

MINUTA AUDIENCIA
AMPARO ROL C1101-11

Entidad pública	:	Subsecretaría General de la Presidencia, SEGPRES
Requirente	:	Juan José Soto Cortés
Ingreso Consejo	:	05.09.2011

Participantes audiencia

Requirente	:	Juan José Soto Cortés y abogado Rodrigo Mora Ortega
Reclamado	:	Sebastián Soto Velasco (abogado jefe de la División Jurídico-Legislativa de la Subsecretaría General de la Presidencia)

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** Don Juan José Soto, el 21 de julio de 2011, solicitó a la Subsecretaría General de la Presidencia (en adelante, e indistintamente, “la Subsecretaría”) que le otorgara una *«[c]opia de los correos electrónicos enviados y recibidos por el Ministro Secretario General de la Presidencia Don Cristián Larroulet, desde y hacia su cuenta de correo institucional entregada por el Estado de Chile para el correcto desempeño de sus funciones, entre los días 18 y 21 de Julio de 2011»*, precisando que lo requerido sólo consiste en las copias de *«[l]os correos electrónicos enviados y recibidos desde y hacia cuentas de otros funcionarios públicos, y que traten de materias propias del desempeño de las funciones públicas del Ministro Secretario General de la Presidencia, excluyendo cualquier e-mail que el Ministro considere está bajo el alero de su vida privada»*.
- 2) **RESPUESTA:** El Subsecretario General de la Presidencia, por medio del Ordinario (D.J.L.) N° 1195, de 18 de agosto de 2011, informó al requirente el rechazo de su solicitud de información, señalando que los correos electrónicos requeridos no constituyen información pública –motivo por el cual no resulta aplicable, a su respecto, la Ley de Transparencia–, su entrega vulneraría los derechos fundamentales garantizados en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que los correos electrónicos se encuentra protegidos por dichas garantías constitucionales, sin que la Ley de Transparencia posea la especificidad necesaria para constituir una excepción a dicha protección, asimismo, y, por último que la información requerida posee la calidad de datos de carácter personal, y su comunicación, conforme a la Ley de Transparencia, resulta improcedente, motivo por el cual se concluye que, en la especie, se configuran las causales de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 y N° 2 de la Ley de Transparencia. Al respecto, señala lo siguiente:
 - a) Sostiene que **los correos electrónicos requeridos no constituyen información pública**, no resultando aplicable, a su respecto, la Ley de Transparencia, en virtud de los siguientes fundamentos:
 - i. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República dispone que *«[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen...»*. El inciso segundo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, por su parte, establece que *«[e]l acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos... cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga...»* y, el artículo 5° de dicho cuerpo legal establece que *«[e]n virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos...»*.
 - ii. Los correos electrónicos requeridos constituyen información de naturaleza y origen privado –ya que, conforme a lo establecido por el artículo 3°, letra a), del Reglamento de la Ley de Transparencia, en relación con el artículo 3° de la Ley N° 19.880, no poseen la naturaleza de actos o resoluciones, así como tampoco constituyen fundamentos o documentos que sirvan de sustento o complemento

directo o esencial a un acto o resolución, según la definición contenida en las letras g) y h) del artículo 3° del Reglamento citado—, motivo por el cual no es alcanzada por el principio de publicidad consagrado en las normas citadas precedentemente.

- iii. De la historia de la Ley N° 20.285 se desprende que ésta norma siempre tuvo la intención de proteger el derecho a solicitar información relacionada con los actos y resoluciones de la Administración del Estado, o sus fundamentos, y no cualquier otro dato o antecedentes que no tuviera relación con éstos, aunque estuviera en poder de un órgano de la Administración. Al respecto, el informe en derecho de Miguel Ángel Fernández, citado por el Consejo para la Transparencia en la decisión del amparo Rol A165-09, señala que el artículo 5° de la citada Ley *«[d]ebe interpretarse de forma que no cualquier documento en manos del poder del Estado es público, per se, para efectos de que no pugne con el inciso segundo, del artículo 8° de la Constitución»*, agregando que el aludido artículo 8°, otorga el carácter de públicos a los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado y sus fundamentos o procedimientos que utilicen, y que por consiguiente, todo lo que agrega la ley N° 20.285, como los documentos que no constituyen los fundamentos o actos en sí mismos, sino los que le sirven de complemento directo o esencial, para una interpretación armónica con el precepto constitucional, sólo pueden considerarse públicos en caso que constituyan o sean parte de los fundamentos del acto, resolución, etc., lo que, con igual razón, debe ser aplicado respecto de *«toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración del Estado»*. A mayor abundamiento, la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia dictada en el Reclamo de Ilegalidad Rol N° 950- 2010, de 7 de octubre de 2010, afirma *«Que si bien la lectura del artículo 5° de la Ley de Transparencia, ya reseñado, permite concluir, en un primer análisis, que la información que está en poder de los órganos del Estado es pública, a menos que exista una causal específica de reserva, tal afirmación necesita, en opinión de estos sentenciadores, matizarse en función de la naturaleza, origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa»* (considerando octavo).

- b) Asimismo, sostiene **que la entrega de los correos electrónicos vulnera las garantías constitucionales de los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República**, debido a las siguientes razones:
- i. Nuestro ordenamiento jurídico no consagra un derecho absoluto de acceso a cualquier tipo de información, debiendo analizarse, en cada caso, la procedencia de las causales de secreto o reserva establecidas.
- ii. Las garantías consagradas en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución, que aseguran el respeto y protección a la vida privada de la persona y su familia, el primero, y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, el segundo, configuran, en conjunto, el ámbito de protección de la vida privada.

- iv. La privacidad de las personas «[e]s entendida como “una manifestación jurídica de la dignidad y respeto que se debe a todo individuo de la especie humana” y puede ser definida como “la posición de una persona o entidad colectiva personal en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su integridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”», mientras que, conforme a la doctrina, «[l]a vida privada es aquél “... núcleo de la vida personal, del recinto de expansión y verdadera libertad del sujeto, que este no acepta compartir con nadie o que comparte con sus íntimos. Constituyen aspectos de la vida privada, el hogar doméstico, otros espacios reservados, el vehículo personal, las reuniones, conversaciones y comunicaciones privadas, los archivos de correspondencia y documentos...”, entre otros». Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003, ha señalado que «[l]a Carta Fundamental asegura a todas las persona, sin distinción ni exclusión alguna, en su artículo 19 N°4, inciso primero “El respeto y protección de la vida privada [...]”. En tal sentido considera esta Magistratura necesario realzar la relación sustancial, clara y directa, que existe entre la dignidad de la persona, por una parte, y su proyección inmediata en la vida privada de ella y de su familia, por otra, circunstancia que vuelve indispensable cautelar, mediante el respeto y protección debidas, ese ámbito reservado de la vida, en el cual no es lícito penetrar sin el consentimiento del afectado, de un lado, o por decisión de la autoridad fundada en la ley que hubiere sido dictada con sujeción a la Constitución, de otro», agregando que «[l]a privacidad [...] integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva del ser humano. Por tal razón, ellos merecen reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos».
- v. El respeto a la vida privada o de la intimidad debe proyectarse en el ámbito de los registros de informaciones manuales e informáticos ya que, como señala Humberto Noguera Alcalá, en “Derechos Fundamentales y garantías constitucionales”, «[e]ste enfoque complementario en la configuración del derecho al respeto de la vida privada, muestra la relatividad de lo que es público, ya que ciertos datos públicos pueden tener conectados a otros una gran importancia para la vida privada y la intimidad de las personas, especialmente en el ámbito de los archivos de datos públicos y privados y de la informática».
- vi. La doctrina se ha pronunciado respecto a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en los siguientes términos:
- a. Las comunicaciones privadas «se tratan de comunicaciones restringidas entre dos o más personas y, por tanto, no están destinadas al dominio público. Así, más que el medio empleado, prevalece la intención de privacidad. Incluso ello alcanza a las comunicaciones que son en lugares

públicos en la medida que la comunicación sea privada» (Ángela Vivanco, Curso de Derecho Constitucional, Tomo 11, pág. 364);

- b. *«El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas protege la circulación en forma libre y determina la prohibición de interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones... cualquiera sea su contenido y pertenezca o no el contenido de la comunicación al ámbito de la privacidad o intimidad» (Humberto Nogueira Alcalá, Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 1, pág. 867);*
 - c. José Luis Cea, por su parte, en el Tomo II de Derecho Constitucional Chileno, sostiene que *«la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos»*, agregando que *«hoy las comunicaciones son muchas: epistolar, telefónica, audiovisual y por medios de comunicación tales como el télex, fax, correo electrónico, video conferencia, etc. Por supuesto –concluye– esas y otras especies de comunicación, siempre que no estén abiertas al público, están amparadas por la disposición en estudio»*.
- vii. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que *«[e]l respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto...»* (sentencia Rol N° 389, de 23 de octubre de 2003) y que la protección que la Carta Fundamental otorga a las comunicaciones privadas deriva fundamentalmente de la íntima relación que éstas presentan con la vida privada, constituyendo una extensión o manifestación de la misma. Asimismo, en la sentencia Rol 1.894, de 12 de julio de 2011, ha señalado que *«[l]a intimidad no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicas actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena... / Así, no obstante que los cibercafés constituyen locales accesibles en general al público, en cuanto no se puede inadmitir a ningún cliente o usuario, a diferencia de otros lugares de afluencia masiva, suelen organizarse internamente en cámaras o cabinas individuales y reservadas, justamente en consideración a los servicios de interconexión que facilitan y a modo de cautelar que dentro de ellos tenga cobijo un cierto ámbito de privacidad. Igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial»*.
- viii. De esta forma, se ha establecido que los sujetos titulares del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones son todos los intervinientes en dichas comunicaciones, así, al destinatario le corresponde el derecho a la propiedad material y al remitente corresponde el derecho de autor, y a ambos corresponde el derecho al secreto de las comunicaciones.

- ix. La garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución protege la inviolabilidad de las comunicaciones, con independencia de su contenido y de quién sea el emisor y el receptor –al respecto, Silva Bascuñán, en la obra tantas veces citada, señala que la inviolabilidad de las comunicaciones *«[c]onstituye una presunción iuris et de jure de que lo transmitido en una comunicación privada (epistolar, telefónica, fax, etc.) es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido material, vulnera el derecho a la privacidad»* (Pág. 205)– pero, además, adquiere la función de garantía de una gran variedad de derechos y libertades, ya que contribuye a asegurar la libertad ideológica y política, garantiza la libertad de empresa, el secreto profesional, etc.
- x. Asimismo, la doctrina ha señalado que existen límites a la publicidad de la información que obra en poder de la Administración, los que encuentran sus fundamentos en el artículo 8° y en otros preceptos constitucionales específicos, que sancionan como causales de excepción, entre otras, la vulneración de los derechos de las personas, con particular énfasis en la necesaria protección y respeto a la vida privada, la honra, y la familia, así, Gladys Camacho Cepeda, en *Transparencia en la Administración Pública*, ha señalado que *«[l]a publicidad de la acción estatal, y en especial de la acción administrativa (y el correlativo derecho él la información de los ciudadanos - artículo 8° CPR) no puede operar respecto de los datos cuya difusión pudiera dañar el derecho a la protección y respeto de la vida privada de las personas - artículo 19 N° 4 CPR-y por lo mismo, tampoco vulnerar la honra de la persona y su familia. En tal virtud, quedarían exentos del deber de publicidad, la información sobre dossiers o expedientes personales, informaciones médicas. etc.»*. En el mismo sentido se ha pronunciado el voto minoritario de la sentencia Rol N° 1.800, de 21 de junio de 2011, al señalar que la publicidad de la información está limitada por los derechos de las personas.
- c) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que **la garantía constitucional del artículo 19 N°5 de la Constitución también entrega protección a los correos electrónicos**. En efecto, respecto de ellos, se ha señalado que la norma citada *«comprende la protección de la correspondencia o de mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, por télex o por otros medios, que la técnica haga posible ahora y en el futuro»* (Vivanco, Ángela: *Curso de Derecho Constitucional, tomo II, Santiago, Ediciones P. Universidad Católica, 2006, p.365*). Por otro lado, la circunstancia que los correos electrónicos constituyan una forma de comunicación privada que debe ser protegida, de acuerdo a lo prescrito por la Constitución Política de la República, se ve ratificada por el tenor de la discusión en la Comisión de Estudios de la Constitución. Al respecto, Alejandro Silva Bascuñán, en *Tratado de Derecho Constitucional*, sostiene que, de acuerdo con la discusión en la Comisión de Estudios de la Constitución, *«el precepto en estudio protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por lo tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste, a menos que el receptor consienta en que ello ocurra»*.

- d) **La Ley de Transparencia no posea la especificidad necesaria para constituir una excepción a la protección otorgada por el artículo 19 N° 5 a las comunicaciones privadas.** Al respecto, el órgano sostiene que, en la especie, la información requerida consiste en comunicaciones privadas entre dos o más personas, que no están destinadas al conocimiento público y su publicidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, sólo es admisible en los casos y formas que una ley con la suficiente especificidad determine, requisito que no reúne la Ley de Transparencia. Asimismo, la privacidad de los correos requeridos se encuentra protegida por la garantía constitucional del artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental.
- e) Por otro lado, **la información requerida posee la calidad de datos de carácter personal** –conforme a lo establecido en el artículo 2, letra f), de la Ley N° 19.628–, **motivo por el cual resulta improcedente su comunicación de acuerdo a la Ley de Transparencia**, ya que dichos datos, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Protección de Datos Personales, *«[n]o pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares»*, circunstancias que no concurren en este caso. Más aún, constituyen datos personales de carácter sensible, materia respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha señalado que *«[e]l legislador, cuando ha señalado ámbitos esenciales de la esfera privada que se encuentran especialmente protegidos, ha definido la información relativa a los mismos como datos sensibles... Así, aquellas informaciones –según la ley– forman parte del núcleo esencial de la intimidad y su resguardo debe ser mayor. Una intromisión en ese ámbito, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus ámbitos: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etc.»* (Considerando 28° del voto mayoritario de la sentencia Rol N° 1.800, de 21 de junio de 2011).
- f) La autora Gladys Camacho Cepeda, en su obra tantas veces citada, sostiene que *«[n]o se puede hablar que subyace un derecho de propiedad en la Administración sobre la información, aún cuando sea el organismo del Estado el que haya generado o recogido el dato personal con recursos públicos, pues la titularidad del dato personal pertenece a la persona natural a la que se refieren los datos, así lo dispone la letra ñ) del artículo 20 de la Ley 19.628. Desde esta perspectiva, parece necesario advertir que no toda la información de la cual es depositaria la Administración tiene la calidad de bien público, como consecuencia de que es la Administración su titular, aun cuando sí constituya “cosa pública” a consecuencia de la relevancia y del interés público que encierra, que justifica su detentación por la Administración, En los casos mencionados, la Administración es una mera detentadora de la información reconociéndosele estar habilitada para recogerla, utilizarla, almacenarla e incluso disponer de ella pero sólo para la implementación eficaz y eficiente de las políticas públicas, respecto de las materias de su competencia y con pleno respeto a los derechos fundamentales y al Ordenamiento Jurídico, En definitiva, el derecho a la autodeterminación informativa debe estar en el centro del sistema como se administra la información pública referida a datos personales»*.

- g) Por todo lo expuesto, en la especie, se configura **la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia**, ya que en caso de entregarse la información requerida, se estarían vulnerando los derechos consagrados en el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política, tanto respecto del emisor como del receptor de los correos electrónicos solicitados.
- h) Asimismo, se configura **la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia**, debido a que la publicidad de los correos requeridos desincentivaría el uso de los correos electrónicos entre los diversos funcionarios y autoridades del Ministerio Secretaría General de la presidencia, y entre estos y otras personas, ya que no garantizaría la debida confidencialidad de los comunicaciones realizadas por dicho medio, con las consecuentes desventajas para realizar labores propias del Ministerio sin contar con este medio de comunicación informal, expedito, que permite su acceso desde diversos lugares del país y en el extranjero. Al respecto, agrega que *«[l]a comunicación o publicidad de las comunicaciones realizadas por correo electrónico del Ministro Larroulet con terceras personas, generaría un daño probable, presente y específico al debido cumplimiento de las funciones de este Ministerio, esto es, de acuerdo al art 1° de la Ley N° 18.993, de 1990, que crea el Ministerio Secretaria General de la Presidencia, realizar funciones de coordinación y de asesorar directamente al Presidente de la República, al Ministro del Interior y a cada uno de los Ministros, sin alterar sus atribuciones proveyéndoles, entre otros medios, de las informaciones y análisis político-técnicos necesarios para la adopción de las decisiones que procedan»*.
- 3) **AMPARO:** Don Juan José Soto, el 5 de septiembre de 2011, dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la Subsecretaría General de la Presidencia, fundado en que dicho órgano no acogió su solicitud de información. Asimismo, agrega, en resumen, lo siguiente:
- a) El órgano requerido ha efectuado una interpretación errónea, así como una aplicación contraria a derecho, de las normas contenidas en los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia, conforme a los cuales es pública la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, cualquiera su formato o soporte. Al respecto, agrega que *«[e]l carácter de público de la información no está condicionado al soporte en que se encuentre, sino que de la naturaleza de la información que este contiene. Por lo tanto, la calificación de si es o no pública, depende de una ponderación no sobre su soporte, sino que del contenido mismo de la información»*, y, atendido que los correos electrónicos son parte del procedimiento administrativo, ellos son públicos.
- b) Conforme a lo dispuesto en los artículos 2°, letra d), y 3°, inciso primero, de la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, se concluye que los correos electrónicos equivalen, funcionalmente, a los escritos en soporte material.
- c) Por otro lado, debe tenerse presente que, conforme a lo dispuesto en el Estatuto Administrativo, los funcionarios públicos, en el ejercicio de la función y labores administrativas, deben utilizar todos los recursos para fines institucionales y si no lo hacen cometerían una falta administrativa, motivo por el cual debe entenderse que toda la información contenida en los correos electrónicos de dichos

funcionarios tiene que ver con la función que desempeñan. Asimismo, atendido que lo requerido consiste en copia de los correos electrónicos enviados y recibidos por el Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia en su calidad de funcionario público, es decir, en el ejercicio de una función pública, las comunicaciones objeto de la solicitud no quedan protegidas dentro de la esfera de su vida privada en los términos del artículo 19, número 5°, de la Constitución Política de la República, ya que ellas dicen relación directa y específica con el desempeño de funciones públicas, motivo por el cual la difusión de su contenido no afecta la esfera de la vida privada de los funcionarios, lo que quita validez a la aplicación de la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, y, en todo caso, atendido el tenor de la solicitud que ha dado origen al presente amparo, respecto de aquellos correos que contengan tanto información pública como información que no dice relación con el desempeño de funciones públicas, debe aplicarse el principio de divisibilidad.

- d) Por último, atendido que lo solicitado dice relación con el correos electrónicos enviados desde una cuenta institucional, creada y mantenida con fondos públicos, especialmente creada para efectos de ejercer una función pública, no puede estimarse que su contenido sea de carácter privado, por el contrario, deben presumirse públicos, siempre que no concurra alguna causal de reserva, debidamente acreditada por la entidad, de tal suerte que la aplicación de la *"inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones"* como derecho fundamental queda sujeto para el caso efectivo de comunicaciones privadas entre particulares.
- 4) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de este Consejo acordó admitir a tramitación este amparo, trasladándolo al Sr. Subsecretario General de la Presidencia de la República, mediante Oficio N° 2.376, de 14 de septiembre de 2011, solicitando, además, que para una acertada resolución del presente amparo, remitiera a este Consejo copia de la información solicitada por el reclamante. Al respecto, la autoridad indicada evacuó dicho traslado por medio del Ordinario N° 1.590, de 4 de octubre de 2011, el cual fue ingresado a este Consejo en la misma fecha, formulando los siguientes descargos u observaciones:
- a) La solicitud de información de don Juan José Soto fue contestada en tiempo y forma, por medio del Oficio N° 1.195, fe 18 de agosto de 2011, denegando el acceso a los correos electrónicos solicitados, debido a que lo requerido no se trataría de información pública –conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política, y de las disposiciones de la Ley de Transparencia–, como por estimar que su entrega afectaría los derechos de las personas –de acuerdo a la causal de reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en relación con las garantías constitucionales contenidas en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la carta Fundamental–, por constituir datos de carácter personal, y porque su publicidad afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano. Al respecto, reitera los argumentos expuestos en la respuesta dada al requirente, ya extractada en el punto 2°) de esta parte expositiva.
- b) Asimismo, sostiene que este Consejo, se equivoca al sostener, en el considerando 4°) de la decisión del Amparo Rol C406-11, que *«[l]os correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes, han venido a reemplazar, en*

parte, a los actos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración...», ya que dichos correos no constituyen actos administrativos, pues no se tratan de decisiones formales que contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública que tomen forma de decretos supremos y resoluciones, reiterando que *«[d]ichos correos electrónicos son comunicaciones personales y privadas entre distintas personas que forman parte –o no– de la Administración Pública y que facilitan el ejercicio de sus funciones propias, pero que en caso alguno vienen a reemplazar a los actos administrativos mencionados, sino que, en todo caso, a las llamadas telefónicas o comunicaciones informales»*, citando, en abono de esta tesis, lo expuesto por el Consejero don Jorge Jaraquemada en el considerando 11°) de su voto disidente de la decisión del amparo C406-11. Asimismo, agrega que lo afirmado por el Consejo –en el sentido de que los correos electrónicos han reemplazado “en parte” a los actos administrativos– es una conjetura que no tiene sustento factico.

- c) Por otro lado, el Consejo para la Transparencia, interpretando la Carta fundamental –labor que corresponde de manera exclusiva al Tribunal Constitucional– ha señalado, erróneamente, que ciertos correos electrónicos podrían ser publicitados por tratarse de casillas institucionales en materias propias del quehacer de la autoridad o el funcionario, concluyendo que la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución no aplicaría en dichos casos, ya que esta protege las “comunicaciones privadas” y no las “comunicaciones públicas”, como serían aquellas que involucran a una autoridad.
- d) Sobre el particular, debe tenerse presente que la doctrina y la jurisprudencia han considerado que el artículo 19, N° 5, de la Carta Fundamental también entrega protección a las informaciones o comunicaciones contenidas en correos electrónicos, así, por ejemplo, Ángela Vivanco (en Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, pág. 365) y José Luis Cea (en Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, pág. 195). Asimismo, existen diversos pronunciamientos sobre la materia, tanto en el ámbito administrativo – Ordinario N° 2210/035, de 2009, de la Dirección del Trabajo y Dictamen N° 38.224, de 2009, de la Contraloría General de la República– como judicial –sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo en causa RIT T-1-2008–, que, en resumen, señalan que las conversaciones y mensajes enviados a través de correos electrónicos forman parte de la vida privada de las personas y no podrá estimarse pública por estar respaldada por un computador. Claramente será necesaria la manifestación de voluntad de los involucrados para que el contenido de dicho mensaje sea develado, de hecho, la Contraloría General de la República ha señalado, en el Dictamen citado, ha reconocido que los funcionarios de los órganos públicos pueden *«[u]tilizar casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la respectiva autoridad o jefe superior de servicio lo prohíba»*. Agrega, además, que el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol 1849-11, de 12 de julio de 20011, *«[h]a configurado con particular precisión la protección que en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los correos electrónicos. En efecto, y con motivo del control preventivo de constitucionalidad de la ley N° 20.516, dicha magistratura ha señalado que “igualmente internet, puesto que si bien esta red informática mundial configura un*

espacio abierto a todos, los sitios visitados en un recorrido, así como los correos electrónicos y la mensajería instantánea allí producidos, revisten carácter confidencial”».

- e) Atendido que la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución protege los correos electrónicos, corresponde dilucidar si dicha protección se extiende sólo a aquellos asuntos de naturaleza privada –como sostiene el Consejo para la Transparencia– o también a aquellos que versan sobre materias propias del ejercicio de la competencia de una autoridad o funcionario público.
- f) Al respecto, señala que la doctrina ha sostenido que más que el medio empleado en la comunicación entre dos personas, prevalece la intención de privacidad que los intervinientes en la comunicación poseen, así, por ejemplo, Ángela Vivanco (en Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Pág. 364), y, en el mismo sentido, Humberto Nogueira Alcalá (en Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, Tomo I, pág. 867), quien, además, agrega que el derecho a la privacidad de la comunicaciones posee eficacia *erga omnes*, garantizando la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros, ya sean agentes públicos o privados. Asimismo, conforme a lo señalado por Alejandro Silva Bascuñán, se concluye que los acuerdos de la Comisión de Estudios de la Constitución, avanzaron en el mismo sentido, ya que señala que *«[e]l precepto en estudio protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por lo tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste, a menos que el receptor consienta en que ello ocurra»* (Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, Pág. 205).
- g) De esta forma, lo garantizado por la Constitución Política es el continente, esto es, la comunicación privada entre dos o más personas, realizada por cualquier medio, sin ser relevante el contenido específico de dicha comunicación, de tal forma que la revelación de dichas comunicaciones –incluidos los correos electrónicos– vulnera tanto el derecho a la privacidad como a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, debiendo entenderse que ellos amparan, igualmente, todas las comunicaciones efectuadas vía correos electrónicos, sea que emanen de un servidor público o privado.
- h) Sin perjuicio de lo indicado, la privacidad de los correos electrónicos no está resguardada de un modo absoluto, toda vez que la Ley contempla mecanismos para que, con la adecuada ponderación de los derechos en juego, pueda levantarse dicha reserva. Al respecto, el Consejo para la Transparencia, en las decisiones de los amparos C640-10 y C83-10, ha levantado la reserva sobre los correos electrónicos que garantiza el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política debido a que éstos *“obran en poder de la Administración del Estado”* y, por tanto, son información pública, sin embargo, dicha conclusión es errada, debido a las siguientes razones:
- i) Los correos electrónicos no constituyen actos o resoluciones administrativas o sus antecedentes, sino que son simples medios de comunicación personal entre autoridades o funcionarios.
- j) La interpretación del Consejo facilita la intervención de la autoridad administrativa en aspectos de la esfera de privacidad del funcionario, ya que cuando se soliciten

sus correos electrónicos, éste deberá exponer sus comunicaciones personales al jefe del servicio en cuestión, toda vez que éste es el llamado a ponderar la aplicación o no de causales de reserva. El órgano sustenta esta posición en lo señalado por el Consejero Don Jorge Jaraquemada en el considerando 8º) de su voto disidente de la decisión del amparo C406-11.

- k) Los derechos fundamentales gozan de una protección especial en cuanto a su restricción y limitación, de hecho, el artículo 19 N° 26 de la Constitución establece que *«[l]a seguridad de que los preceptos legales que por medio de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio»*, garantía que es exigible respecto de todos los órganos del Estado, incluido el Consejo para la Transparencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol N° 43, de 24 de febrero de 1987, ha señalado que *«[u]n derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible. Se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de una tutela jurídica»*.
- l) La habilitación constitucional para la interceptación de correspondencia se encuentra establecida en el propio artículo 19 N° 5 de la Constitución, conforme al cual los documentos privados podrán interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley. El Tribunal Constitucional, asimismo, ha exigido que las leyes que impongan restricciones y limitaciones a derechos fundamentales cumplan con los siguientes requisitos: a) determinación y especificidad; b) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y, c) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado.
- m) En cumplimiento a lo señalado por el artículo 19 N° 5 de la Constitución, las situaciones específicas en que las comunicaciones electrónicas pueden ser interceptadas o vulneradas han sido reguladas de forma expresa y excepcional, como ocurre, por ejemplo, en los artículos 218 y 219 del Código Procesal Penal, en la Ley de Conductas Terroristas. Por otro lado, al Fiscal Nacional Económico se le otorgan facultades similares en el ámbito de la libre competencia, para casos graves y calificados con motivo de una investigación de ciertos y determinados ilícitos, para lo cual requiere, sin embargo, autorización previa tanto del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como de un ministro de Corte de Apelaciones, asimismo, la ley N° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, faculta al juez para ordenar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización y la grabación de comunicaciones.
- n) Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que *«[e]l artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias... El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por*

los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática» (Sentencia Caso Tristán Donoso vs. Panamá, de 27 de enero de 2009, considerandos 55 y 56).

- o) La Ley de Transparencia no reúne las características de especialidad para permitir la interceptación de correos electrónicos, ya que no contempla circunstancias específicas y excepcionales que hacen precedente la obtención del contenido de una comunicación y menos prevé un mecanismo especial para ello, como si ocurre en los casos precitados –tal como lo ha manifestado el Consejero don Jorge Jaraquemada en sus voto disidentes de las decisiones de los amparos C640-10 y C406-11–. De hecho, tal como lo ha señalado José Luis Cea, para permitir la apertura o registro de comunicaciones o documentos privados, la ley *«[n]o debe otorgar competencia en términos genéricos a la autoridad para hacerlo, pues tiene que señalar, con exactitud, el procedimiento y los casos precisos en que ello puede llevarse a efecto»*.
- p) El Consejo para la Transparencia fue creado por la Ley N° 20.285, como una corporación autónoma de derecho público dentro de la Administración del Estado, dicha autonomía tuvo por objeto dotar al Consejo de la independencia necesaria para garantizar tanto el principio de publicidad de los actos de la administración como el acceso a ellos, sin embargo, dicha autonomía no es absoluta, ya que debe estar supedita al respeto al principio de supremacía constitucional, consagrado en el inciso primero del artículo 6° de la Constitución, motivo por el cual el ejercicio de sus competencias debe enmarcarse y respetar las normas establecidas en el ordenamiento jurídico, que delimitan las competencias de los órganos estatales y garantizan los derechos de las personas, razón por la cual, dicho órgano, carece de competencia para levantar el secreto de las comunicaciones personales y privadas establecidas en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ya que la Ley de Transparencia no lo regula de manera expresa ni le otorga dicha competencia, razón por la cual, atribuirse dicha facultad, vulnera lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, lo que es especialmente claro al analizar la sentencia del Tribunal Constitucional en el examen obligatorio de constitucionalidad de la Ley N° 20.285, en donde se previene que la potestad que la Ley entrega al Consejo facultándolo para recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia, debía reconocer como límite las excepciones a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado que determine el legislador de quórum calificado, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental.
- q) Asimismo, ordenar la publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos implica vulnera la garantía de igualdad ante la ley y prohibición de la discriminación arbitraria.
- r) Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, esto es, el sometimiento de todas las personas en un mismo estatuto jurídico fundamental

para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes, sin que sea posible realizar entre ellas distinciones favorables o adversas en razón de raza, nacionalidad, sexo, profesión o grupo a que pertenezca, y, asimismo, debe entenderse por discriminación arbitraria, toda distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad que aparezca como contrario aun proceso normal de análisis intelectual, o que no tenga justificación racional o razonable, y, por arbitrario, todo acto o proceder contrario a la justicia o a la razón, infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objeto ilícito y determinado, esto implica que las autoridades se encuentran facultadas para establecer diferencias o nivelaciones, siempre que no sean arbitrarias.

- s) La divulgación de los correos electrónicos requeridos vulneraría la garantía constitucional en comento, ya que *«[s]e estaría privando a un grupo, de manera discriminatoria y arbitraria, del derecho fundamental a la privacidad de la correspondencia que tienen todas las personas, por el sólo hecho de tratarse de servidores públicos, estableciendo que en su caso, éstos no gozan de dicha protección constitucional, presumiéndose, por el contrario, la publicidad de sus comunicaciones personales por el sólo hecho de tratarse de funcionarios públicos usuarios de servidores institucionales»*, discriminación que carece de toda razonabilidad y justificación, dado que *«[s]i bien puede entenderse que el legislador haya optado por disminuir el ámbito de privacidad de los funcionarios y servidores públicos en ciertos aspectos limitados –como sucede con el caso de sus remuneraciones–, en pos del principio de la publicidad y transparencia, es arbitrario privar a éstos del ejercicio de un derecho fundamental –como el consagrado en el 19 N° 5– por el sólo hecho de ser funcionarios públicos»*.
- t) Asimismo, atendido que la información requerida consiste en datos de carácter personal y, específicamente, sensibles, resultan aplicables a la especie las normas de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales, conforme a la cual, según lo dispuesto en su artículo conforme a lo dispuesto por el artículo 10, *«[n]o pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares»*.
- u) De esta forma, en la especie se configuran las causales de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 y N° 2 de la Ley de Transparencia. Al respecto, además de señalar los argumentos expuestos en la respuesta dada al requirente, sostiene que, en la especie, con la entrega de los correos solicitados se verían afectados los derechos del Ministro Secretario General de la Presidencia, particularmente el derecho a la protección de su vida privada y el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, debido a que el Subsecretario General de la Presidencia *«[d]ebería revisar todos sus correos electrónicos, tanto aquellos que versan sobre asuntos relacionados con su privacidad como aquéllos que no digan relación directa con esta..., y adoptar la decisión de cuáles de éstos serían supuestamente públicos. Asimismo, al realizar dicha revisión también el Consejo para la Transparencia y decidir hacer públicos algunos de esos correos, se vulnerarían nuevamente dichos derechos consagrados en la Constitución»*.

- 5) **GESTIONES UTILES:** Este Consejo, atendido que el órgano requerido no adjuntó a sus descargos la información solicitada por medio del Oficio N° 1.376, de 14 de septiembre de 2011, solicitó al enlace del órgano requerido, por medio de correo electrónico de 20 de octubre de 2011, que se pronunciara sobre la remisión de los antecedentes indicados, lo que, hasta la fecha, no ha ocurrido.
- 6) **SOLICITUD DE AUDIENCIA:** El requirente, por medio de presentación efectuada el 12 de diciembre de 2011, solicitó a este Consejo que, conforme lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, se realizara una audiencia pública, a fin de otorgar una exposición sistemática de los fundamentos que motiva el amparo presentado así como aportar nuevos antecedentes que deben ser considerados para obligar al reclamado a hacer entrega de la información solicitada.