

DECISIÓN AMPARO ROL C1125-15

Entidad pública: Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura

Requirente: Cristián Arroyo Díaz

Ingreso Consejo: 25.05.2015

En sesión ordinaria N° 644 del Consejo Directivo, celebrada el 1° de septiembre de 2015, 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 C1125-15.

VISTO:

Los artículos 5°, inciso 2°, 8° y 19 N° 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y de la ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado; lo previsto en el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado; y los decretos supremos N° 13, de 2009 y N° 20, de 2009, ambos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueban, respectivamente, el reglamento del artículo primero de la ley N° 20.285, en adelante e indistintamente, el Reglamento, y los Estatutos de Funcionamiento del Consejo para la Transparencia.

TENIENDO PRESENTE:

- 1) **SOLICITUD DE ACCESO:** El 20 de abril de 2015, don Cristián Arroyo Díaz, solicitó al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura –en adelante e indistintamente Sernapesca– los siguientes antecedentes:
 - a) *“Copia de minuta, memorándum, agenda o cualquier documento donde conste cualquier reunión formal sostenida entre el Director Nacional de Sernapesca y cualquier representante de Salmon Chile, ya sea en las dependencias de Sernapesca a lo largo del país o en el exterior de las dependencias, ocurrida entre el 17 de julio de 2014 y el 19 de abril de 2015;*
 - b) *Copia de los correos electrónicos intercambiados entre el Director Nacional de Sernapesca con cada uno de los personeros de Salmon Chile con los que exista correspondencia entre el 17 de julio de 2014 y 19 de abril de 2015;*
 - c) *Copia de listado de llamadas registradas entre el Gerente General de Salmon Chile, Felipe Manterola y el Director Nacional de Sernapesca ocurridas entre el 17 de julio de 2014 y el 19 de abril de 2015”.*

- 2) **RESPUESTA:** Sernapesca, mediante comunicaciones de 18 y 19 de mayo de 2015, remitió al solicitante información sobre las reuniones sostenidas por el Director Nacional y el representante de la Asociación de la Industria del Salmon de Chile A.G. Conjuntamente con lo anterior, le indicó que en conformidad a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, la solicitud de información fue puesta en conocimiento de la empresa consultada, oponiéndose esta a la entrega de la información referida a los correos electrónicos. Por tal razón, y atendido los efectos que dispone el citado artículo 20, dicho órgano se encuentra impedido de acceder a la entrega de la totalidad de los antecedentes solicitados.
- 3) **AMPARO:** El 25 de mayo de 2015, don Cristián Arroyo Díaz, dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de Sernapesca, fundado en la denegación de parte de la información solicitada. Lo anterior, por cuanto el referido organismo no hizo entrega de los correos electrónicos requeridos por oposición del tercero interesado.
- 4) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de esta Corporación, admitió a tramitación el referido amparo y, mediante Oficio N°3.908, de 3 de junio de 2015, confirió traslado al Sr. Director Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, solicitándole que al formular sus descargos: (1°) se refiriera a la eventual concurrencia de una causal de secreto o reserva de la información solicitada; (2°) acompañara todos los documentos incluidos en el procedimiento de comunicación a la empresa consultada, incluyendo copia de la respectivas comunicaciones, de los documentos que acrediten su notificación y del escrito de oposición presentado por ésta; (3°) proporcionara los datos de contacto; nombre, dirección, número teléfono y correo electrónico del tercero, a fin de evaluar una eventual aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento.

El Director Nacional de Sernapesca, evacuó sus descargos y observaciones mediante el Oficio N° 68.465, de 23 de junio de 2015, señalando en síntesis lo siguiente:

- a) La divulgación de los correos requeridos, vulneraría el debido respeto a la vida privada de los involucrados. Por lo anterior, estima aplicable la hipótesis de reserva dispuesta en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.
- b) Agregó, que divulgar información como la solicitada afectaría el privilegio deliberativo de la autoridad involucrada. Lo anterior, toda vez que la publicidad de la información se extiende a la *“información documentada en el procedimiento, pero no se extienden al intercambio de opiniones que permitió adoptar las decisiones. Pues bien, los correos electrónicos del Director Nacional, contenidos en su casilla institucional, por esencia, dicen relación con su función deliberativa y, en consecuencia, se encontrarían protegidos por este privilegio”*. En consecuencia, resulta aplicable la hipótesis de reserva dispuesta en el artículo 21 N° 1 letra b). Asimismo, y atendido el carácter genérico de la solicitud, igualmente resulta aplicable el literal c) del referido numeral 1° del citado artículo 21.

- 5) **DESCARGOS Y OBSERVACIONES DEL TERCERO INVOLUCRADO:** En virtud de lo previsto en los artículos 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento, el Consejo Directivo de este Consejo, mediante Oficio N° 3.909, de 3 de junio de 2015, notificó al tercero involucrado, a fin que presentara sus descargos y observaciones.

Don Pablo Manouvrier Pozo, en representación del tercero interesado, mediante presentación de 6 de julio de 2015, señaló en síntesis que la información solicitada debía mantenerse en reserva. Lo anterior, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

Y CONSIDERANDO:

- 1) Que del análisis de los antecedentes remitidos por la reclamada en esta sede, este Consejo ha podido constatar, que dicho órgano infringió lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia. Lo anterior, por cuanto comunicó la solicitud de información al tercero interesado en exceso del plazo de dos días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud –20 de abril de 2015–, lo que se verificó sólo el 14 de mayo del mismo año, esto es, al decimoséptimo día hábil siguiente a la recepción del requerimiento. La referida infracción, le será representada a la parte requerida, en lo resolutive de la presente decisión.
- 2) Que de conformidad a los dichos del reclamante, anotados en el numeral 3° de lo expositivo, el presente amparo se encuentra circunscrito a aquella información referida a los correos electrónicos intercambiados entre el Director Nacional de Sernapesca y personal de la Asociación de la Industria del Salmon de Chile A.G. Sobre el particular, Sernapesca indicó que no le era posible entregar la información consultada, por estimar aplicable lo dispuesto en el artículo 21 N° 1 letra b) de la Ley de Transparencia. Agregó, que la divulgación de los correos electrónicos requeridos podría entorpecer el ejercicio en plenitud del privilegio deliberativo del Director Nacional a la hora de ejercer sus funciones. Asimismo, señaló que resultaba aplicable la hipótesis de reserva consagrada en el artículo 21 N°1 letra c) y 2 del cuerpo legal citado.
- 3) Que, conforme a los antecedentes contenidos en el procedimiento, se colige que los correos electrónicos solicitados habrían sido generados en el contexto del cumplimiento de una función pública. En efecto, estos se originaron con ocasión de reuniones e intercambios de información entre el Director Nacional de Sernapesca y la Asociación de la Industria del Salmon de Chile A.G.
- 4) Que sobre el particular, cabe tener presente que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 28 letra a) del DFL N° 5, de 15 de noviembre de 1983, que legisló sobre la industria pesquera y sus derivados, el Director Nacional de Sernapesca detenta entre sus funciones, *«adoptar medidas, controles y dictar las resoluciones necesarias para la aplicación, cumplimiento y fiscalización de las leyes, reglamentos y en general cualquier norma sobre pesca, acuicultura y demás formas de explotación de los recursos hidrobiológicos. Asimismo, deberá dictar resoluciones para controlar la inocuidad de los productos pesqueros y de acuicultura de exportación e importación*

conforme a su competencia».

- 5) Que este Consejo ha determinado por votación mayoritaria, alcanzada con el voto del Consejero Sr. Marcelo Drago Aguirre y el voto dirimente de su Presidenta doña Vivianne Blanlot Soza, y con la disidencia de los Consejeros don Jorge Jaraquemada Roblero y don José Luis Santa María Zañartu, que los correos electrónicos consultados son públicos. Lo anterior, en la medida que éstos digan relación directa con el ejercicio de aquellas competencias del Director Nacional de Sernapesca enunciadas en el artículo 28 del Decreto con Fuerza de Ley N° 5 citado precedentemente. En efecto, el ejercicio actual de la función pública, supone el uso de toda forma de comunicación para concretizar los fines que la Administración del Estado persigue, es por esto que a cada funcionario se le otorga una casilla institucional financiada con recursos del erario nacional, sostenidas por la plataforma técnica de las entidades respectivas, con el objeto de facilitarles el cumplimiento de sus tareas, erigiéndose como una concreción de los principios de eficiencia, eficacia y coordinación consagrados en la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Luego, y siendo los correos electrónicos la herramienta que permite un intercambio eficaz de información, en tanto han venido a reemplazar, en parte, a los documentos administrativos contenidos en formato papel, tales como memorándums, oficios u ordinarios empleados por la Administración, no están ajenos al escrutinio y control social que la ciudadanía pueda hacer de ellos, en los términos dispuestos en los artículos 5° y 10° de la Ley de Transparencia y 8° de la Constitución Política de la República.
- 6) Que, en tal sentido, este Consejo hace presente que 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. De esta manera, 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. Lo anterior, es sin perjuicio del análisis que se desarrollará a continuación respecto de las hipótesis de reserva invocadas por la reclamada y el tercero involucrado.
- 7) Que, como manifestación de lo expuesto precedentemente, los correos electrónicos, son empleados cada vez más, como fundamentos 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 decreto supremo N° 634/2011, del mismo Ministerio; las resoluciones N° 661/2007, y N° 429/2008, ambas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, así como los decretos supremos 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

decreto supremo 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* decisonal en cada uno de esos casos, lo que supone reconocer que estas comunicaciones electrónicas tienen el carácter de información pública. A mayor abundamiento, 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.

- 8) Que respecto de la hipótesis de reserva consagrada en el artículo 21 N° 1 letra b) de la Ley de Transparencia, invocada por la reclamada para justificar la denegación de la información consultada, cabe señalar que ésta permite negar la entrega de la información que se solicite, cuando su comunicación afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente *«tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptados»*. Conforme lo establece el artículo 7° N° 1, letra b), del Reglamento de la Ley de Transparencia, se entiende por "antecedentes" todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por "deliberaciones", las consideraciones, formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.
- 9) Que, según reiterada jurisprudencia de este Consejo, no basta con invocar una causal de secreto o reserva para eximir al órgano reclamado del cumplimiento de su obligación de entregar la información requerida, sino que, además, debe indicar los hechos que la configuran y aportar los antecedentes que la acrediten. Sin embargo, en el presente caso, la reclamada no aportó antecedente alguno que permitiera acreditar la causal alegada. En efecto, Sernapesca se limitó a reproducir el contenido de la hipótesis de reserva en que fundó la denegación de la información solicitada, sin indicar concretamente de qué modo el conocimiento de ésta podría afectar la adopción de una decisión por parte de esa autoridad. De esta forma, de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, no se acreditó la concurrencia de la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1, literal b), de la Ley de Transparencia, por lo que ésta será desestimada.
- 10) Que la hipótesis de reserva dispuesta en el artículo 21 N°1 letra c) y N° 2 de la Ley de Transparencia, igualmente invocadas por la reclamada y por el tercero involucrado, para justificar la denegación de la entrega de los correos consultados, serán igualmente desestimadas por idénticas consideraciones a las vertidas en el considerando 7° precedente. Conjuntamente con lo señalado, se acogerá el presente amparo y consecuentemente con ello, se requerirá a la reclamada que entregue a don Cristián Arroyo Díaz la información solicitada.
- 11) Que, con todo, es posible que entre los correos electrónicos que se solicitan existan algunos que expongan algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor, su receptor o un tercero, datos que simplemente no se relacionan con el ejercicio de funciones públicas. Por tal razón, y teniendo presente 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, se hace presente a la reclamada que en forma previa a la entrega de los correos requeridos, deberá tarjar toda información que no guarde relación alguna con las funciones de la autoridad administrativa consultada. Lo anterior, de conformidad a lo dispuesto en la ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, EN EJERCICIO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN LOS ARTÍCULOS 24 Y SIGUIENTES Y 33 LETRA B) DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y POR MAYORÍA DIRIMENTE DE SU PRESIDENTA, ACUERDA:

- I. Acoger el amparo deducido por don Cristián Arroyo Díaz, en contra del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.
- II. Requerir al Sr. Director Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura que:
 - a) Entregue a la reclamante los correos electrónicos consultados en su presentación de 20 de abril de 2015, anotada en el numeral 1° de lo expositivo.
 - b) Cumpla dicho requerimiento en un plazo que no supere los 5 días hábiles contados desde que la presente decisión quede ejecutoriada, bajo el apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia.
 - c) Informe el cumplimiento de dicho requerimiento enviando copia de los documentos en que conste la entrega de información al domicilio ubicado en Morandé 360, piso 7, comuna y ciudad de Santiago, o al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, para efectos de verificar el cumplimiento de la presente decisión.
- III. Representar al Sr. Director Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura la infracción a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, atendido lo expuesto en el considerando primero de esta decisión. Lo anterior, a fin que arbitre las medidas pertinentes para dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en la referida norma, respecto de las nuevas solicitudes que se le formulen.
- IV. Encomendar al Director General y a la Directora Jurídica (S) de este Consejo, indistintamente, notificar la presente decisión a don Cristián Arroyo Díaz; al Sr. Director Nacional del Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura y a Pablo Manouvrier Pozo, en representación del tercero interesado Asociación de la Industria del Salmón de Chile A.G.

VOTO DISIDENTE



La presente decisión es acordada con el voto en contra de los señores Consejeros don Jorge Jaraquemada Roblero y don Jose Luis Santa María Zañartu, en orden a rechazar la entrega de la información correspondiente a los correos electrónicos consultados por la parte requirente en su presentación de 20 de abril de 2015, anotada en el numeral 1° de lo expositivo por las siguientes razones:

- 1) Que, los correos electrónicos, tal como ocurre con las conversaciones telefónicas, cartas u otros medios de comunicación audiovisuales o radiofónicos, son interacciones entre personas individualmente consideradas, pudiendo incluir información, ideas, opiniones o juicios de valor confidenciales o privados, a pesar de que dichos correos electrónicos se generen en el ámbito del ejercicio de la función pública y sin perjuicio de que sean decantados en casillas institucionales. En efecto, se trata de una forma de comunicación que puede abarcar una multiplicidad de situaciones humanas o de hecho, similares a las que se producen a través de las llamadas telefónicas que las personas tienen día a día al interior de los órganos de la administración del Estado y que no tienen la relevancia necesaria para justificar su publicidad en aras del control social.
- 2) Que, cabe señalar que el Estado está al servicio de la persona humana y tiene el deber de respetar y promover los derechos fundamentales que emanan de su propia naturaleza, como lo señala expresamente la Constitución Política en sus artículos 1°, inciso tercero, y 5°, inciso segundo. Por su parte, los derechos constitucionales consagrados en los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución, 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, configurando en conjunto el ámbito de protección de la vida privada. El correlato de este estatuto nacional es posible identificarlo en las disposiciones del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- 3) Que, en este sentido, la vida privada es *“aquella que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna, particular y personal de cada individuo, que no es propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares”* (Silva B., Alejandro, en “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p.188). Asimismo, *“el concepto de vida privada está directamente vinculado a la ‘intimidad’, a ese ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes y soportan o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la intervención o presencia de terceros”* (Evans de la Cuadra, Enrique, en “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p.212). De manera similar se sostiene que la vida privada es *“el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”* (Cea Egaña, José Luis, en Derecho Constitucional, Tomo II Derecho, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p.178). En este sentido, resulta indudable que la garantía constitucional de la vida privada abarca también los

correos electrónicos, a la luz de su carácter de medio de comunicación privado, según lo expuesto en éste y en los considerandos precedentes.

- 4) Que, en el derecho comparado se ha señalado que *“la existencia de una esfera privada, en la que los demás (poderes públicos o particulares) no pueden entrar sin el consentimiento de la persona, no implica solo un reconocimiento del altísimo valor que tiene la faceta privada de la vida humana, sino que constituye también una garantía básica de libertad: en un mundo donde toda la actividad de los hombres fuera pública, no cabría la autodeterminación individual. El constitucionalismo, así, exige diferenciar entre las esferas pública y privada y, por tanto, entre lo visible y lo reservado”* (Diez – Picazo, Luis, Sistema de Derechos Fundamentales, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p.297). De la misma forma y desde la óptica del derecho a la intimidad, se ha definido a ésta como *“el derecho a no ser molestado, y a guardar la conveniente reserva acerca de los datos de una persona que ésta no quiere divulgar. Es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de otras personas ni del Estado, con la garantía de que estos terceros no pueden invadir los aspectos reservados de la vida de las personas”* (Balaguer C., Francisco et. al, Derecho Constitucional, Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p.102). Por último, se ha afirmado que: *“sí hay acuerdo en que el derecho a la intimidad consiste en el derecho a disfrutar de determinadas zonas de retiro y secreto de las que podemos excluir a los demás”* (Pérez Royo, Javier; Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Políticas S.A., Madrid, 2000, p.395).
- 5) Que, en consecuencia, los correos electrónicos son una extensión moderna de la vida privada, en cuanto manifiestan una forma de comunicación de carácter personalísimo, por lo tanto, deben ser protegidos por el derecho a la vida privada, garantía que es base y expresión de la libertad individual y que está íntimamente ligada a la dignidad de las personas, valores fundamentales consagrados en el artículo 1° de la Constitución Política.
- 6) Que, asimismo, los correos electrónicos se enmarcan dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5 de la Constitución. Son comunicaciones que se transmiten por canales cerrados, no abiertos y tienen emisores y destinatarios acotados, y el hecho de que esos correos sean de funcionarios públicos no constituye por ello una excepción de tutela. En efecto, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, sin distinguir si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. Por otra parte, no hay ninguna norma, ni en la Constitución ni en la ley, que pueda interpretarse para marginarlos de esta garantía. Si se aceptara que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones, o cualquiera otra que se generara al interior de la Administración del Estado, como podría ser una comunicación telefónica. Eso sería peligroso no solo para los derechos de los ciudadanos, sino eventualmente también para el interés nacional y la seguridad de la Nación.
- 7) Que, por su parte, la doctrina comparte lo anteriormente expuesto. En efecto, se ha señalado que el numeral 5° del artículo 19 *“comprende la protección de la*

correspondencia o de mensajes epistolares, telegráficos, telefónicos, radiales, por télex o por otros medios, que la técnica haga posible ahora y en el futuro (Vivanco, Ángela, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2006, p.365). Y, reafirmando el tema, se ha sostenido que *“no cabe duda alguna que el correo electrónico es un medio de comunicación persona a persona, que permite el desarrollo de diálogos comunicativos privados entre remitente y destinatario(s), de manera tal que se encuentra amparado por las normas del bloque constitucional de derechos humanos que conforman el sistema de garantía y protección de la inviolabilidad de las comunicaciones”* (Álvarez Valenzuela, Daniel, “Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas”, en Revista Chilena de Derecho Informático N°5, Universidad de Chile, Santiago, 2004, p.197).

- 8) Que, lo anterior encuentra su fuente en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. En efecto, a fin de ampliar la protección que proporcionaba el artículo 10 N°13 de la Constitución de 1925, la Constitución vigente se refiere a “comunicaciones privadas” a sugerencia del comisionado Guzmán, quien señaló que con el término correspondencia *“generalmente se está apuntando solamente al correo en el sentido que le da el Diccionario y no a todo tipo de comunicaciones. Y, precisamente, derivando de esta búsqueda de lo genérico, desea sugerir a la Comisión si acaso el término más adecuado no fuera el de “comunicaciones privadas”, porque comunicaciones cubre todo acto, no solo los que existen hoy, sino los que pueden existir mañana”* (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 129, 12 de junio de 1975, p.10). En igual sentido, el comisionado Silva Bascañán señaló que la nueva redacción pretende cubrir *“toda forma de comunicación intelectual y espiritual entre dos individuos proyectados el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad”* (Ídem, p.4). Incluso en la actualidad, el Diccionario de la Real Academia Española señala que correo electrónico es un *“sistema de comunicación personal por ordenador a través de redes informáticas”* con lo cual se pone de manifiesto que se trata de una forma de comunicación. (<http://lema.rae.es/drae/?val=correo+electr%C3%B3nico>, consultado con fecha 13 de agosto de 2014).
- 9) Que, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia ha sido especialmente protectora de ambas garantías. La Magistratura Constitucional ha destacado 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, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad”* (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°389, de 28 de octubre de 2003, considerando 19). Enfatizando *“el ligamen que existe entre la dignidad de la persona y el ejercicio de este derecho esencial (19 N°5), pues la inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser considerada una extensión, lógica e inevitable, sobre todo en la vida moderna, del carácter personalísimo o reservado que tienen ellas como base de la libertad individual y su proyección en los más diversos aspectos de la convivencia”* (Ídem, considerando 21).

- 10) Que, en lo que interesa, la jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, también se ha pronunciado en favor de la protección de los correos electrónicos como parte de la esfera de intimidad y privacidad de las personas:
- a) El Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, en su sentencia de 15 de septiembre de 2008, recaída en la causa RIT T-1-2008, concluyó que una conversación utilizando la herramienta Messenger es privada, sin que en ningún caso pueda estimarse como pública por estar respaldada en un computador, ya que para que ello pudiese estimarse, necesariamente, se requeriría una manifestación de voluntad de la parte emisora y receptora, o al menos de una de ellas; por lo que a falta de dicha manifestación debe entenderse que la información sigue siendo privada, ya que en ella por las características que envuelve –comunicación electrónica escrita y directa de una persona determinada a otra, también determinada, por un medio cerrado– demuestra una voluntad tal de excluir del conocimiento de lo comunicado a terceros, que de haberse estimado que alguien podría haber interferido en dicha comunicación, conociéndola de cualquier modo, lo más probable es que no la hubiesen realizado (considerando 7°).
 - b) La Dirección del Trabajo, a su vez, ha confirmado la protección en el ámbito laboral señalando que el empleador puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa “*pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores*” (Ordinario N° 2210/035, de 2009).
 - c) La Contraloría General de la República –en consideración a la norma contenida en el D.S. N°93, de 2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia– 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 (Dictamen N°38.224 de 2009).
- 11) Que, en consecuencia, los correos electrónicos se encuentran protegidos por la garantía contenida en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, lo que implica el deber positivo de protección de ese espacio de intimidad y, asimismo, prohíbe acciones u omisiones que puedan afectar el núcleo esencial de este derecho constitucional o su libre ejercicio, pues éstas contravendrían la seguridad que garantiza el numeral 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.
- 12) Que, el órgano requerido, para recabar la información solicitada deberá revisar las comunicaciones electrónicas solicitadas, lo que constituiría por sí sola una invasión inaceptable de la intimidad personal de los titulares de los correos electrónicos. Por ende, su publicidad es constitucionalmente admisible únicamente en los casos y formas que prescribe la ley. En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha resuelto en sus sentencias Rol N°226-95 (considerando 47), Rol N°280-98 (considerando 29) y Rol N°1365-2009 (considerando 23) que la limitación de un derecho fundamental no puede ser tolerada si no está rodeada de suficiente determinación y especificidad como para garantizar una protección adecuada a la esencia del derecho y a su libre ejercicio, en este caso, el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

- 13) Que, en suma, la Ley de Transparencia no tiene la especificidad ni la determinación que le exige la Constitución Política para restringir el derecho que protege las comunicaciones vía correos electrónicos, pues no determina los casos ni las formas en que sería admisible la limitación de este derecho fundamental garantizado por el artículo 19 N°5 de la Carta Fundamental, en función de resguardar al máximo posible la intimidad y la vida privada de su titular. En efecto, el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 2246-12, recaída en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de fecha 31 de enero de 2013, razonó que *“el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor, cuando sea necesario porque no hay otra alternativa disponible y lícita, bajo premisas estrictas, con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas y hechos”* (considerando 57).
- 14) Que, a mayor abundamiento, estos disidentes estiman que los correos electrónicos más que reemplazar los memorándums, oficios u ordinarios, han venido a sustituir las conversaciones personales o telefónicas, las que, además de contener opiniones o juicios de carácter privado y expresiones coloquiales, muchas veces se encuentran referidas a la discusión de antecedentes y deliberaciones para adoptar decisiones, de tal suerte que el conocimiento de los correos electrónicos puede afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, al alterar sus procesos decisorios, lo que podría configurar, además, la causal de secreto o reserva prevista en el artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia.
- 15) Que, a la luz de lo razonado en los considerandos precedentes, a criterio de estos disidentes, se configura respecto de los *mails* solicitados, la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N° 1 y 2 de la Ley de Transparencia. En consecuencia, se inclinan en orden a rechazar la entrega de la información correspondiente a los correos electrónicos consultados por la parte requirente en su presentación de 20 de abril de 2015, anotada en el numeral 1° de lo expositivo.

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

Pronunciada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, integrado por su Presidenta doña Vivianne Blanlot Soza, y por los Consejeros don Marcelo Drago Aguirre, don Jorge Jaraquemada Roblero y don José Luis Santa María Zañartu.

Por orden del Consejo Directivo, certifica la Directora Jurídica del Consejo para la Transparencia doña Andrea Ruiz Rosas.

