el recurso de reposición establecido en el artículo 59 de la ley N° 19.880, según los fundamentos expresados por este Consejo en el acuerdo publicado en el Diario Oficial el 9 de junio de 2011.

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidente don Francisco Leturia Infante, sus Consejeras doña Gloria de la Fuente González y doña Natalia González Bañados y su Consejero don Bernardo Navarrete Yáñez.

Por orden del Consejo Directivo, certifica la Directora Jurídica (S) del Consejo para la Transparencia doña Ana María Muñoz Massouh.

