

Entidad pública: Subsecretaría
General de la Presidencia

Requirente: Juan José Soto

Ingreso Consejo: 05.09.2011

DECISIÓN AMPARO ROL C1101-11

En sesión ordinaria N° 323 del Consejo Directivo, celebrada el 16 de marzo de 2012, 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 C1101-11.

VISTOS:

Los artículos 5º, inc. 2º, 8º y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de las Leyes N° 20.285 y N° 19.880; lo previsto en el D.F.L. N° 1-19.653, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; la Ley N° 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma; el D.S. N° 873/1990, del Ministerio de Relaciones Exteriores, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica"; y los D.S. N° 77/2004, N° 83/2004, N° 93/2006, N° 13/2009 y N° 20/2009, todos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 21 de julio de 2011 don Juan José Soto solicitó a la Subsecretaría General de la Presidencia (en adelante, e indistintamente, "la Subsecretaría") que le otorgara copia 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 sólo requería los 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° 1.195, de 18 de agosto de 2011, informó al requirente el rechazo de su solicitud por no ser los correos electrónicos información pública y por concurrir 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) Los correos electrónicos requeridos no constituyen información pública, y no resulta 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 «...son 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 «...el 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 dispone que «...en 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 «...debe 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 público 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 Iltma. 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) 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, ya que:
- 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.
 - iii. La privacidad de las personas «...es entendida como “una manifestación jurídica de la dignidad y respeto que se debe a todo individuo de la especie humana” (Angela Vivanco, *Curso de Derecho Constitucional*, T. II, p. 345) 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”» (Hernán Corral Talciani. *El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980*, pág. 200, citado en Angela Vivanco, *Ibíd.*), mientras que, conforme a la doctrina, «...la 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..." (Angela Vivanco, *Ibíd.*, entre otros». Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia Rol N° 389, de 28 de octubre de 2003, ha señalado que «...la Carta Fundamental asegura a todas las personas, 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 realizar 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 «...la 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».

- iv. 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 «...este 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» (Humberto Nogueira A., *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales*, T. I, p. 725).
- v. 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 intercepción 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. «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... 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 esas y otras especies de comunicación, siempre que no estén abiertas al público, están amparadas por la disposición en estudio» (José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, T. II, p. 195).
- vi. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que «...el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto...» (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 «...*la 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 específicos 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 admitir 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».

- vii. De esta forma, se ha establecido que los sujetos titulares del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones son todos los intervenientes 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.
- viii. 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: «...*constituye 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*» (Alejandro Silva Bascuñán, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. XI, p. 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.
- ix. 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, se ha señalado que «...*la publicidad de la acción estatal, y en especial de la acción administrativa (y el correlativo derecho a 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.*» (Gladys Camacho Cepeda, “Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública”, en VV.AA., “Transparencia en la Administración Pública”, p. 54). En el mismo sentido se ha



pronunciado el voto minoritario de la sentencia Rol N° 1.800, de 21 de junio de 2011, del Tribunal Constitucional, 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 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» (Ángela Vivanco, “Curso de Derecho Constitucional”, T. II, 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, pues allí se dijo, en resumen, que «...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» (Alejandro Silva Bascuñán, “Tratado de Derecho Constitucional”, T. XI, p. 205).
- d) La Ley de Transparencia no posee 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) Los correos requeridos tienen 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, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Protección de Datos Personales, «...no 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 «...el 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.» (Sentencia Rol N° 1.800, de 21 de junio de 2011, considerando 28°).
- f) Se ha sostenido que «...no 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 detención 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» (Gladys Camacho Cepeda, "Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública", en VV.AA., "Transparencia en la Administración Pública", p. 53).

- g) Por todo lo expuesto, se configura la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, ya que 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 éstos y otras personas, ya que no garantizaría la debida confidencialidad de las comunicaciones realizadas por dicho medio, con las consecuentes desventajas para realizar labores propias del Ministerio sin contar con este medio de comunicación informal y expedito, que permite su acceso desde diversos lugares del país y en el extranjero. Al respecto, agrega que «...la 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 Secretaría 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 sea su formato o soporte. Al respecto, agrega que «...el 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». 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, 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 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 mismo, 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. En él se formulan los siguientes descargos:



- a) La solicitud de información de don Juan José Soto fue contestada en tiempo y forma, por medio del Oficio N° 1.195, de 18 de agosto de 2011, denegando el acceso a los correos electrónicos solicitados, debido a que lo requerido no es información pública –conforme a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política, y de las disposiciones de la Ley de Transparencia–, 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 «...los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes, han venido a reemplazar, en parte, a los actos administrativos 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. Reitera que «...dichos 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 afirmar que los correos electrónicos han reemplazado “en parte” a los actos administrativos es sólo una conjetura que no tiene sustento fáctico.
- 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 (p. ej., Ángela Vivanco, “Curso de Derecho Constitucional”, T. II, pág. 365, y José Luis Cea, “Derecho Constitucional Chileno”, T. II, p. 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 podrán estimarse públicas por estar respaldadas 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, en el dictamen citado, ha reconocido que los funcionarios de los órganos públicos pueden «...utilizar casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la respectiva autoridad o jefe superior de servicio lo prohíba». Además, el Tribunal Constitucional, en la sentencia Rol 1849-11, de 12 de julio de 20011, «...ha 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 intervenientes en la comunicación poseen, poseyendo el derecho a la privacidad de las comunicaciones una eficacia *erga omnes*, que garantiza la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros, ya sean agentes públicos o privados (Ángela Vivanco, "Curso de Derecho Constitucional", T. II, p. 364, y Humberto Nogueira Alcalá, "Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales", T. I, p. 867). Asimismo, los acuerdos de la Comisión de Estudios de la Constitución, avanzaron en el mismo sentido, pues se concluye que «...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» (Alejandro Silva Bascuñán, "Tratado de Derecho Constitucional", T. XI, p. 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 “*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.
- ii. 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 8° de su voto disidente en la decisión del amparo C406-11.
- iii. 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 «*la 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 «*...un 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 entranan más allá de lo razonable o lo privan de una tutela jurídica*».
- iv. 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.
- v. 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, así como 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 integraren dicha organización y la grabación de comunicaciones.

- vi. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que «...el 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).
- vii. 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 precipitados –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 «...no 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».
- i) 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 del 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, al 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 8º de la Carta Fundamental.

- j) 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.
- k) 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 a un 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.
- l) La divulgación de los correos electrónicos requeridos vulneraría la garantía constitucional en comento, ya que «... además se 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 «...si 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».
- m) 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 10, «No 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».
- n) 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 «...debería 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 ÚTILES ANTE EL ÓRGANO REQUERIDO:** Este Consejo, atendido que el órgano requerido no adjunto 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, sin obtener resultados.
- 6) **AUDIENCIA PÚBLICA:** Atendido que tanto el órgano reclamado (en sus descargos) como el reclamante (mediante presentación de 2 de diciembre) solicitaron la celebración de una audiencia de prueba, conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Transparencia, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, en su sesión ordinaria N° 304, celebrada el 21 de diciembre de 2011, acordó su convocatoria, notificándola a las partes por medio del Oficio N° 3.459, de 29 de diciembre de 2011. El Sr. Subsecretario General de la Presidencia, por medio del Ordinario N° 47, de 10 de enero de 2012, otorgó poder al abogado jefe de la División Jurídico Legislativa de dicho órgano, don Sebastián Soto Velasco, para comparecer en su representación. El reclamante, a través de la presentación de 12 de enero, otorgó poder al abogado don Rodrigo Mora Ortega para los mismos efectos. La audiencia se efectuó el 18 de enero de 2012 con la comparecencia de ambas partes que, en resumen, expusieron lo siguiente:
 - a) La parte reclamante explicó el contexto en el cual formuló su solicitud —advirtiendo que sabía que la Ley no le exigía especificar las razones que motivan su solicitud—, señalando que por temas de probidad ha seguido la discusión de las modificaciones la Ley de Alta Dirección Pública y, en las fechas indicadas en su solicitud, se presentó un proyecto que reformaba dicha ley, por lo que le pareció relevante conocer los correos que había intercambiado el Ministro a cargo de la Agenda legislativa sobre Probidad y Transparencia del Gobierno con otros servidores públicos. Asimismo, sustentó la publicidad de la información requerida en los siguientes fundamentos:
 - i. Las costumbres de los funcionarios han ido cambiando con el curso del tiempo, y actualmente ocupan de manera habitual los correos electrónicos para comunicarse entre ellos, asimismo, las órdenes de buen servicio, que antaño se contenían en los memorándums y oficios, hoy se contienen en los correos electrónicos.
 - ii. Este tema ha sido abordado en diversos países del mundo, como en México, Estados Unidos y el Reino Unido, entre otros, y el tema de si los correos electrónicos son públicos ya está superado quedando pendiente por resolver la forma en que se accede a ellos.



- iii. En el Reino Unido, incluso, se ha autorizado a acceder a cuentas privadas de correos electrónicos, pertenecientes a funcionarios públicos, cuando su contenido dice relación con el ejercicio de la función pública de su titular.
- iv. Cabe tener presente, al respecto, lo establecido en la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública, aprobada por el Estado de Chile, la que, por lo tanto, se ha incorporado a su Derecho Nacional como Soft Law, así como lo establecido en el artículo 5º, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, y en la Ley de documentos electrónicos, la que ha sido recogida por el Consejo para la Transparencia en diversas decisiones.
- v. La solicitud que ha dado origen al presente amparo reconoce el derecho del Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia para establecer qué correos están bajo el alero de su vida privada, al cual se le asigna el carácter de discrecional.
- vi. Por otro lado, el requirente posee el derecho fundamental de buscar información.
- vii. Solicita que el Consejo ratifique el criterio expuesto sobre correos electrónicos en decisiones anteriores.
- viii. Agrega que el inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia constituye una cláusula abierta, ya que no es necesario que el legislador precise todas las fechas, los soportes, el tipo de documentos o de actos que son públicos.
- ix. La invocación de la supuesta pérdida de confianza de los funcionarios en relación al uso de los correos electrónicos, sólo demuestra la falta de prolijidad de la administración, ya que los correos electrónicos de dichos funcionarios debieran señalar expresamente que ellos pueden contener información pública.
- x. La tesis de los actos terminales, que el órgano reclamado pretende aplicar en este amparo, es restrictiva y resulta inaceptable para los fines que estuvieron en vista para dictar esta ley.
- xi. Si el Sr. Ministro sostiene que son privados todos los correos electrónicos enviados y recibidos durante los días a que se refiere el requerimiento de información, significaría que él, durante ese periodo de tiempo, no ejerció función pública alguna, preocupándose o dedicándose, por lo tanto, a asuntos particulares.
- xii. Asimismo, acompañó los siguientes documentos:
 - Copia de entrevista al Ministro Secretario General de la Presidencia, Sr. Cristián Larroulet, publicada en el diario La Tercera el 15 de enero de 2012, la que fue obtenida del sitio electrónico del mencionado diario.
 - Texto de la Ley Modelo Interamericana sobre información Pública.
 - Comentarios y Guía de implementación para la Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información.



- Copia del documento “*Official information held in private email accounts. Freedom of information Act*”, del Information Commissioner's Office (UK).
 - Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México.
 - Estudio y consideraciones sobre la publicidad del correo electrónico de los servidores públicos, del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México.
- b) La parte reclamada, a su turno, reiteró los argumentos expuestos en la respuesta dada al requirente y en los descargos formulados ante este Consejo, agregando, además, lo siguiente:
- i. La Secretaría General de la Presidencia, en agosto de 2010, se vio enfrentada a una solicitud similar a la que ha dado origen al presente amparo, en dicha oportunidad se solicitaban los correos electrónicos de la ex Presidente Michelle Bachelet y del Presidente Sebastián Piñera, en un periodo de tiempo determinado, y, efectuadas las consultas a diversos juristas, se concluyó que no era conveniente otorgar dichos correos electrónicos, criterio que se ha ido reiterando y ratificando en el tiempo.
 - ii. Según la Constitución Política, la Ley y los principios de la sociedad democrática, sólo debe tener acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos el que envía y el que recibe dicho correo, si no fuera así se vulnerarían dichas normas y los derechos de esas personas.
 - iii. Los correos electrónicos no obran en poder del órgano reclamado, ya que su origen y destino es la casilla electrónica del emisor y receptor de los mismos.
 - iv. Asimismo, realiza un símil entre los correos electrónicos de los funcionarios públicos y sus conversaciones telefónicas, señalando que estas últimas, cuando versan sobre un tema de interés público, mantienen su carácter de comunicaciones privadas y sólo puede accederse a ellas en los casos y en las formas expresamente establecidas y detalladas por la Ley.
 - v. No procede aplicar al presente caso, en forma automática, los precedentes del Consejo para la Transparencia relativos a otras solicitudes de correos electrónicos, ya que, en la especie, no se solicitó un correo específico relativo a una materia específica, ya que la solicitud del reclamante se refiere a todas aquellas materias propias del desempeño de la función pública del Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia.
 - vi. Por otro lado, la propia solicitud dejó en manos de la autoridad el que se pudiera o no entregar la información requerida, lo que está muy bien –pues de lo contrario deberían haber revisado los correos electrónicos el Sr. Ministro y el Subsecretario–, pero cuando el requerimiento delega esta función al Sr. Ministro, lo restringe sólo a él, de tal suerte que sólo él debe resolver ese asunto, y el Sr. Ministro ha considerado que todos los correos están bajo el alero de su vida privada.



- vii. Por lo expuesto, si el Consejo ordena entregar los correos solicitados, estaría dando más de lo que se ha pedido.
- viii. La experiencia mexicana no es aplicable en Chile, toda vez que en México la Ley señala con claridad que las comunicaciones de los funcionarios públicos son públicas, lo que no ocurre en nuestro país, ya que acá sólo es conocido que dichos funcionarios están sujetos a un mayor escrutinio público pero no que se pueda acceder a sus correos electrónicos.
- ix. Corresponde al legislador resolver este asunto, ya que ellos deberán establecer si se puede o no acceder a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, en caso afirmativo, deberán establecer los casos y la forma en que ello resultará procedente, así como el órgano que deberá determinar si procede o no dicho acceso a los correos electrónicos.
- x. El Ministro, durante los días referidos en la solicitud de información, ejerció funciones públicas, trabajó, envió y recibió correos electrónicos, pero se desconoce cuántos fueron, cual es su contenido, etc., ya que dicha información sólo es conocida por dicha autoridad, que es la única persona que puede acceder a su cuenta de correos electrónicos, y el hecho que él estime que dichos correos están bajo el alero de su vida privada no significa que no haya hecho nada durante esos días.
- xi. El Sr. Ministro no tiene nada que ocultar, y la denegación de la información solicitada corresponde a la defensa de un principio.
- xii. Con miras a proteger los derechos de las autoridades y funcionarios públicos, la confianza que debe existir en el sistema democrático y las normas aplicables a la especie, se solicita rechazar el amparo del Sr. Juan José Soto.
- xiii. Por último, acompañó copia del informe en derecho *“Sobre la improcedencia del acceso a la información pública en el caso de los correos electrónicos”*, del profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Luis Cordero Vega.

7) **ABSTENCIÓN, TRASLADO A TERCERO Y MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER:** La discusión del caso se inició en la sesión ordinaria Nº 314 del Consejo Directivo, celebrada el 27 de enero de 2012. En ella, el consejero Jorge Jaraquemada Roblero comunicó a los demás consejeros que la Fundación Jaime Guzmán Errázuriz, de la cual es Director Ejecutivo, se había adjudicado a fines de noviembre la licitación Nº 617-6-LE11, convocada por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, referida a la elaboración de un “Estudio comparado de modelos de declaraciones de patrimonio e intereses”, con lo que estimaba configurada la hipótesis prevista en el punto 3.b) del acuerdo de este Consejo sobre tratamiento de los conflictos de intereses, adoptado en su sesión Nº 101, de 9 de noviembre de 2009. Por lo anterior, comunicó que se abstendría de participar en la discusión y resolución del caso. En la sesión ordinaria Nº 315, de 1º de febrero de 2012, el Consejo Directivo reinició la discusión y acordó dos medidas:

- a) **Descargos u observaciones del tercero involucrado:** Dado que el órgano reclamado planteaba que la entrega de los correos electrónicos solicitados afectaría los derechos del Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia



—concretamente la esfera de su privacidad— pero no le comunicó esta solicitud conforme el artículo 20 de la Ley de Transparencia, se estimó que procedía, de acuerdo con los artículos 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento, notificarle el presente amparo en su calidad de tercero involucrado, a fin de que presentara los descargos u observaciones que estimara procedentes pidiéndole que, en especial, “señalara si se opone a la entrega de esta información y, si es así, cuáles serían sus derechos afectados y en qué forma se produciría la afectación que fundaría dicha oposición, incluyendo los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus afirmaciones y acompañando todos los antecedentes y los medios de prueba de que dispusiere”. El Ministro Secretario General de la Presidencia, a través del Ordinario N° 271, de 23 de febrero de 2012, solicitó a este Consejo que prorrogara en diez días, o por el término que se estimara conveniente, el plazo otorgado para evacuar el traslado conferido, lo que fue acogido por el Consejo Directivo de este Consejo en su sesión ordinaria N° 317, de 27 de febrero de 2012, prorrogándose dicho plazo hasta el 12 de marzo del mismo año, lo que fue debidamente notificado al tercero involucrado a través del Ordinario N° 612, de 27 de febrero recién pasado. El Ministro Secretario General de la presidencia, a través del Ordinario N° 346, de 12 de marzo de 2012, evacuó el traslado conferido, señalando, en resumen, lo siguiente:

- i. Como titular de los correos electrónicos solicitados suscribe en todas sus partes la defensa que ha realizado, a su nombre, el Jefe de Servicio del Ministerio que preside.
 - ii. Informa que los correos electrónicos enviados y recibidos de su correo institucional en las fechas indicadas por el requirente ascienden, aproximadamente, a 350. Ninguno de ellos dice relación con el proyecto de alta dirección pública a que se refirió don Juan José Soto en la audiencia celebrada en el curso de este procedimiento.
 - iii. Por otra parte, todos los correos enviados y recibidos desde su correo electrónico institucional entre los días 18 y 21 de julio de 2011 corresponden a comunicaciones personales que, por tanto, se encuentran dentro de la esfera de su privacidad y están protegidas por el ordenamiento jurídico, en especial, por el artículo 20 N° 2 de la Ley de Transparencia y por las garantías constitucionales consagradas en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política, agregando que lo anterior es sostenido «...en defensa de derechos fundamentales y principios jurídicos que, entre otras cosas, protegen la legítima expectativa de privacidad que los funcionarios públicos hemos depositado en los correos electrónicos y que solo una ley, con las características que la Constitución establece, puede levantar».
- b) **Medida para mejor resolver:** Por otro lado, y tras revisar los antecedentes existentes, se resolvió solicitar al órgano reclamado que, para una mejor resolución de este caso, le informara lo siguiente:



- i. ¿Cuántos de los correos que el Ministro envió o recibió entre el 18 y el 21 de Julio de 2011 fueron enviados a funcionarios públicos y recibidos de funcionarios públicos?
- ii. Si respecto de ese grupo específico de correos concurren otras hipótesis de secreto o reserva establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, diferentes de las ya alegadas en los descargos –a modo de ejemplo, constituir antecedentes o deliberaciones previas para la adopción de una decisión en los términos que ha reconocido la jurisprudencia de este Consejo, la afectación del interés de la nación, etc.–, y, en caso que la respuesta sea positiva, que explique la hipótesis concreta e indique a qué correos o grupos de correos específicos aplicaría esa situación.
- iii. Si dentro de los correos solicitados existen algunos referidos al proyecto de alta dirección pública a que se refirió el requirente en la audiencia celebrada en el presente procedimiento y si debiese aplicárseles alguna causal de secreto o reserva al margen de las ya alegadas en los descargos formulados.

El Subsecretario General de la Presidencia (S), a través del Ordinario N° 271, de 23 de febrero de 2012, solicitó a este Consejo que prorrogara en diez días, o por el término que estimara conveniente, el plazo otorgado para dar respuesta a la medida para mejor resolver, lo que fue acogido por el Consejo Directivo de este Consejo en su sesión ordinaria N° 317, de 27 de febrero de 2012, prorrogando dicho plazo hasta el 12 de marzo del mismo año, lo que fue debidamente notificado al órgano reclamado a través del Ordinario N° 642, de 2 de marzo recién pasado. El Subsecretario General de la Presidencia, a través del Ordinario N° 347, de 12 de marzo de 2012, junto con reiterar los argumentos que ya ha expuesto en el presente amparo, indicó que no contaba con las atribuciones necesarias para entregar la información requerida en virtud de la medida para mejor resolver dispuesta por el Consejo para la Transparencia, señalando, en resumen, lo siguiente:

- i. La correspondencia que mantiene cualquier autoridad o funcionario por medio de correos electrónicos no constituye información pública, sino que son comunicaciones privadas que pertenecen al ámbito de su privacidad, a pesar, incluso, de que tales comunicaciones se hayan realizado entre funcionarios públicos, y por medio de servidores institucionales de correo electrónico.
- ii. Las entidades públicas ponen servidores de correo electrónico a disposición de sus funcionarios, entregándoles cuentas de correo sostenidas por la plataforma técnica de las entidades respectivas, con el objeto de facilitar a dichos funcionarios el cumplimiento de sus tareas, lo que no despoja a las comunicaciones realizadas por esa vía de las garantías constitucionales que las protegen, así como tampoco el hecho de usar un teléfono celular entregado por el ministerio o servicio permite grabar y difundir las comunicaciones que la autoridad o funcionario realice por esa vía.



- iii. Una autoridad o funcionario público, en cuanto persona natural dotada de facultades racionales normales, no puede cumplir adecuadamente su función si no cuenta con un espacio mínimo de reserva, dentro del cual se lo faculte para sopesar razones, aventurar ideas o descartarlas, emitir juicios de valor, e identificar sus propias opiniones personales para distinguirlas, con mayor o menor claridad, de la posición o resolución oficial que el órgano estatal adoptará en definitiva, proceso deliberativo que no debe confundirse con los actos administrativos –que sí son públicos– y que en la mayoría de los países más avanzados en la materia está protegido por lo que se conoce como “*el privilegio deliberativo*”.
- iv. El proceso deliberativo aludido precedentemente, normalmente, no se realiza en solitario, sino por medio del intercambio de opiniones, lo que se puede llevar a cabo por distintos medios –dentro de los que cuales se encuentran, precisamente, las comunicaciones contenidas en los correos electrónicos–, a través de las cuales los funcionarios enfrentan sus diversos puntos de vista y opiniones, contrastan datos y sopesan alternativas, razón por la cual bien puede ocurrir que, al cabo de este proceso, una autoridad de gobierno cambie su opinión personal, o incluso, que no lo haga, pero que adopte oficialmente una posición que no coincide del todo con sus planteamientos más íntimos.
- v. De la circunstancia de que dichas comunicaciones y opiniones hayan sido emitidas por medio de un correo electrónico institucional –el cual, por lo demás, no ha sido concebido como un medio abierto de comunicación, sino que como uno estrictamente reservado–, no se sigue que ellas mismas tengan también el carácter de institucional, ni menos que sean de acceso al público, ya que, para eludir el carácter supuestamente público de la información que se transmite por medios técnicos institucionales, bastaría con emitir esa misma información por medio de una cuenta telefónica o una casilla electrónica personal, lo que demuestra la naturaleza formalista de esta manera de argumentar, que no resiste análisis a la luz de las garantías constitucionales en juego, es decir, para calificar la información como pública o privada, no basta con el criterio que atiende exclusivamente al medio en el cual está contenida dicha información, sino a la intención del emisor y a la naturaleza misma del mensaje que se transmite.
- vi. No cabe duda que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política, y en los artículo 5°, inciso primero, y 10, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, es pública la información que se traduce en actos y resoluciones terminales, así como sus fundamentos y sus procedimientos. Al respecto, se hace necesario considerar que la letra a) del artículo 3° del Reglamento de la Ley de Transparencia remite la definición de acto administrativo a la practicada por el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos –según el cual son actos



administrativos «...*las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*»; por lo que difícilmente podrá afirmarse que los correos electrónicos son actos administrativos, por cuanto no cumplen con ninguno de los elementos de la definición de acto administrativo que entrega el citado artículo 3º de la Ley N° 19.880, asimismo, tampoco puede considerarse que ellos constituyan per se fundamentos o documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial a un acto o a una resolución, por cuanto los literales g) y h) del artículo 3º del Reglamento ya mencionado entiende por sustento o complemento directo «...*los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto haya sido dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos*».

- vii. Cuando se trata de información relativa a comunicaciones privadas o datos personales que obran en poder de la Administración Pública, ella es un mero detentador de dicha información, debiendo tenerse presente, al respecto, que la naturaleza pública o privada de la información no se modifica por el solo hecho de cambiar quien detenta su posesión.
- viii. Sostener que el mero soporte técnico de un mensaje modifica su naturaleza, no sólo constituye un razonamiento débil y erróneo. Conlleva como consecuencia, además, una grave vulneración de importantes derechos garantizados por la Constitución Política de la República, tales como el derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, sin entrar a calificar el origen, el destino o el medio en el cual consta dicha correspondencia, de tal suerte que acceder a la solicitud del requirente implicaría privar al Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia de dichos derechos, toda vez que él ha mantenido correspondencia con otras personas por vía electrónica, con la legítima expectativa de que dicho medio le entregaba garantías mínimas de privacidad.
- ix. Para nuestros tribunales y la Contraloría General de la República, los correos electrónicos, aún los de las autoridades y funcionarios públicos, se encuentran protegidos por el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental, razón por la cual todo funcionario público, debiendo someter su acción a la Constitución y a las normas conforme a ella, no podrá afectar de modo alguno el resguardo a dichas comunicaciones, mediante la publicación de los mensajes electrónicos solicitados contenidos en casillas personales o institucionales.
- x. Por otro lado, al momento de analizar la procedencia de un acto que implique la limitación de un derecho, es pertinente tener a la vista los criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, los cuales son aplicables al caso en análisis. Sobre el particular, tal como ha recordado el Tribunal Constitucional, resulta



ineludible tener presente el principio "*pro omne*" o "*favor libertatis*" definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: «...entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana» (sentencia Rol N° 740, de 18 de abril de 2008, c. 66°).

- xii. Asimismo, debe precisarse que no toda fuente normativa puede fundar la limitación de un derecho, ya que como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, debe ser la Carta Fundamental o la ley la que de manera expresa delimita, restrinja o autorice la afectación de un derecho, puesto que aquéllos «...pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad» (Rol N° 1.365, de 8 de abril de 2010, c. 21°).
- xiii. De esta forma, considerando lo dispuesto en los artículo 5°, 6° y 7° de la Constitución Política de la República, así como en el inciso tercero de su artículo 1°, y el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se vulnerarían gravemente dichas normas, así como el principio de legalidad, si diera cumplimiento a lo solicitado como medida para mejor resolver por el Consejo para la Transparencia, ya que ello implicaría vulnerar las garantías constitucionales del artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución respecto de don Cristián Larroulet Vignau y los terceros que se hubiesen comunicado con él mediante correos electrónicos.

Y CONSIDERANDO:

I. Asuntos debatidos.

- 1) El órgano requerido denegó el acceso a los correos electrónicos que ha solicitado el requirente sosteniendo que: a) No constituyen información pública al tenor del artículo 5° de la Ley de Transparencia; b) Son secretos aplicando la causal del artículo 21 N° 2 de la misma ley, en relación con los derechos consagrados en los numerales 4°, 5° y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República; c) Su divulgación tampoco procedería por vulnerar la garantía de igualdad ante la ley que consagra el numeral 2° del mismo artículo; y d) Son secretos en atención a la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Todo ello es controvertido por el requirente, por lo que analizaremos cada una de estas alegaciones por separado.

II. Alcance del artículo 5°, inciso 2°, de la Ley de Transparencia, en relación a los correos electrónicos.



- 2) El primer problema planteado es si puede o no considerarse que los correos electrónicos intercambiados por funcionarios públicos están bajo la órbita del artículo 5°, inciso 2°, de la Ley de Transparencia, que considera pública “...la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, **cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento...**» (el destacado es nuestro), salvo las excepciones previstas en leyes de quórum calificado aplicando el artículo 8° de la Carta Fundamental. Como se explicó en la parte expositiva, el Subsecretario General de la Presidencia afirma que los correos electrónicos requeridos no son actos o resoluciones, ni sus fundamentos o documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial de un acto o resolución, sino que tienen naturaleza y origen privado, por lo que no se les aplican las normas anteriores.
- 3) La extensión del artículo 5°, inciso 2°, debe analizarse teniendo a la vista dos de los principios del derecho de acceso a la información que reconoce el artículo 11 de la misma Ley. Se trata del principio de relevancia, “...conforme al cual se presume relevante **toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamientos**» (artículo 11 letra a), y del principio de apertura o transparencia, de acuerdo al cual «...**toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública**, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas» (artículo 11 letra c). Combinando estos preceptos resulta claro que el legislador ha extendido la publicidad de la información más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución, que sólo declara públicos “...los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Ha añadido también toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de la Administración Pública, sin exigir que en estos casos se trate de fundamentos, sustento o complemento directo y esencial de actos y resoluciones. El único sentido posible del inciso segundo del artículo 5° analizado es incluir hipótesis diferentes de las previstas por el inciso primero del mismo artículo, o sería un precepto inútil. De allí la expresión “asimismo”, con que se inicia.
- 4) Este criterio fue ratificado por el propio Ministerio Secretario General de la Presidencia cuando el Ministro Eduardo Dockendorff V., mediante el oficio N° 72, de 24 de enero de 2006, envió a los Ministros, Subsecretarios e Intendentes una “Guía de reglas y criterios actualmente aplicables en materia de publicidad y acceso a la información administrativa”. Allí se indica que tras la modificación constitucional de 2005 (Ley N° 20.050), que introdujo el actual artículo 8° de la Constitución, los actos y documentos sobre los que puede ejercerse el derecho de acceso a la información se habían ampliado, y se afirma que: «La expresión “actos” utilizada por el texto constitucional no es equivalente a “acto administrativo” en los términos que define la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, sino que abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final». Concluye, en este punto, que: «De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento o sustento directo o esencial».

- 5) Debe destacarse que, según consigna el informe preparado para este Consejo por el profesor VIAL S., la historia fidedigna del establecimiento de la norma confirma lo anterior. En efecto, indica este autor que: “1.- *No hubo, ni se registró en el seno de la deliberación parlamentaria, ninguna duda o cuestionamiento sobre la eventual inconstitucionalidad de tal precepto, o al menos dudas en lo que concierne a su futura aplicación y la eventual afectación de intereses o derechos de los privados, así como tampoco respecto a supuestos usos discrecionales del articulado por parte de los requirentes de información pública estatal.* 2.- *Es más, quedó constancia en la actas parlamentarias que tal enunciado forma parte de un principio más amplio de transparencia de la función pública*”¹.
- 6) La ampliación del objeto del derecho de acceso a la información realizada por el legislador en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley de Transparencia, en relación al texto del artículo 8º de la Constitución, tiene su fundamento preciso en la misma Carta Fundamental, concretamente, en el inciso segundo de su artículo 5º (en relación con el artículo 13.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) y su artículo 19 N° 12 de la Constitución:
 - a) Por una parte, el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución obliga a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales queemanan de la naturaleza humana “...garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigente”. Uno de los tratados internacionales a que se refiere la norma recién transcrita es la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que consagra el derecho de libertad de pensamiento y expresión en su artículo 13.1, disponiendo que: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*». La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006, serie C 151, estableció que dicha norma «*al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones” protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención*» (*Ibíd.*, párr. 77). En consecuencia, es deber de los órganos públicos respetar y promover este derecho.
 - b) Por otra, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia Rol 1.800-2011, que el artículo 19 N° 12 de la Constitución «*...garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública...*» (considerando 29º), algo que ya había señalado previamente en su sentencia Rol N° 634/2006, de 9 de agosto de 2007, sosteniendo que «*...acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de*

¹ VIAL S., Tomás. “Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración y su relación con la información entregada por particulares”. Mayo de 2011, p. 50.



forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida” (considerando 10°)

- c) A su turno, la Declaración de Principios sobre libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) afirma en su principio 4 que *“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley...”*. Como consecuencia de lo anterior, las restricciones o limitaciones a este derecho *“...deben dar cumplimiento estricto a los requisitos derivados del artículo 13-2 de la Convención, esto es, las condiciones de carácter excepcional, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y proporcionalidad”* (*Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en el vol. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo N° 27*)».
 - d) Todo lo anterior ha sido reconocido en múltiples oportunidades por este Consejo, especialmente a partir de lo decidido en los amparos Rol A45-09 (considerando 10°) y Rol A44-09 (considerando 4°).
- 7) El profesor VIAL S. reafirma lo anterior en el informe ya citado, señalando que la normativa comparada y la jurisprudencia internacional entienden que el derecho a la información se predica de las informaciones o documentos que están en manos de los sujetos regulados por las legislaciones de acceso a la información y entre ellos, paradigmáticamente, la Administración. En cambio, en ninguna norma se establece que el derecho de acceso se restrinja a los *actos y resoluciones* del Estado. Concluye en este punto que: *“Si se entendiera que la publicidad se predica sólo de aquello que señala literalmente el artículo 8º de la Constitución, es decir, a los actos y resoluciones del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, la normativa chilena, hasta donde alcanza el conocimiento de este informante, pasaría a ser la más restrictiva en términos comparados en cuanto al acceso a la información. Y este efecto sería particularmente notorio si se le diera una interpretación restrictiva a la palabra actos, entendida como actos terminales de un procedimiento administrativo”*². A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, al efectuar el examen obligatorio de constitucionalidad de la Ley N° 20.285, declaró constitucionales, entre otras, las normas de los artículos 5° y 11 de la Ley de Transparencia, sin hacer ninguna observación o precisión respecto a la forma en que deben interpretarse dichos preceptos (como si lo ha hecho en otros casos).
- 8) Las reflexiones anteriores no cambian por la circunstancia de encontrarnos, en este caso, ante medios electrónicos, pues:

² Ob. cit., p. 25.

- a) Ya el artículo 5°, inciso 2°, califica como pública a toda la información que obre en poder de los órganos de la Administración, “*...cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen...*”, mismos términos que ocupa el artículo 11 y que hacen que tanto el soporte papel como los electrónicos reciban idéntico tratamiento. La equivalencia funcional entre estos soportes se plasmó en los artículos 2° d) y 3°, inciso primero, de la Ley N° 19.799, de 2002, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. A la misma conclusión conducen el artículo 10 de la Ley de Transparencia, que extiende el derecho de acceso a las informaciones contenidas en cualquier soporte, y el artículo 3°, letra e), de su Reglamento, que define “*Documentos*” como “*...todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquellos*». Así lo ha resuelto este Consejo en las decisiones recaídas en los amparos Roles C124-11, C126-11, C151-11 y C406-11, entre otras.
- b) En Chile existe una política gubernamental orientada a incorporar tecnologías informáticas en los órganos de la Administración del Estado, la que está destinada a mejorar la calidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública, y a incrementar sustancialmente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos, actualmente reflejada en el “*Plan Estratégico Gobierno Electrónico 2011-2014*”³. Varios órganos de la Administración del Estado han habilitado en sus sitios electrónicos sistemas destinados a recibir solicitudes de las personas y a darles respuesta por la misma vía.
- c) Adicionalmente existen normas legales que incentivan el uso de los correos electrónicos en las comunicaciones entre el Estado y los particulares sin que tales comunicaciones puedan considerarse, por ese sólo hecho, como privadas. Por ejemplo, el artículo 12 de la Ley de Transparencia permite a las personas que formulan solicitudes de información a los órganos de la Administración del Estado optar por ser notificados mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones que se dicten en el procedimiento administrativo de acceso a la información a que de lugar su respectivo requerimiento. Asimismo, el inciso primero del artículo 19 de la Ley N° 19.880 dispone que “*...el procedimiento administrativo podrá realizarse a*

³ El Plan está en http://www.modernizacion.gob.cl/assets/doc/Brochure_estrategia_MeGob.pdf y señala que para mejorar los tiempos y la calidad de las respuestas a las solicitudes formuladas por los ciudadanos “...se potenciará la transformación de los trámites presenciales más utilizados por los ciudadanos hacia plataformas digitales, que permitan su inicio y término en línea, reduciendo costos tanto para el solicitante como para la institución”. Además, “...se promoverá la adopción de firma electrónica en los servicios digitales del Estado con el fin de agilizar la emisión de documentos electrónicos, con la consiguiente optimización en los tiempos de respuesta”. Por último, “...considerando el alto grado de penetración de las tecnologías móviles y redes sociales, se estimulará el desarrollo de servicios y aplicaciones que permitan acceder a los servicios del Estado de manera rápida y al alcance de la mano”.



través de técnicas y medios electrónicos», permitiendo la realización de actuaciones a través de dicho tipo de medios.

- d) Los correos electrónicos son empleados, cada vez más, como fundamentos o sustento directo y esencial de actos o decisiones de los órganos de la Administración del Estado. Como ejemplo pueden verse las resoluciones N° 4.140 y 8.802, de 2009; N° 95, N° 270, N° 833, N° 1.178, N° 2.954, N° 2.957, N° 2.960, N° 3.084 y N° 3.787, de 2011; y N° 9.844, N° 9.920 y N° 9.951, todas de la Subsecretaría de Vivienda y Urbanismo, así como el D.S. N° 634/2011, del mismo Ministerio; las resoluciones N° 661/2007, y N° 429/2008, ambas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, así como los D.S. N° 84/2004, y N° 13, N° 30 y N° 170, de 2006, todos de la misma cartera; la resolución N° 109/2011, de la Subsecretaría de Transportes; las resoluciones N° 550/2003, y N° 28/2007, ambas de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción; y, el D.S. N° 157, de 2011, del Ministerio de Minería, todos ellos publicados en el Diario Oficial. Esta práctica no hace sino reconocer que estos correos constituyen una forma de comunicación formal entre los funcionarios públicos que forma parte del íter decisional en cada uno de esos casos, lo que supone reconocer que estas comunicaciones electrónicas tienen el carácter de información pública. En efecto, si aquéllas constituyen uno de los fundamentos o sustentos de un acto o resolución administrativa pasan a ser información pública al tenor del inciso 1° del artículo 5° de la Ley de Transparencia. Así lo reconoce, incluso, el Informe en Derecho del profesor CORDERO V., acompañado a estos autos por el requerido⁴.
- e) En la práctica, los correos electrónicos enviados y recibidos entre funcionarios de un mismo órgano de la Administración del Estado o pertenecientes a órganos diferentes han venido a reemplazar, en parte, a los documentos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración, siendo éstos, en principio, públicos, a menos que contengan información que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, así como en el artículo 21 de la Ley de Transparencia u otra ley de quórum calificado, deba considerarse secreta o reservada.
- f) El propio órgano reclamado reconoce que las entidades públicas ponen servidores de correo electrónico a disposición de sus funcionarios y les entregan cuentas de correo sostenidas por la plataforma técnica de las entidades respectivas, con el objeto de facilitarles el cumplimiento de sus tareas. Se trata de una concreción de los principios de eficiencia, eficacia y coordinación establecidos en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Asimismo, los correos electrónicos enviados o recibidos desde una casilla electrónica institucional – aquella otorgada por el órgano a sus funcionarios– permanecen alojados en el servidor que da soporte a la casilla electrónica del funcionario, el que,

⁴ CORDERO V., Luis. *“Sobre la improcedencia del acceso a la información pública en el caso de los correos electrónicos”*. Diciembre de 2011, capítulo II, literal c), párrafos 55 a 65, ambos inclusive, p. 25-28.



normalmente, es de propiedad del órgano respectivo o es arrendado por este a un tercero, existiendo siempre la posibilidad, material y técnica, de que el órgano acceda al contenido de dichos correos electrónicos. Por esta razón se encuentran dentro de la esfera de control del órgano y, por tanto, obran en su poder.

- 9) Por último, la información requerida no sólo obra en poder de la Subsecretaría sino que, también, constituye información elaborada con presupuesto público, al tenor del artículo 5º de la Ley de Transparencia, pues se trata de correos electrónicos enviados y recibidos desde casillas de correo electrónico institucionales, esto es, habilitadas por los órganos de la Administración del Estado, con cargo a su presupuesto, y asignadas a sus funcionarios a fin de proveer a éstos de medios idóneos para el desarrollo eficiente de sus funciones públicas. Los mensajes relacionados con el ejercicio de funciones públicas corresponden a parte del trabajo que deben realizar los servidores que los escriben y que es remunerado con fondos públicos.
- 10) Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 5º, inciso 2º, de la Ley, es aplicable a los correos electrónicos solicitados, lo que significa que se trata de información potencialmente pública. Dado que se han invocado distintas causales de secreto o reserva es preciso analizarlas y resolver cada una de ellas para saber si es posible dar acceso a la información solicitada. Asimismo, a partir de dichas causales se hará el análisis de los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

III. Análisis de la posible concurrencia de la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en relación con el derecho consagrado en el numeral 4º del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

- 11) El artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas el respeto y protección de su vida privada. Sin embargo, los correos electrónicos que motivan este caso fueron requeridos excluyendo «...cualquier e-mail que el Ministro considere está *bajo el alero de su vida privada*», esto es, restringiendo la solicitud sólo a aquéllos mensajes que tuviesen que ver con el desempeño de funciones públicas. Por lo mismo, en principio no se ve cómo podría aflorar este conflicto.
- 12) Sin embargo, el Ministro y el Subsecretario han alegado que el primero tendría una razonable expectativa de privacidad en relación al contenido de sus correos, la que se vulneraría de ordenarse la entrega de éstos. No obstante, e independientemente de lo señalado en el considerando anterior, conviene recordar que la regulación del uso y de la publicidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos no parece avalar esta expectativa, lo que es especialmente relevante dado que la mayor parte de estas regulaciones han sido dictadas por intermedio del propio Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Concretamente nos referimos a tres decretos supremos:
 - a) El D.S. N° 77/2004, MINSEGPRES, que aprueba la norma técnica sobre eficiencia de las comunicaciones electrónicas entre órganos de la Administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos establece, en su artículo 2º, que las comunicaciones que se realizan por medios electrónicos y que tengan lugar entre los órganos de la Administración del Estado y las de



éstos con las personas en todos aquellos ámbitos no regulados por otras normas legales, reglamentarias o administrativas específicas, “se someterán a los principios de legalidad, efectividad, eficiencia, **publicidad y transparencia**”. Mal podría hablarse de transparencia si se tratara de documentos *per se* reservados. El art. 6º añade que “Con la finalidad de asegurar la constancia de la transmisión y recepción, los órganos de la Administración del Estado que hagan uso de medios de comunicación electrónicos, deberán conservar los registros de estas comunicaciones por un período de tiempo que no podrá ser inferior a 6 años”. Por último, el art. 7º dispone que “Para los fines del almacenamiento obligatorio establecido en el artículo precedente, los servicios públicos deberán adjuntar los antecedentes que permiten la búsqueda y recuperación de la documentación almacenada en los repositorios de documentos electrónicos”. La simple constatación de la conservación de estos mensajes —circunstancia que, por lo demás, a ningún funcionario se le escapa— implica que su uso debiese circunscribirse a las funciones públicas que justifican que se les haya asignado una casilla institucional;

- b) El D.S. N° 83/2004, MINSEGPRES, que aprueba la norma técnica para los órganos de la Administración del Estado sobre seguridad y confidencialidad de los documentos electrónicos, define documentos públicos como los que «...no son ni reservados ni secretos y cuyo conocimiento no está circunscrito»; documentos reservados, como aquellos «...cuyo conocimiento está circunscrito al ámbito de la respectiva unidad del órgano a que sean remitidos, en virtud de una ley o de una norma administrativa dictada en conformidad a ella, que les confiere tal carácter»; documentos secretos, como los «...que tienen tal carácter de conformidad al artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y su Reglamento» (artículo 5º). Esto no puede sino significar que de modo alguno se entendía que los correos electrónicos fuesen, en sí mismos, secretos, sino que se les aplicaban las categorías generales⁵ y que, incluso, se entendía que debía existir una norma que confiriera esa condición de manera expresa, cuestión que tras la reforma constitucional de 2005 sólo puede hacer una ley de quórum calificado basada en las causales del artículo 8º. La obsolescencia de las definiciones transcritas tras dicha reforma no quita que su sentido sea claro: el secreto o la publicidad de un correo depende de su contenido, no del hecho de ser una comunicación electrónica; y
- c) El D.S. N° 93/2006, MINSEGPRES, que aprueba la norma técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados recibidos en las casillas electrónicas de los órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios, por último, dispone en el inciso 1º de su artículo 9º que: «...los

⁵ Cabe señalar que el art. 6º de esta norma dispone que la seguridad del documento electrónico “...se logra garantizando los siguientes atributos esenciales del documento: a) Confidencialidad”. Sin embargo, esto debe leerse al tenor de las definiciones citadas arriba que reconocen que no todo documento electrónico es confidencial.

órganos del Estado deberán instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen para el cumplimiento de su funciones, propendiendo a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo órgano. La utilización de dichas casillas para comunicaciones personales o privadas quedará prohibida cuando así lo ordene expresamente la respectiva autoridad o jefe superior de servicio, caso en que se autorizará a los funcionarios para habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignado en la institución». Tal como en los casos anteriores aparece con nitidez la distinción entre correos públicos y correos privados. Esa es la diferenciación que justifica dar un tratamiento diverso a los correos atendiendo a su contenido, y no al continente.

Estos tres Decretos Supremos, todos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, demuestran que más bien que una expectativa de privacidad los funcionarios deberían tener una expectativa de publicidad. No hay en ellos una declaración general de reserva sino que, más bien, una reconducción a las categorías generales de secreto que actualmente regula la Ley de Transparencia, y que dependen del contenido de la comunicación y no de su continente.

- 13) La expectativa de privacidad que se alega pugna, por otro lado, con los artículos 20 y 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, pues la publicidad de la información administrativa se ve limitada tratándose de documentos que contengan información que afecte derechos de terceros y no meras expectativas o simples intereses de las personas. Así lo establece expresamente la parte final del numeral 2º del artículo 7º del Reglamento de la Ley de Transparencia, conforme al cual sólo cabe entender como derechos “...aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas, en título de derecho y no de simple interés”.
- 14) Tampoco se estima que pueda calificarse a los correos solicitados de datos personales de carácter sensible. Al tenor de la definición de éstos debería haberse acreditado que su contenido se refiere a características físicas o morales de personas determinadas o determinables o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, y nada de esto se ha acreditado. Cabe recordar, en esta línea, que el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108º período ordinario de sesiones, en octubre de 2000, establece que «...las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público».
- 15) Por otro lado, si se estimara que los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de materias propias del desempeño de sus funciones son comunicaciones de carácter privado, se crearía un canal secreto que transformaría en reservados documentos esencialmente públicos por el puro hecho de ser remitidos por esa vía. Así ocurriría, por ejemplo, con los documentos adjuntos a un e-mail o con las respuestas que los órganos de la administración otorgan electrónicamente, como ocurre en la mayoría de las solicitudes presentadas conforme a la Ley de Transparencia. Esto sería especialmente grave si cada día se está profundizando la opción por el uso de medios electrónicos en el Gobierno y generaría un bolsón de opacidad que permitiría a los órganos de la Administración del Estado

vulnerar la letra y el espíritu de la Ley de Transparencia, atentando contra el régimen democrático que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución, debe imperar en Chile. Por lo mismo, este Consejo no puede aceptar una interpretación que conduzca a estos efectos.

- 16) Por todo lo anterior se rechazará que los correos electrónicos sean comunicaciones secretas en sí mismas. Dicho de otro modo, pueden ser secretas pero en función de su contenido: no de su continente.
- 17) No obstante todo lo indicado, es posible que entre los correos electrónicos que se solicitan exista/n alguno/s que exponga/n algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor, su receptor o un tercero, o no se relacionan con el ejercicio de funciones públicas. Esta situación no ha podido ser directamente verificada en el caso en análisis porque el órgano requerido no remitió a este Consejo copia de la información en comento, pese a que le fuera expresamente solicitada. Con todo, dado que la Ley de Transparencia consagra el principio de la divisibilidad, conforme al cual cuando un documento contiene información que puede ser conocida, e información que debe denegarse en virtud de causa legal, deberá darse acceso a la primera y no a la segunda.

IV. Análisis de la posible concurrencia de la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en relación con el derecho consagrado en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

- 18) El artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República protege la inviolabilidad de *“toda forma de comunicación privada”*. El órgano requerido estima que los correos electrónicos solicitados caen dentro de esta categoría de comunicaciones y sólo podrían interceptarse en los casos y formas determinados por la ley, sin que este fuera uno de esos casos.
- 19) El primer punto a revisar es si estamos en presencia de comunicaciones privadas. La Constitución Política de 1925, antecesora de la actual Carta Fundamental, garantizaba en su art. 10 N° 13 *“La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica”*, y añadía: *“No podrán abrirse, ni interceptarse, ni registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados por la ley”*. La garantía, entonces, se extendía a las cartas o telegramas. Al redactarse la Constitución de 1980 se propuso una redacción semejante, que garantizaba la inviolabilidad del hogar y la correspondencia, a secas. En la sesión N° 128 de la Comisión de Estudios, de 10 de junio de 1975, su Presidente, Enrique Ortúzar, planteó que el término *“correspondencia”* era muy específico y propuso usar *“comunicaciones”*, para postular luego *“...si el término más adecuado no fuera ‘comunicaciones privadas’, porque ‘comunicaciones’ cubre todo acto, no sólo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana. Y al decir ‘privadas’ el concepto se circunscribe obviamente a las comunicaciones que no son públicas, porque en las comunicaciones públicas no hay inviolabilidad. La idea es la comunicación privada: puede ser telefónica, telegráfica, epistolar o por otras formas que todavía no se conocen”*. La Comisión aceptó la propuesta entendiendo que una comunicación era privada cuando el remitente *“...elige soberanamente la persona del*

destinatario... con el evidente propósito de que sólo él la reciba”, como plantearon los comisionados Alejandro Silva B. y Jorge Ovalle Q⁶.

- 20) El texto constitucional, sin embargo, no puede quedar congelado en su interpretación a lo señalado en su historia fidedigna, que atendía además a una realidad diversa de la actual, mucho más cuando posteriormente en esta materia la Constitución ha sufrido reformas relevantes, que exigen buscar una interpretación sistemática. Nuestro Tribunal Constitucional ha expresado, en una sentencia paradigmática, que “*La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose aquella interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella*” (Sentencia Rol 33, de 15 de noviembre de 1985). Esto exige examinar el texto constitucional a la luz de la realidad actual y considerando atentamente la modificación constitucional de 2005, que exige a quienes ejerzan funciones públicas dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones y que declara públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Considerando todos estos elementos este Consejo estima que calificar a los correos de servidores públicos referidos al ejercicio de funciones públicas como “comunicaciones privadas” por haberse dirigido, con ánimo de reserva, a personas determinadas (en este caso, también a servidores públicos), importaría un fuerte retroceso para los propósitos de la Ley de Transparencia, pues sustraería de su aplicación un importante volumen de información. Tolerar esta interpretación, además, llevaría a que pudiese plantearse el mismo argumento tratándose de cualquier oficio o comunicación en soporte papel, lo que terminaría frustrando el propósito trabajosamente perseguido por nuestros constituyentes en 2005, y por nuestros legisladores en 2008, lo que resulta difícil de comprender si, como ya hemos visto, los correos de servidores públicos referidos al ejercicio de funciones públicas, en principio, son información pública (además de hechos de interés público, conforme a la Ley N° 19.733, de 2001)⁷. Todo ello hará que este Consejo rechace aplicarles el estándar de protección que se otorga a las comunicaciones que forman parte del ámbito de la intimidad de los sujetos. Los servidores públicos no tienen derecho a impedir que los demás puedan, en principio, conocer las comunicaciones electrónicas que intercambien en cuanto tales; por el contrario, respecto de ellas tienen un deber de transparencia que sólo cesa si se acredita la concurrencia de una causal de secreto atendiendo al contenido del mensaje concreto.
- 21) Por ello, y siguiendo los criterios expresados por este Consejo en la decisión Rol C83-10, de 22 de junio de 2010, así como también en las decisiones recaídas en los amparos Rol C640-10, C124-11, C377-11 y C406-11, debe estimarse que la solicitud planteada en la especie y referida, exclusivamente, al conocimiento de correos

⁶ EVANS de la Cuadra, Enrique. “*Los Derechos Constitucionales*”, T. I., 2^a ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 244-246.

⁷ El art. 30, inc. 3º, letra a), de la Ley N° 19.733, de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, considerará como hechos de interés público de una persona “*Los referentes al desempeño de funciones públicas*”. En cambio, su inciso final considera “...*como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito*”. Por otro lado, el mismo precepto establece que uno de los requisitos para la procedencia de la *exceptio veritatis* en el delito de injuria cometido a través de cualquier medio de comunicación, que la imputación se refiere a “hechos propios del ejercicio de funciones públicas”.



electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos, respecto de materias propias del desempeño de sus funciones, no recae en comunicaciones de carácter “privado”, en los términos del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República.

V. Determinación y especificidad del procedimiento de la Ley de Transparencia para permitir el acceso a los correos electrónicos.

- 22) A propósito del artículo 19 N° 5 de la Constitución se ha impugnado también la falta de determinación y especificidad que tendría la Ley de Transparencia para levantar la inviolabilidad de comunicaciones privadas. Dado que se ha señalado que las comunicaciones que han motivado este amparo no pueden calificarse como privadas (sin perjuicio de la posible aplicación del principio de divisibilidad) no caben tales exigencias. Sin perjuicio de ello, este Consejo estima que la mencionada ley cumple con los requisitos de determinación y especificidad necesarios para acceder a la información solicitada.
- 23) En efecto, la Ley de Transparencia contempla un procedimiento específico y de carácter especial para acceder a la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado, conforme al cual, frente a la denegación de información por parte del órgano o a la falta de pronunciamiento respecto de los requerimientos formulados, corresponde a este Consejo resolver si determinados antecedentes poseen o no la calidad de información pública, para lo cual los intervenientes en el procedimiento respectivo deben aportar los medios de prueba que estimen pertinentes en sustento de sus respectivos planteamientos.
- 24) Como existe la posibilidad de que la difusión de la información solicitada pudiera afectar derechos de terceros, la Ley exige al órgano requerido que, de prever esta situación, comunique a dichos terceros la solicitud, lo que les permitirá consentir en la entrega u oponerse a ella. En consecuencia, si el Subsecretario estimaba que en los correos solicitados podían ventilarse asuntos referidos a la vida privada de terceros o del Ministro, debería haber procedido a efectuar esta comunicación. Así, el Ministro podía evitar que la información fuese conocida sin que mediara una revisión, por parte de un tercero imparcial, de su contenido, de manera que se verificara tal afectación. Ese tercero era este Consejo y, en caso de reclamarse la ilegalidad de lo que se decidiera, la Corte de Apelaciones.
- 25) Para resolver un asunto de esta naturaleza la Ley permite al Consejo solicitar los antecedentes cuya publicidad se debate. Como consta en la parte expositiva así se hizo pero la Subsecretaría General de la Presidencia se negó sistemáticamente a proporcionar copia de la información requerida, con lo que el presente amparo se deberá resolver sólo con los antecedentes y argumentaciones que se han reunido en el curso de su tramitación. Cabe señalar que la Ley garantiza la reserva de la información que el Consejo examine en el artículo 26 de la Ley⁸.

⁸ “Cuando la resolución del Consejo que falle el reclamo declare que la información que lo motivó es secreta o reservada, también tendrán dicho carácter los escritos, documentos y actuaciones que hayan servido de base para su pronunciamiento. / En caso contrario, la información y dichos antecedentes y actuaciones serán públicos.



- 26) En consecuencia, la Ley prevé un procedimiento específico y medidas determinadas a adoptar tratándose de este tipo de solicitudes, por lo que tampoco puede prosperar esta alegación.
- 27) Con todo, dado que no se comunicó la solicitud que origina este caso al Ministro Secretario General de la Presidencia, don Cristian Larroulet Vignau, en los términos del artículo 20 de la Ley de Transparencia, este Consejo determinó oficiarle para que hiciera valer sus derechos como tercero. Al evacuarlo, señaló que los correos electrónicos a que se refiere la solicitud del Sr. Juan José Soto ascienden, aproximadamente, a 350, y se opuso a su entrega, haciendo propios todos los fundamentos expuestos por el órgano reclamado para fundamentar la denegación de los correos electrónicos requeridos así como en la tramitación del presente amparo. Agregó que todos los antecedentes a que se refiere la solicitud del reclamante corresponden a comunicaciones personales que, por tanto, se encuentran dentro de la esfera de su privacidad. Dicha argumentación no puede compartirse dado todo lo señalado precedentemente.

VI. Análisis de la posible concurrencia de la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en relación con el derecho consagrado en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

- 28) También se alega que dar acceso a estos correos electrónicos vulneraría el derecho de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, toda vez que los funcionarios públicos —un grupo en particular— quedarían en una situación de menoscabo respecto de los demás sujetos, cuyas comunicaciones son inviolables.
- 29) Se ha dicho que «...*la igualdad ante la ley significa que deben contemplarse las mismas normas jurídicas para todas las personas que se encuentren en análogas situaciones de hecho*»⁹. Nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 53, de 5 de abril de 1988, señala que la igualdad ante la ley «...*consiste en que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso, conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición*»¹⁰. Adicionalmente, ha afirmado en la sentencia Rol 1732-10-INA y 1800-10-INA (acumulados), de 21 de junio de 2011, que «...*la Constitución no prohíbe cualquier diferencia que el legislador establezca, sino sólo aquellas arbitrarias. Así, la igualdad “consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para quienes se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuencialmente, diversas para quienes se encuentran en situaciones diferentes” (entre otras, STC Rol N° 1414, C° 14) y “las diferencias deben ser razonables, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Alemán” (Rol N° 1710-10)*» (considerando 48°).

⁹ En la situación prevista en el inciso precedente, el reclamante podrá acceder a la información una vez que quede ejecutoriada la resolución que así lo declare”.

¹⁰ MOLINA G., Hernán. *Derecho Constitucional*, 6^a ed. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, p. 260.

¹⁰ Cita aquí a LINARES Q., Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. IV, 1956, p. 263.



30) La igualdad ante la Ley, entonces, supone términos de comparación análogos lo que no ocurre en este caso: los funcionarios públicos están sujetos a exigencias diferenciadas de los particulares y tienen una esfera más reducida de vida privada en cuanto ejercen funciones públicas, motivo por el cual el freno que oponen al derecho de acceso a la información es más débil. Por otra parte, la información pedida no se refiere al ámbito de la intimidad. Finalmente, la exigencia resulta aplicable a todas las personas que se encuentren en una misma situación jurídica, a saber: que se trate de correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas. Así lo exige la transparencia de los actos de los órganos del Estado, necesaria para que la sociedad pueda ejercer un control social sobre el ejercicio de las funciones públicas. No puede, en consecuencia, sostenerse que se trate de una discriminación arbitraria.

VII. Derecho Comparado en relación a la publicidad de los correos electrónicos en el sector público.

- 31) La reflexión sobre este caso tuvo a la vista la versión preliminar de un Informe en Derecho elaborado por los profesores Ignacio Covarrubias y Jose Manuel Díaz de Valdés respecto del tratamiento de los correos electrónicos de los funcionarios públicos en otros ordenamientos, el que en términos generales concluye que en Estados Unidos, Inglaterra y Canadá, países que cuentan con Leyes de Acceso a la Información Pública, se considera que los correos electrónicos de funcionarios públicos son documentos públicos si existe vinculación entre la información solicitada y el desempeño público del funcionario. Para determinar la publicidad o privacidad resulta decisivo la incidencia del e-mail en la función pública que el funcionario desempeña. Con todo, existiendo la referida vinculación con la función pública puede también concurrir alguna de las excepciones generales al derecho de acceso. Para resolver si ello ocurre deberá analizarse el contenido del correo, como ocurriría con cualquier otro documento al que se pidiera acceso. En resumen, se trata de una postura del todo semejante a la que inspira a esta decisión, lo que se reflejará con tres ejemplos concretos que van en la misma línea.
- 32) Particular interés tiene en esto el caso de Inglaterra, pues el criterio del Comisionado de Información (<http://www.ico.gov.uk/>) era que los e-mails enviados o recibidos por los funcionarios en su lugar trabajo eran potencialmente accesibles si tenían relación con los deberes del funcionario y no si se referían a su vida privada, de manera que el contenido del e-mail resulta fundamental¹¹. Esta perspectiva se profundizó cuando, a fines de 2011, el Comisionado emitió una guía general sobre los e-mails de autoridades públicas contenidos en *cuentas electrónicas privadas* (el que fue acompañado por la parte requirente en la audiencia)¹², precisando que lo relevante no es si el mensaje está en una cuenta institucional o privada: es el contenido del e-mail, por lo que si en un

¹¹ *Freedom of Information Act, Awareness Guidance N° 12*, Versión 2.0 de 26 de febrero de 2007 (disponible en: http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/freedom_of_information/detailed_specialist_guides/awareness_guidance_12_info_caught_by_foi_act.pdf), p. 7.

¹² *Official information held in private email accounts*, Versión 1.0 de 15 de diciembre de 2011 (disponible en: http://www.ico.gov.uk/for_organisations/guidance_index~/media/documents/library/Freedom_of_Information/Detailed_specialist_guides/official_information_held_in_private_email_accounts.ashx, 26 de diciembre de 2011).



correo de una cuenta privada se contiene información que “se relaciona con asuntos oficiales de la autoridad pública” queda sujeto a la Freedom of Information Act y puede accederse a él. De hecho, en una decisión muy reciente el Comisionado ha aplicado este criterio autorizando el acceso a correos electrónicos enviados por el Ministro de Educación y algunos de sus asesores desde cuentas electrónicas privadas¹³.

- 33) Tratándose de Estados Unidos es ilustrativo el caso de la ex gobernadora de Alaska y candidata a la Vicepresidencia de ese país, Sarah Palin, pues las autoridades del Estado norteamericano de Alaska hicieron públicos sus correos electrónicos después de que varios medios de comunicación los solicitaron en base a la Ley de Libertad de Información de dicho Estado, reservando algunos por privilegios ejecutivos y asuntos de intimidad. Los medios pidieron conocer esta correspondencia en 2008, poco después de que Palin fuese anunciada como compañera de fórmula del ex candidato republicano a la presidencia John McCain¹⁴. Incluso, “The New York Times” escaneó y mantiene todavía publicados estos e-mails en su sitio web¹⁵.
- 34) Los casos anteriores son congruentes con la situación mexicana, que este Consejo ya ha recogido en anteriores decisiones (p. ej., Decisión C406-11, considerando 8°), pues los correos electrónicos y sus documentos adjuntos se consideran documentos e información pública conforme al artículo 3° de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental¹⁶, de 2002. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos de México (<http://www.ifai.org.mx/>), en sus “Recomendaciones para la organización y conservación de correos electrónicos institucionales de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal”, de 2009, define correos electrónicos de archivo como aquellos “...correos institucionales que registran información relativa a un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable, generado, recibido o conservado bajo cualquier título, en la organización del trabajo, en el ejercicio de atribuciones de las dependencias o entidades y la actividad o desempeño de los servidores públicos, incluidos los procesos deliberativos respectivos” (Recomendación Cuarta). Señala, luego, que “Los correos electrónicos de carácter estrictamente personal que no guardan relación con el ejercicio de las atribuciones de la dependencia o entidad, ni con el desempeño o actividades de las personas en su calidad de servidores públicos, no son objeto de las presentes recomendaciones” (Recomendación Segunda).

¹³ Decisión FS54022276, de 12 de marzo de 2012, disponible en: http://www.ico.gov.uk/news/latest_news/2012/~/media/documents/decisionnotices/2012/fs_50422276.ashx.

¹⁴ 2.275 páginas de un total de 24.000 no fueron distribuidas a los medios de comunicación, “citando privilegios ejecutivos y asuntos de intimidad” según BBC. Agrega este medio que el “Washington Post” hizo un llamamiento a “100 lectores organizados y diligentes” para ayudarles a sus periodistas a analizar los correos electrónicos. Cfr. en <http://www.europapress.es/internacional/noticia-publican-correos-electronicos-sarah-palin-cuando-era-gobernadora-20110610193845.html> y http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/06/110611_sarah_palin_emails_rg.shtml

¹⁵ Cfr. en <http://projects.nytimes.com/palin-emails/date/2008-08-01>

¹⁶ “III. Documentos: Los expedientes, reportes, estudios, actas, resoluciones, oficios, **correspondencia**, acuerdos, directivas, directrices, circulares, contratos, convenios, instructivos, notas, memorandos, estadísticas o bien, **cualquier otro registro** que documente el ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos, sin importar su fuente o fecha de elaboración. Los documentos podrán estar en cualquier medio, sea escrito, impreso, sonoro, visual, **electrónico, informático** u holográfico” (los destacados son nuestros).



VIII. Análisis de la posible concurrencia de la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, en relación con el derecho consagrado en el numeral N° 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

35) Se alegó, además, la afectación del artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental. Éste asegura que los preceptos legales que por mandato 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. La vulneración del este numeral sólo podría producirse, en consecuencia, si alguno de los derechos fundamentales que se estiman afectados estuviese siendo vulnerado por la entrega de los correos solicitados. Sin embargo, este Consejo estima que ello no ocurre, atendidos los fundamentos expuestos precedentemente. En consecuencia, por lógica no puede entenderse infringido este precepto.

IX. Análisis de la posible concurrencia de la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia (debido funcionamiento del servicio).

36) Por último, el órgano requerido ha sostenido que la publicidad, comunicación o conocimiento de los correos electrónicos afectaría el debido cumplimiento de sus funciones al desincentivar, entre los funcionarios y autoridades del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el uso de correos electrónicos. No contar con este medio de comunicación, informal y expedito, perjudicaría de modo “probable, presente y específico” la realización de las labores propias del Ministerio.

37) Dicho argumento no puede compartirse, sin embargo, dado que la solicitud recae en comunicaciones entre funcionarios a través de casillas institucionales y referidas a sus funciones públicas. Aceptar que los funcionarios supusieran que la pura utilización del correo impediría la aplicación de la Ley de Transparencia no parece razonable, más si éste, crecientemente, está siendo utilizados como fundamento o complemento directo de actos administrativos. Atendida la presunción de publicidad de la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado –consagrada en los artículos 5º, inciso segundo, y 11, letras a) y c) de la Ley de Transparencia–, para negar el acceso a dichos antecedentes debería invocarse una causal legal de secreto o reserva y acreditar su concurrencia, lo que en este caso no ha ocurrido lo que lleva a desestimar la aplicación de la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia.

38) Lo anterior no obsta a que, de haberse acreditado suficientemente la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva específica, como por ejemplo la alegación del privilegio deliberativo recogida en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, este Consejo la habría acogido. En efecto, así como no puede sostenerse que todos los correos electrónicos de las autoridades son reservados no cabe, tampoco, estimar que todos esos correos son públicos. Cabe recordar que a través del Oficio N°343, de 2012, este Consejo requirió específicamente al Subsecretario que le informara si respecto de los correos solicitados concurrían otras hipótesis de secreto o reserva establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia diferentes de las alegadas en los descargos (“a modo de ejemplo, constituir antecedentes o deliberaciones previas para la adopción de una decisión en los términos



que ha reconocido la jurisprudencia de este Consejo, la afectación del interés de la nación, etc."). El Subsecretario, sin embargo, rechazó responder lo consultado señalando que, de hacerlo, infringiría el principio de legalidad y las garantías constitucionales del Ministro Larroulet.

X. Conclusión.

- 39) En consecuencia, este Consejo estima que los correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde su casilla institucional y en ejercicio de funciones públicas —esto es, no los que tengan que ver con su vida privada o personal—, son públicos sino se acredita la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva. El secreto o la reserva de la información dependen del contenido y no del continente. Sólo así son posibles el control y la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y el adecuado ejercicio de la libertad de expresión.
- 40) En mérito de todo lo razonado este Consejo acogerá el presente amparo, y requerirá a la Subsecretaría General de la Presidencia que, dentro del plazo que se indicará en la parte resolutiva de esta decisión, entregue a don Juan José Soto copia de los correos electrónicos solicitados tarjando o resguardando, solamente, los antecedentes que pudieran contenerse en ellos relativos a la intimidad o vida privada de sus emisores o receptores de acuerdo a lo señalado en el considerando 17°.
- 41) Por último, se le representará a la Subsecretaría General de la Presidencia que pese a haber estimado que la información requerida podía afectar los derechos del Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia, no comunicó a dicha autoridad, como tercero afectado, la solicitud de don Juan José Soto ni la facultad que le asistía para oponerse a la entrega de los documentos requeridos, lo que implica una vulneración al artículo 20 de la Ley de Transparencia, razón por la cual se le requerirá que adopte las medidas administrativas que sean necesarias para que, en lo sucesivo, frente a una situación similar, cumpla cabalmente con el procedimiento de oposición regulado en la norma citada.

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

- I. Acoger el amparo presentado por don Juan José Soto, en contra de la Subsecretaría General de la Presidencia, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.
- II. Requerir al Sr. Subsecretario General de la Presidencia que:
 - a) Entregue a don Juan José Soto una copia de los correos electrónicos que, entre los días 18 y 21 de julio de 2011, el Ministro Secretario General de la Presidencia envió desde su cuenta de correo institucional hacia cuentas de otros funcionarios públicos, así como aquellos correos que durante el mismo periodo recibió en su cuenta de correo institucional desde cuentas de otros funcionarios públicos, que traten de materias propias del desempeño de las funciones públicas del Ministro,



excluyendo cualquier e-mail que exponga algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor, o que no diga estricta relación con el desempeño de sus funciones públicas.

- b) Dé cumplimiento a lo dispuesto en la letra anterior en un plazo de 15 días hábiles contados desde que quede ejecutoriada la presente decisión, bajo el apercibimiento de proceder conforme disponen los artículos 45 y siguientes de la Ley de Transparencia
 - c) Informe el cumplimiento de la decisión mediante comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la Oficina de Partes de este Consejo (Agustinas N° 1291, piso 6º, comuna y ciudad de Santiago), de manera que esta Corporación pueda verificar que el cumplimiento de las obligaciones impuestas precedentemente en tiempo y forma.
- III. Representar al Sr. Subsecretario General de la Presidencia que pese a haber estimado que la información requerida podía afectar los derechos del Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia, no comunicó a dicha autoridad, como tercero afectado, la solicitud de don Juan José Soto ni la facultad que le asistía para oponerse a la entrega de los documentos requeridos, lo que implica una vulneración al artículo 20 de la Ley de Transparencia, y requerirle que adopte las medidas administrativas que sean necesarias para que, en lo sucesivo, frente a una situación similar, cumpla cabalmente con el procedimiento de oposición regulado en la norma citada.
- IV. Encomendar al Director General de este Consejo notificar la presente decisión a don Juan José Soto, al Sr. Subsecretario General de la Presidencia y al Sr. Ministro Secretario General de la Presidencia, don Cristian Larroulet Vignau, en su calidad de tercero afectado.

VOTO DISIDENTE

La presente decisión es acordada con el voto disidente del Consejero don José Luis Santa María Zañartu, quien fue partidario de denegar el acceso a los correos electrónicos solicitados por las siguientes razones:

- 1) A diferencia del voto mayoritario este Consejero estima que en este caso debía aplicarse la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia para proteger el proceso deliberativo de las autoridades y funcionarios.
- 2) Para el suscrito los correos electrónicos constituyen un espacio para intercambiar abiertamente opiniones, contrastar datos y sopesar alternativas, permitiendo que los funcionarios y autoridades incluso varíen de opinión y terminen inclinándose respecto de posturas acerca de las cuales han manifestado dudas, con la tranquilidad de que el contenido de estas comunicaciones electrónicas no afectará la decisión que en definitiva se adopte y que se hará pública.
- 3) En efecto, de conocerse todas las opiniones emitidas durante los procesos decisionales se debilitarían, de haber muchas críticas internas, las opciones seleccionadas, perjudicándose con ello el interés general y el correcto funcionamiento de los servicios



públicos, mucho más tratándose de una autoridad con rango de Ministro y que tiene a cargo delicadas funciones políticas, como ocurre en este caso.

- 4) Que, en último término, entendiendo la necesidad de compatibilizar la transparencia y publicidad de los antecedentes referidos al ejercicio de funciones públicas que estén contenidos en correos electrónicos y la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones de las autoridades y funcionarios públicos, junto con el llamado privilegio deliberativo, este disidente estima que es tarea del legislador regular expresamente cuándo y cómo las comunicaciones contenidas en dichos correos pueden ser conocidas, previa solicitud de acceso a la información, por un órgano como el Consejo para la Transparencia, para definir si procede a su respecto la reserva o la publicidad.
- 5) Que, en virtud de lo razonado, este disidente estima que se debe rechazar el amparo deducido por don Juan José Soto, en contra de la Subsecretaría General de la Presidencia.

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 los artículos 28 y siguientes de la Ley de Transparencia. No procede, en cambio, 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 Alejandro Ferreiro Yazigi y por los Consejeros doña Vivianne Blanlot Soza, y don José Luis Santa María Zañartu. Se deja constancia que el Consejero Jorge Jaraquemada Roblero se abstuvo de participar en la discusión y resolución de este caso a partir de la sesión ordinaria N° 314 del Consejo Directivo, celebrada el 27 de enero de 2012, en que planteó que la Fundación Jaime Guzmán Errázuriz, de la cual es Director Ejecutivo, se adjudicó —mediante la Resolución N° 3.341/2011, de 28 de noviembre de 2011— la licitación N° 617-6-LE11, convocada por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia y referida a la elaboración de un “Estudio comparado de modelos de declaraciones de patrimonio e intereses”, con lo que estima que se configura la hipótesis prevista en el punto 3.b) del acuerdo de este Consejo sobre tratamiento de los conflictos de intereses, adoptado en su sesión N° 101, de 9 de noviembre de 2009.

Certifica el Director General del Consejo para la Transparencia, don Raúl Ferrada Carrasco.

