



ORD.: **03/000211**

ANT.: N° 1 Solicitud de Acceso a la Información N°AV001C-0000175 recibida por el Servicio con fecha 19 de Abril de 2012.

N°2 Respuesta Dirección Nacional Consejo de la Cultura y las Artes

MAT.: Entrega Información que Indica

COPIAPO, 17 mayo 2012.-

DE : DIRECTORA REGIONAL DE ATACAMA
CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES

A : SEÑORA LORENA MOREIRA ARAYA
directorionacional@gmail.com

De mi consideración:

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, y en atención a su solicitud señalada en Antecedente N°1, informo a usted lo siguiente:

El Consejo Nacional de la Cultura y las Artes no cuenta con las atribuciones necesarias para entregar la información requerida, toda vez que, según se ha sostenido, ello implicaría acceder a las comunicaciones privadas de los funcionarios y autoridades cuyos correos electrónicos se solicitan, violentando de esa manera su derecho a la protección de su vida privada, así como su derecho a la inviolabilidad de la comunicaciones, ambos garantizados por el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en sus numerales 4° y 5°, no existiendo en la Ley N°20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, ninguna excepción que permita a este Consejo, en el contexto del acceso a la información pública, violentar dichas garantías constitucionales, según se explicará a continuación.

Vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones.

La correspondencia que mantiene cualquier autoridad o funcionario, por medio de correos electrónicos, tanto con funcionarios de la Administración Pública, como con personas ajenas a ésta, no constituye información pública, sino que, por el contrario, son comunicaciones privadas que pertenecen al ámbito de su intimidad.

A lo anterior hay que agregar que el correo electrónico institucional, no ha sido concebido como un medio abierto de comunicación, sino como uno estrictamente reservado, de esta manera, acoger la tesis absoluta que las comunicaciones entre funcionarios, autoridades, o funcionarios con terceros ajenos a la administración, son públicas solo por el hecho de realizarse mediante un medio de comunicación institucional, debe ser desde ya desechado. Una interpretación absolutamente formal en este sentido, habilitaría incluso a intervenir las conversaciones telefónicas entre dos funcionarios que utilizan teléfonos celulares proporcionados por el Estado, lo cual a todas luces es atentatorio a los derechos fundamentales.

En otras palabras, 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. En definitiva, es pública la información que se traduce en actos y resoluciones terminales, así como sus fundamentos y sus procedimientos - y así lo han entendido la Constitución Política y las leyes, según se demostrará más adelante-, debiendo entenderse que, al contrario, 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. La naturaleza pública o privada de la información no se modifica por el solo hecho de cambiar quien detenta su posesión.

Más aún, como la letra a) del artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 20.285 – Decreto Supremo N° 13 de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia- 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, el cual dispone que 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* entonces 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 artículo 3° de la Ley 19.880. Debe entenderse, en consecuencia, que se trata de simples comunicaciones privadas e informales entre funcionarios, las cuales no pueden, en caso alguno, remplazar a dichos actos administrativos.

A esto añádase que tampoco puede considerarse que dichos correos electrónicos constituyan *per se* fundamentos o documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial a un acto o a una resolución, por cuanto que las letras g) y h) del artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 20.285 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"*.

Todas estas disposiciones, contenidas en la Ley Sobre Acceso a la Información Pública y en su Reglamento, están en perfecta concordancia con el texto del artículo 8° la Constitución, el cual es

puede acceder a la correspondencia privada de los funcionarios, por cuanto que, por su propia naturaleza, ésta no constituye información pública, sino que tiene carácter privado, lo que se manifiesta en el hecho de que ha sido intercambiada en un contexto reservado e informal, con una legítima expectativa de privacidad e inviolabilidad. Esta última circunstancia, lejos de configurar una mala utilización del correo institucional, constituye un requisito indispensable para el adecuado ejercicio de las funciones públicas, el cual requiere de un espacio mínimo de reserva y de respeto al privilegio deliberativo.

La propia Constitución reconoce esta situación, garantizando a todos los ciudadanos la protección de su vida privada y la inviolabilidad de su correspondencia, sin entrar a calificar el origen, el destino o el medio que en el cual consta dicha correspondencia. De aquí se sigue que la correspondencia mantenida por los funcionarios y autoridades requeridas, por medio de su casilla institucional, también se encuentra protegida por la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución.

Todo lo cual no puede ser entendido sino como plenamente coincidente con lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, así como con la normativa contenida en la Ley N° 20.285, en el sentido de que lo que constituye información pública no es la correspondencia de los funcionarios de la Administración del Estado -la cual, al igual que la correspondencia de cualquier otra persona, se encuentra constitucionalmente protegida de intromisiones indebidas por parte de terceros- sino que los actos y resoluciones de los órganos del Estado; así como sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación.

A mayor abundamiento las garantías que se encuentran en riesgo en este caso particular son aseguradas por la Constitución para todas las personas, no contemplándose en forma alguna por la Carta Fundamental una exclusión a los funcionarios públicos, por lo que llegar a excluirlos por una interpretación extensiva de una norma de rango legal, es contrario a las normas de hermenéutica constitucional y derechamente contrario a la Constitución.

Por otra parte, de la historia de la Ley N° 20.285 se desprende que ésta 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, por tanto, cualquier dato o antecedente que no tuviera relación con éstos, aunque estuviera en poder de un órgano de la Administración.

En este sentido, el constitucionalista, Miguel Ángel Fernández, en el informe en derecho citado en la decisión del Consejo para la Transparencia recalca en el amparo Rol N° A165-09, señala que el artículo 5° de esta Ley debe interpretarse de manera tal 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. Indica también que el aludido artículo 8°, otorga el carácter de públicos a los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado y sus fundamentos o procedimientos que utilicen y que, por consiguiente, todo lo que agrega la Ley de Transparencia, como los documentos que no constituyen los fundamentos o actos en sí mismos.

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 jurisprudencia de la última Corte de Apelaciones de Santiago ha confirmado los argumentos expuestos anteriormente. La Sentencia Rol N° 950-2010, de fecha 7 de octubre de 2010, afirma en su considerando octavo lo siguiente: "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" (lo destacado es nuestro).

Causal legal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Acceso a la Información Pública 20.285

La norma citada señala entre las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la Información N° 2 "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, *la esfera de su vida privada* o derechos de carácter comercial o económico"

Como se ha explicado, la entrega de las comunicaciones realizadas vía correo electrónico por los funcionarios y autoridades, vulnera de forma clara los derechos que aseguran la protección de sus vidas privadas, de esta manera, resulta procedente no acceder a la presente solicitud de acceso a la información en virtud, entre otras, de la causal legal específica citada. Cabe hacer presente que una transgresión como esta, no solo afectaría un interés legítimo sino que un derecho expresamente asegurado por la Constitución a todas las personas.

Principio de Juricidad, Principio de Supremacía Constitucional y Principio de Servicialidad del Estado.

En la ley 20.285 de Acceso a la Información Pública no existe excepción que ordene o faculte a autoridad, funcionario o persona alguna vulnerar la garantía constitucional que asegura la Constitución Política de la República.

De esta manera, analizando las garantías constitucionales involucradas, resulta necesario recordar lo prescrito en los artículos 5°, 6° Y 7° de la Constitución Política, pues es menester contrastar las competencias y procedimientos consagrados por la Ley N° 20.285, a la luz de los principios de Juricidad y Supremacía Constitucional.

Al respecto, el artículo 6° de la Carta Fundamental dispone que sus preceptos obligan no sólo a los

A su vez, de acuerdo al artículo 7° de nuestra Carta Fundamental, la validez de las actuaciones de los órganos del Estado queda supeditada a la concurrencia, en forma copulativa, de tres presupuestos: la investidura regular del agente; que su actividad se desarrolle dentro del ámbito de su competencia; y que se ajuste a la forma prescrita en la ley.

De conformidad a dicho mandato, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone en su artículo 2° que Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

En virtud de lo expuesto, la doctrina nacional ha expresado que en nuestro ordenamiento constitucional "se rechaza categóricamente toda extensión por analogía" de las potestades de los órganos estatales. Luego, la "atribución de competencia tiene, pues, que ser indiscutible, vale decir, otorgada de modo claro, patente, categórico, al margen de toda vacilación o duda"

Ahora bien, junto a los principios antes referidos, cabe hacer presente que correspondió al Estado actuar con pleno respeto a los derechos y garantías de la Constitución establece (Inciso tercero del artículo 1° de la Carta Política).

Asimismo, el ejercicio de la soberanía se encuentra expresamente limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; siendo un deber de la Administración respetar y promover tales derechos, garantizados por nuestra Carta Fundamental (incisos primero y segundo del artículo 5° de la Constitución).

Por ende, toda actuación de la Administración que pueda implicar la afectación de un derecho, debe ser objeto de un cuidadoso escrutinio, pues la labor de aquella tiene como límite su respeto y promoción. En efecto, la materialización de una actuación fuera de las competencias y procedimientos creados, carece de validez y conlleva una vulneración del principio de juridicidad. Además, supone el desconocimiento de la finalidad tras el ejercicio concreto de toda potestad, puesto que el Estado está al servicio de la persona humana" (Inciso tercero del artículo 1°).

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, como ha recordado el Excmo. Tribunal Constitucional, resulta ineludible tener presente "el principio "pro homine" 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°)

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°).

De conformidad a lo antes expuesto, cabe concluir que salvo la atribución expresa e indubitable de una competencia, cuyo ejercicio cuente con un procedimiento al efecto; no resulta válida la actuación de un ente público que limite o restrinja un derecho fundamental.

En consecuencia, teniendo a la vista el deber expreso que recae sobre los órganos del estado, de promover el ejercicio de los derechos fundamentales, debe desecharse toda interpretación de las normas, incluida la Ley N° 20.285, que resulte contradictoria con los aludidos principios y valores.

Para que se proceda a la entrega de comunicaciones cuya inviolabilidad ha sido amparada por nuestra Carta Fundamental, se requiere de la existencia de una competencia expresa y de un procedimiento que habilite a esta Institución y al Consejo para la Transparencia a tomar conocimiento de dichas comunicaciones.

En el caso en análisis, tras la revisión de las normas de la Ley Sobre Acceso a la Información Pública, es posible concluir que ninguna de ellas establece, con la precisión exigida por nuestra Constitución, atribución alguna para que el Consejo para la Transparencia pueda interpretar que las comunicaciones enviadas y recibidas a través de correos electrónicos institucionales constituyen una información pública, sustrayéndolas del amparo establecido en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución. Asimismo, dicho cuerpo legal tampoco concede al respectivo Jefe de Servicio la competencia para conocer dichas comunicaciones y, consecuentemente, proceder a su remisión a un tercero en el marco de la Ley N° 20.285.

Sobre la materia, es conveniente recalcar, nuevamente, el deber de la Administración de velar por la vigencia plena del régimen democrático, tarea que sólo puede cumplirse con pleno respeto a los derechos y garantías que la misma Constitución Política establece. Por consiguiente, el acceso a las comunicaciones que los servidores públicos mantengan entre ellos y con terceros, no resulta constitucionalmente admisible en tanto el legislador no establezca parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa en su actuar.

Por lo tanto, dado que la Ley N° 20.285 no regula de manera expresa, ni con la especificación suficiente la limitación de derechos fundamentales que amparan las comunicaciones realizadas a través de correos electrónicos, a juicio de esta Entidad, no procede levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, sin que ello signifique una infracción a lo dispuesto en los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

Acoger la tesis contraria, entendiendo la existencia de competencias implícitas y obviando la inexistencia de un procedimiento legal que me habilite para conocer comunicaciones, conlleva, por tanto, una infracción a la Carta Fundamental.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada comprende la protección de la correspondencia o de mensajes telefónicos, radiales, por télex o por cualquier otro medio, que la técnica haga posible ahora o en el futuro.

Por otra parte, es relevante señalar que para que la limitación de los derechos sea legítima es necesario que una ley especial expresamente autorice dicha intromisión, conforme lo establecido en la Constitución. En palabras del profesor José Luis Cea "para permitir la apertura o registro de comunicaciones y documentos privados, la ley no debe otorgar competencias en términos genéricos a la autoridad para hacerlo, pues tiene que señalar con exactitud, el procedimiento y los casos en que ello puede llevarse a cabo".

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha exigido que "las leyes que impongan restricciones y limitaciones a derechos fundamentales cumplan con los requisitos de determinación y especificidad, respetando el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas en parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas y no pueden afectar el derecho en su esencia."

En razón de ello, dicho Tribunal declaró inconstitucional una norma que entregaba al Ministerio Público una habilitación sin reservas, para requerir toda clase de antecedentes o copias de antecedentes sujetos a reservas, de personas naturales o jurídicas objeto de investigación, sin que se estableciera limitación alguna que circunscribiera dicha competencia, y sin que la ley definiera las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que dicho órgano se ha sometido a ellas. (Sentencia rol 1.365 de 8 de abril de 2010)

Dicho de otro modo, no cualquier circunstancia o medio es idóneo para levantar la protección que consagra el artículo 19 N° 5 de la Constitución. Para que la intromisión sea legítima debe existir una ley que cumpla con los principios de especificidad y determinación que la Constitución establece como requisito para que terceros ajenos puedan intervenir en dicho tipo de comunicaciones. (Sentencia rol 433 de 25 de enero de 2005)

Además y conforme el artículo 19 N° 26, el derecho no puede ser afectado en su esencia, de manera tal que deja de ser reconocible. Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional al señalar que se impide el libre ejercicio de un derecho fundamental, en aquellos casos en que el legislador los somete a una exigencia que lo hacen irrealizables, lo entran más allá de lo razonables o lo privan de tutela jurídica". (Sentencia rol 203 de 6 de diciembre de 2005)

Este criterio resulta especialmente relevante, puesto que como señala la doctrina, el derecho a la vida privada no es absoluto, existen casos en que esta protección puede ser levantada para preservar ciertos intereses generales, pero en dichos casos el Constituyente es particularmente estricto en orden a elevar las exigencias para hacerlo procedente, obligando no sólo al legislador sino también de todos los órganos de la Administración al momento de aplicar o bien restringir derechos fundamentales.

Así, el Código Procesal Penal autoriza a un juez de la República, previa petición de un fiscal que conduce una investigación, a disponer por resolución fundada la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o retenidos por él, siempre y cuando fuere previsible su utilidad para la investigación. Esta misma norma se encuentra en la ley de Conductas Terroristas. Del mismo modo, la ley entrega facultades similares al Fiscal Nacional Económico en el ámbito de la libre competencia, para casos graves y calificados con motivo de una investigación de ciertos y determinados ilícitos. En definitiva, conforme la Constitución y la ley sólo ciertos y determinados órganos y autoridades pueden interceptar u ordenar levantar el secreto de las comunicaciones privadas.

Ahora bien, la Ley N° 20.285 no reúne las características de especificidad para permitir la interceptación de comunicaciones, cuestión que como se ha señalado sí ocurre en otras situaciones excepcionales donde la institucionalidad permite la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas.

Como es posible constatar, en el presente caso no estamos frente a ninguno de las hipótesis previamente citadas, ni existe una disposición similar que autorice legítimamente al Consejo para la Transparencia a levantar el secreto de las comunicaciones de los funcionarios públicos, provocando una abierta vulneración del derecho a la vida privada.

Dar una interpretación distinta a estas normas, resultaría particularmente delicado y peligroso puesto que vulneraría no sólo las normas de Interpretación de la ley, sino también los derechos fundamentales de las personas, exponiendo a determinadas personas, por sólo hecho de ser funcionarios públicos, a verse privadas de su vida privada y la protección de sus comunicaciones también privadas.

Por último, la Ley N° 20.285 no contempla un procedimiento especial para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos y tampoco establece limitación alguna que circunscribiera la competencia del Consejo. En consecuencia, no resulta conforme con la Constitución que el Consejo por vía interpretativa de la ley, no cumpla con los requisitos que la propia Carta Fundamental establece para limitar los derechos fundamentales.

Jurisprudencia Judicial y Administrativa

Al respecto, tanto la Dirección del Trabajo, como la Contraloría General de la República, han confirmado la protección de la correspondencia electrónica en el ámbito laboral tanto privado como público, señalando la primera 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' ya que los mensajes electrónicos enviados o recibidos corresponden a correspondencia privada, y por lo tanto, protegidos por la inviolabilidad constitucional de la correspondencia. (Ordinario N° 22101-035, de 10 de junio de 2009 y Ordinario 1147-34 de 21 de Marzo de 2005, ambos de la Dirección del Trabajo).

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.

A mayor abundamiento, el ciudadano común y corriente, en muchas de las actividades que desarrolla a diario, en ámbitos de privacidad, lo hace bajo la confianza, con la razonable expectativa, de que este sector de su vida no será interferido por terceros, ya que la sola posibilidad de que ello suceda, le haría moldear su comportamiento a tal extremo que su libertad para determinarse y comportarse no sería tal, ya que sería temeroso de que saliera a la luz, lo que él ha querido que sea secreto.

El Tribunal Constitucional, con motivo del control preventivo de constitucionalidad proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil (Ley N° 20.516, de 2011), señaló 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", configurando así, con particular precisión, la protección que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las comunicaciones realizadas a través de los correos electrónicos.

Es evidente entonces que 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, que reconoce la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada como un derecho inherente a la persona humana, razón por la cual todo funcionario público, debiendo someter su acción a la Constitución y a las normas conforme a ella, por expresa disposición de su artículo 6°, 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.

Por último, es necesario señalar que este Servicio no mantiene servidores con los correos electrónicos de sus funcionarios, si no que dichos correos se mantienen respaldados en los computadores asignados a cada usuario para su uso exclusivo. Cuando un funcionario deja el servicio el computador es formateado y asignado a otro funcionario, perdiéndose dicha información.

CONCLUSIÓN

fundamentales de los funcionarios públicos, y autoridades con los cuales la requirente mantuvo comunicaciones.

De esta manera esta Institución no puede hacer entrega de la información requerida, para lo cual, en conjunto con todas las normas constitucionales citadas y normas legales pertinentes, invoca como causal de reserva el artículo 21 número 2 de la ley 20.285, por las razones latamente explicadas en la presente respuesta.

Sin otro particular, se despide atentamente,



JACQUELINE CHACON DIAZ
DIRECTORA REGIONAL ATACAMA
CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y LAS ARTES

ACC

c.c.: Unidad de Gestión de Solicitudes, CNCA

c.c.: Archivo Gabinete Ministro, CNCA

c.c.: Secretaría Administrativa y Documental, CNCA