Entidad pública: Consejo Nacional de la Cultura y las Artes (CNCA)

Requirente: Carlos Soza Canales

Ingreso Consejo: 12.12.2011

DECISIÓN AMPARO ROL C1525-11

En sesión ordinaria N° 353 de su Consejo Directivo, celebrada el 6 de julio 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 Nº 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 C1525-11.

VISTOS:

Los artículos 5º, inc. 2º, 8º y 19 Nº 12 de la Constitución Política de la República; las disposiciones aplicables de las Leyes Nº 20.285; Nº 19.880 y N° 19.628; lo previsto en el D.F.L. Nº 1-19.653, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 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, Nº 13/2009 y Nº 20/2009, todos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

TENIENDO PRESENTE:

1) **SOLICITUD DE ACCESO:** Don Carlos Soza Canales, el 26 de octubre de 2011, solicitó al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes que le otorgara *«… copia de los correos electrónicos que la Sra. Macarena Barros, Jefa del Departamento de Ciudadanía Cultura, haya enviado y recibido durante el periodo que media entre los meses de julio y agosto de 2011»*.

2) **RESPUESTA:** El Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, por medio del Ordinario N° 1.210, de 22 de noviembre de 2011, dio respuesta al requirente denegando el acceso a los correos electrónicos solicitados, invocando, en resumen, los siguientes fundamentos:

   a) Al tenor de lo dispuesto en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política, así como en los artículos 5°, inciso primero, y 10, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, se concluye que los correos electrónicos requeridos no constituyen

información pública, ya que no se enmarcan en ninguna de los antecedentes que dichas normas declaran expresamente como información pública, razón por la cual son de naturaleza y origen privado, y no se ven alcanzados por el principio de publicidad consagrado en la primera norma citada.

b) Asimismo, 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 los órganos de la Administración del Estado, o sus fundamentos, excluyendo, por lo tanto, cualquier dato o antecedente que no tuviera relación con éstos, aun cuando obrara en poder de dichos órganos, todo lo cual, incluso, es señalado en el informe en derecho citado por el Consejo para la Transparencia en la decisión recaída en el amparo A165-09, el cual, además, sostiene que todo lo que agrega la Ley de Transparencia, 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 o resolución, lo cual se aplica con igual razón a *«…toda la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración del Estado»*, criterio que ha sido confirmado por la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia Rol 950-2010.

c) Por otro lado, los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución Política, garantizan la inviolabilidad de la vida privada y las comunicaciones, la que se extiende a los correos electrónicos, de tal suerte que, de entregarse la información requerida, se estarían vulnerando dichos derechos. Asimismo, cabe tener presente que la Ley de Transparencia no posee la especificidad necesaria para constituir una excepción a la protección otorgada por la última norma citada a las comunicaciones privadas. En sustento de esta afirmación, se invocan las opiniones de los autores Ángela Vivanco (en “Curso de Derecho Constitucional”, Tomo II), Humberto Nogueira Alcalá (en “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, Tomo I), José Luis Cea (en “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II), Alejandro Silva Bascuñán (en Tratado de Derecho Constitucional”, tomo XI), así como las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 389, de 28 de octubre de 2003; N° 1.894, de 12 de julio de 2011, y N° 1.800, de 21 de junio de 2011.

d) De los preceptos contenidos en los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia, se desprende que la información pública está sujeta al principio de publicidad, el cual la hace susceptible de estar al alcance de la ciudadanía en general, lo que transforma el acceso a dicha información en un derecho que permite el control, monitoreo, y participación del ciudadano en los asuntos públicos, por eso los límites que se reconocen a la publicidad tienen fundamento en el artículo 8° de la Constitución, entre otros preceptos constitucionales específicos, el cual sanciona como causal de excepción 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, razón por la cual la publicidad de la acción estatal 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 de la Constitución– y, por lo mismo, tampoco vulnerar la honra de la persona y su familia.

e) Sostiene, además, que la información requerida posee la calidad de datos de carácter personal –conforme a lo establecido en el artículo 2, letra f), de la Ley N° 19.628–, aún más, de datos sensibles, motivo por el cual resulta improcedente su comunicación de acuerdo a la Ley de Transparencia, ya que dichos datos, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Protección de Datos Personales, *«… 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.

f) Respecto a los datos sensibles, el Tribunal Constitucional ha señalado *«Que el legislador, cuando ha señalado ámbitos esenciales de la esfera privada que se encuentran especialmente protegida, 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.».*

g) Por todo lo expuesto, en la especie, se configuran las causales de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia –ya que en caso de entregarse la información requerida, se estarían vulnerando los derechos consagrados en el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política, tanto respecto del emisor como del receptor de los correos electrónicos solicitados–, como del artículo 21 N° 1 de dicho cuerpo legal, debido a que la publicidad de los correos requeridos desincentivaría el uso de los correos electrónicos entre los diversos funcionarios y autoridades del Ministerio, y entre éstos y otras personas en el cumplimiento de sus funciones legales, ya que no garantizaría la debida confidencialidad de los comunicaciones realizadas por dicho medio, con las consecuentes desventajas para realizar labores propias del Ministerio sin contar con este medio de comunicación informal, expedito, que permite su acceso desde diversos lugares del país y en el extranjero, agregando, al respecto, que *«… la comunicación o publicidad de las comunicaciones realizadas por correo electrónico de doña Macarena Barros, con terceras personas, generaría un daño probable, presente y específico al debido cumplimiento de las funciones de este Ministerio, y en especifico del Departamento de Ciudadanía y Cultura, esto es, de acuerdo a la Resolución Exenta N°2454, de fecha 25 de Mayo de 2011, ejecutar, implementar y evaluar políticas culturales tendientes a difundir el arte y la cultura y a garantizar a la ciudadanía el acceso igualitario a los bienes culturales y artísticos; y difundir el arte y la cultura –en el marco del reconocimiento a la diversidad cultural y salvaguarda del patrimonio cultural– e integrar estos bienes simbólicos como factores de desarrollo humano, educativo, de calidad de vida y fortalecimiento democrático».*

3) **AMPARO:** Don Carlos Soza Canales, el 12 de diciembre de 2011, dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes debido a que recibió respuesta negativa a su solicitud de información. El reclamante acompaña, como sustento de su amparo, copia de las decisiones de los amparos Roles C83-10 (de 22 de junio de 2010) y C640-10 (de 30 de noviembre de 2010), así como copia de la sentencia dictada el 12 de julio de 2011 por la Iltma. Corte

de Apelaciones de Valparaíso, recaída en el reclamo de ilegalidad ingresado bajo el Rol N° 125-11, que confirma la última decisión del Consejo mencionada.

4) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL ORGANISMO:** El Consejo Directivo de este Consejo acordó admitir a tramitación este amparo, trasladándolo al Sr. Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, mediante Oficio N° 3.333, de 21 de diciembre de 2011, solicitando, además, que se refiriera específicamente a las causales de secreto o reserva que harían procedente la denegación de la información solicitada y que remitiera copia de los correos electrónicos requeridos. Al respecto, el Subdirector Nacional (S) del órgano reclamado evacuó dicho traslado por medio del Ordinario N° 36, de 12 de enero de 2012, reiterando los mismos argumentos ya expuestos en la respuesta dada al requirente y añadiendo que el Servicio no mantiene servidores con los correos electrónicos de sus funcionarios, sino que éstos se mantienen respaldados en los computadores asignados a cada usuario para su uso exclusivo. Así, cuando un funcionario deja el servicio, el computador es formateado y asignado a otro. Dado que doña Macarena Barros presentó la renuncia a su cargo y ésta fue aceptada por el Ministro Presidente, a contar de enero de 2012, se están haciendo todos los esfuerzos para obtener copia de los correos, de manera que si el Consejo acoge este amparo pueda cumplirse lo resuelto.

5) **DESCARGOS U OBSERVACIONES DEL TERCERO INVOLUCRADO:** Dado que el órgano reclamado planteó que la entrega de los correos electrónicos solicitados afectaría la esfera de privacidad de doña Macarena Barros, pero no le comunicó esta solicitud conforme el artículo 20 de la Ley de Transparencia, se estimó que procedía que este Consejo, de acuerdo con los artículos 25 de la Ley de Transparencia y 47 de su Reglamento, le comunicara a la Sra. Barros el presente amparo, en su calidad de tercera involucrada, y le permitiera presentar los descargos u observaciones que estimara procedentes. Para ello, se solicitó al CNCA, por correo electrónico de 28 marzo del año en curso, sus datos de contacto, los que envió por correo electrónico doña Daniela González Jara, funcionaria de la Sección de Transparencia de la Subdirección Nacional del CNCA, al día siguiente. De esta forma, por medio de Oficio N° 1217, de 16 de abril de 2012, se confirió traslado del presente amparo a doña Macarena Barros para que formulara sus observaciones o descargos, pidiéndole especialmente que, al evacuarlos, *«…se sirva señalar si se opone a la entrega de los correos electrónicos requeridos y, si es así, cuáles serían los derechos que se verían 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»*.

   Atendido que doña Macarena Barros no evacuó el traslado conferido, este Consejo, por medio de correo electrónico que le fuera remitido el 12 de junio pasado, le solicitó que indicara si había recibido o no el citado Oficio N° 1217. Al respecto, la Sra. Barros, por medio de correo electrónico de 13 de junio de 2012, informó que no recibió el oficio en comento y que, por ello, no evacuó el traslado que le fuera conferido, agregando que *«… a partir del 31 de diciembre de 2011 renuncié a mi cargo en el Consejo de la Cultura y las Artes, la cual fue aceptada. Por lo tanto no tengo acceso a mi antigua cuenta de correo electrónico ni menos aún al computador que usaba en esa época»*. Con posterioridad, el día 14 del mismo mes y año, y atendida la falta de notificación del traslado que le fuera conferido, este Consejo, también por correo electrónico, le solicitó

a la Sra. Barros que se pronunciara expresamente en cuanto a si consentía en la entrega de los correos electrónicos solicitados por don Carlos Soza Canales o, en cambio, se oponía a ello, invocando la afectación de algún derecho. La Sra. Barros respondió a tal requerimiento, por correo electrónico del mismo día, señalando que dejó de ser funcionaria del CNCA y que no tiene acceso a ninguno de sus correos, por lo que mal podría decir si acepta o no la entrega de dicha información, pues entiende que todos ellos quedaron en poder de tal institución y que corresponde a ella entregarlos.

6) **MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER:** Analizados los antecedentes existentes, el Consejo Directivo de este Consejo acordó por unanimidad de sus miembros, en su sesión ordinaria N° 322, celebrada el 14 de marzo de 2012, solicitarle al Sr. Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, para una mejor resolución de este caso, lo siguiente:

a) Indique cuántos correos electrónicos envió o recibió doña Macarena Barros, ex Jefa del Departamento de Ciudadanía Cultura, durante el periodo que media entre los meses de julio y agosto de 2011.

b) Respecto de ese grupo específico de correos, y complementando las alegaciones que ya ha efectuado el CNCA, señale si a su juicio, 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 y, en caso que la respuesta sea positiva, que explique las hipótesis concretas e indique a qué correos o grupos de correos específicos aplicaría esa situación.

c) Remita copia de los correos electrónicos aludidos precedentemente.

Lo anterior se materializó por medio del Oficio N° 1248, de 16 de abril de 2012, el cual fue contestado por el Subdirector Nacional del CNCA, a través de su Ordinario N° 416, de 4 de mayo de 2012, ingresado a la Oficina de Partes de este Consejo el día 7 del mismo mes y año, indicando, en resumen, lo siguiente:

a) Este órgano carece de atribuciones para entregar la información requerida por el Consejo para la Transparencia ya que, como se ha indicado con anterioridad, ello implicaría vulnerar las garantías constitucionales consagradas en el artículo 19 N° 4° y 5° de la Constitución, esto es, la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones.

b) Señala, asimismo, que *«… el hecho que los órganos del Estado pongan servidores de correo electrónico a disposición de sus funcionarios, no le da el carácter de pública a la información que se contenga en dichos correos, ni menos que tal circunstancia despoje a dichas comunicaciones del debido resguardo constitucional. / 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 públicos solo por el hecho de realizarse mediante un medio de comunicación institucional, debe ser desde ya desechado»*. Una interpretación absolutamente formal, en tal 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».*

Agrega, asimismo, que las garantías en comento son aseguradas por la Constitución para todas las personas, incluyendo los funcionarios públicos.

c) Por otro lado, y a fin de sustentar la respuesta citada precedentemente, el CNCA invoca los principios de juridicidad, de supremacía constitucional y de servicialidad del Estado, así como los artículos 1°, inciso tercero, 5°, 6°, 7° y 8° de la Constitución Política, y el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, concluyendo, en resumen, lo siguiente:

   i. En nuestro ordenamiento constitucional *«se rechaza categóricamente toda extensión por analogía»* de las potestades de los órganos estatales y que la *«atribución de competencia tiene, pues, que ser indiscutible, vale decir, otorgada de modo claro, patente, categórico, al margen de toda vacilación o duda»*.

   ii. Corresponde al Estado actuar con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece.

   iii. El ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y es deber de la Administración respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución.

   iv. Toda actuación de la Administración que pueda implicar la afectación de un derecho, debe ser objeto de un cuidadoso escrutinio, pues la labor de aquélla tiene como límite su respeto y promoción, tanto es así, que la materialización de una actuación fuera de las competencias y procedimientos creados, carece de validez y conlleva una vulneración del principio de juridicidad.

d) 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 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°).

e) 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 delimite, 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°).

f) Conforme a lo expuesto, concluye que *«Para que se proceda a la entrega de comunicaciones cuya inviolabilidad ha sido amparada por nuestra Carta Fundamental, se requiere 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». Revisadas las normas de la Ley de Transparencia, *«… 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, consecuencialmente, proceder a su remisión a un tercero en el marco de la Ley N° 20.285».*

g) 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, sin perjuicio de las limitaciones que, conforme a la Constitución, puedan establecerse. Sobre este último punto, se ha indicado 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»*. Así, por ejemplo, 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»*, lo que, dicho de otro modo, implica que *«… 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)»*.

h) Asimismo, conforme el artículo 19, N° 26, de la Constitución y tal como lo ha resuelto el Tribunal Constitucional, el derecho no puede ser afectado en su esencia, de manera tal que deja de ser reconocible, de tal suerte que se impide el libre ejercicio de un derecho fundamental, en aquellos casos en que el legislador lo somete a una exigencia que lo hace irrealizable, lo entraba más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica (Sentencia Rol N° 203, de 6 de diciembre de 2005).

i) No cabe duda que el derecho a la vida privada no es absoluto, y que 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 que también a todos los órganos de la Administración al momento de aplicar o bien restringir derechos fundamentales. Al respecto, en nuestro ordenamiento jurídico existen excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones, las que se encuentran expresamente reguladas en diversos cuerpos normativos, estableciendo que sólo ciertos y determinados órganos y autoridades pueden interceptar u ordenar levantar el secreto de las comunicaciones privadas, debiendo tener presente, sobre el particular, que la Ley de Transparencia no reúne las características de especificidad

para permitir la interceptación de comunicaciones ni existe una disposición 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. Dicha norma tampoco contempla un procedimiento especial para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos y tampoco establece limitación alguna que circunscriba la competencia del Consejo, razón por la cual *«… 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»*. Agrega el CNCA que dar una interpretación distinta a la Ley de Transparencia *«… 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»*.

j) Asimismo, sostiene que 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. La Dirección del Trabajo, por medio de los Ordinario N° 22101-035, de 2009, y N° 1147-34, de 2005, ha sostenido 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.

k) Sostiene, además, que los Tribunales de Justicia se han pronunciado en el mismo sentido. Así, por ejemplo, el Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, en su sentencia de 15 de septiembre de 2008, dictada 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. / 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».*

l) El Tribunal Constitucional, por su parte, con ocasión del control preventivo de constitucionalidad del 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 si bien internet *«… 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.

7) **GESTIONES OFICIOSAS REALIZADAS ANTE EL ORGANISMO:** El Consejo para la Transparencia, por medio de correo electrónico de 15 de junio de 2012, solicitó al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes que, atendido lo informado en sus descargos, le informara si había recuperado o no los correos electrónicos de doña Macarena Barros, solicitados por el Sr. Soza Canales. Al respecto, el órgano reclamado, por medio del Ordinario N° 599, remitido por medio de correo electrónico de 25 de junio de 2012, informó que los correos electrónicos en comento se encuentran en su poder, precisando, en cuanto a una eventual entrega de los mismos a este Consejo, que se remite íntegramente a lo expuesto en la respuesta dada a la medida para mejor resolver dispuesta en este amparo, así como en los descargos evacuados, reiterando que dicho Servicio *"… no cuenta con las atribuciones necesarias para entregar la información requerida, toda vez que ello implicaría por parte del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, una vulneración a los derechos fundamentales asegurados en la Constitución Política de la república, de una ex funcionaria pública, y de los demás funcionarios, autoridades y terceros con los cuales esta mantuvo comunicaciones"*.

8) **GESTIONES OFICIOSAS ANTE EL TERCERO INVOLUCRADO:** Atendido que el CNCA informó que los correos electrónicos solicitados obraban en su poder, este Consejo, por medio de correo electrónico de 27 de junio de 2012, comunicó tal circunstancia a doña Macarena Barros, remitiéndole copia del amparo de don Carlos Soza Canales y los descargos del órgano, solicitándole que, atendido que la alegación formulada por el órgano reclamado para denegar la entrega de los mismos decía relación con la eventual afectación de sus derechos, señalara si estimaba que la entrega de tales correos afectarían sus derechos, indicando, en su caso, cuáles y en qué forma; o si, en cambio, accedía a que éstos fueran entregados al solicitante, pues de sus respuestas dadas los pasados 13 y 14 de junio dicha manifestación de voluntad no queda suficientemente clara. Sobre el particular, la Sra. Barros, a través de correo electrónico de 29 de junio recién pasado, indicó que, si dependiera de ella, no tendría inconveniente en entregar sus correos electrónicos.

Y CONSIDERANDO:

1) Que, en primer término, se estima necesario precisar que este Consejo entiende que el requerimiento de información se dirige sólo al acceso de aquellos correos enviados y recibidos, durante el periodo señalado en la solicitud, desde la cuenta institucional de doña Macarena Barros, ex funcionaria del CNCA.

2) Que, el CNCA denegó el acceso a la información requerida sosteniendo, en términos generales, que dichos correos electrónicos: a) No constituyen información pública; b) Son secretos, aplicando al efecto 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) Constituyen datos personales, conforme a la Ley N° 19.628; y d) Son secretos, en atención a que se configuraría también la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia.

3) Que, pese que el CNCA estimó que la entrega de la información requerida podría afectar los derechos de doña Macarena Barros, particularmente la esfera de su vida privada, no le comunicó a ésta la solicitud de información que ha dado origen a este amparo, conforme a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Transparencia, a fin de que dicho tercero se pronunciara sobre la solicitud de información que le concernía, sea autorizando la entrega de la misma o, si así lo estimaba, ejerciera su derecho a oposición respecto de ella. Por ello, dicha omisión le será representada al Sr. Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, a fin de que adopte las medidas administrativas que sean necesarias para que, en lo sucesivo, frente a situaciones similares, se dé estricto cumplimiento al procedimiento establecido en la norma citada.

4) Que, por su parte, cabe consignar que el derecho de acceso a la información no se restringe a los actos o resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación, sino que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, también se extiende a *«…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…»*, salvo las excepciones legales. Esta norma legal no hace sino desarrollar el artículo 8° de la Constitución, el inciso segundo de su artículo 5° (en relación con el artículo 13.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos) y su artículo 19 N° 12.

5) Que, en la especie, los correos electrónicos requeridos obran en poder del CNCA –tal como lo informó dicho órgano a través de su Ordinario N° 599, remitido a este Consejo por medio de correo electrónico de 25 de junio recién pasado–, constituyendo, también, información elaborada con presupuesto público, al tenor del artículo 5° 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.

6) Que este Consejo, pronunciándose sobre otros amparos relativos a solicitudes de correos electrónicos de funcionarios públicos, enviados o recibidos desde sus respectivas casillas institucionales –decisiones amparos Roles C406-11, C1101-11 y C1482-11, entre otras–, ha distinguido entre aquellos correos relativos al ejercicio de funciones públicas y aquellos que tengan que ver con su vida privada o personal, concluyendo que los primeros son públicos, si no se acredita la concurrencia de una causal legal específica de secreto o reserva. En términos similares se ha pronunciado la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia dictada en la causa sobre

reclamo de ilegalidad Rol N° 7932-11, de 9 de mayo de 2012 –por medio del cual confirma la decisión dictada por este Consejo en el amparo Rol C794-11, que ordenó entregar un grupo de correos electrónicos–, al señalar que la sola lectura de los correos que fueron solicitados en dicho caso *«… permite concluir que sólo hacen referencia a información de carácter pública relativa al procedimiento de evaluación del proyecto hidroeléctrico en la Región de Aysén, y cuya evaluación se somete al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y en que le corresponde intervenir en el ejercicio de sus funciones públicas que son propias a la Secretaría Regional Ministerial de Planificación y Coordinación de la Región de Aysén; no existe en dichos correos electrónicos comunicación alguna que diga relación con la vida privada de quienes los intercambian, y que sea susceptible de secreto en conformidad al artículo 21 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información pública»*.

7) Que, por otro lado, se debe tener en consideración que doña Macarena Barros, por medio de correo electrónico de 29 de junio recién pasado, informó a este Consejo que no tenía inconveniente en entregar al solicitante sus correos electrónicos, lo cual lleva a concluir que aquélla ha manifestado su aquiescencia en orden a proporcionar al solicitante la información requerida, descartando, con ello, la afectación a alguno de sus derechos. Que, de lo anterior se concluye que, en caso que se efectúe la entrega de dicha información, ello no podría producir la afectación alegada por el CNCA respecto de los derechos a la igualdad ante la ley, intimidad, inviolabilidad de las comunicaciones privadas y no afectación en su esencia a los derechos constitucionales, consagrados en los numerales 2, 4, 5 y 26, respectivamente, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, y, por lo que no puede tenerse por configurada la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, invocada por dicho Servicio.

8) Que, por lo expuesto en el considerando 7° precedente, la autorización dada por la Sra. Barros, a quien se refiere la información pedida, alcanza mayor relevancia respecto de los correos electrónicos que aquélla envió o recibió desde su casilla institucional y que, eventualmente, hayan podido concernir a su vida privada o personal, ya que, conforme a dicha manifestación de voluntad, también pueden ser entregados al requirente. Sobre el particular, cabe hacer presente que tratándose de información que pueda afectar derechos de terceros –como el contenido de los correos electrónicos en comento–, los titulares de dichos derechos pueden autorizar, expresa o tácitamente, su entrega, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

9) Que, asimismo, debe precisarse, respecto de la autorización a que se hace mención en el considerando anterior, que la renuncia a la protección de sus derechos que hace una persona a los correos electrónicos que haya emitido, también debe extenderse a aquellos correos que hubiere recibido proveniente de terceros, toda vez que el solo ejercicio de la facultad de reenviar dichos correos a otros destinatarios –atribución inherente a todo usuario de correo electrónico– implica que los terceros remitentes de los mismos no puedan mantener el control sobre sus contenidos.

10) Que, por otro lado, corresponde analizar la causal de reserva del artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, invocada por el CNCA, según el cual la publicidad, comunicación o conocimiento de los correos electrónicos pedidos en la especie afectaría el debido cumplimiento de sus funciones al desincentivar, entre los funcionarios y autoridades del Ministerio, el uso de correos electrónicos, lo que

perjudicaría de modo “probable, presente y específico” la realización de las labores propias del órgano.

11) Que, sobre el particular, este Consejo estima que la invocación de dicha causal de secreto o reserva resulta contradictoria con las principales alegaciones esgrimidas por el propio CNCA en su respuesta, en sus descargos y en su contestación a la medida para mejor decretada en este amparo. En efecto, el CNCA ha sostenido que la reserva de los correos electrónicos solicitados se justificaría especialmente en la garantía de la inviolabilidad de la vida privada y de las comunicaciones que les asiste a aquellas personas que envían o reciben correos electrónicos, aun desde sus casillas de correo institucionales, de modo que dicho órgano vulneraría tales derechos de divulgar el contenido de los mismos. Pues bien, el argumento que fundamenta la invocación de la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia –esto es, el desincentivo que se produciría en el empleo de dicho mecanismo de comunicación entre sus funcionarios y terceros, para el cumplimiento de sus funciones legales–, en la misma lógica de razonamiento del CNCA, no podría suponer la afectación del debido cumplimiento de sus funciones, toda vez que al contenido de tales correos, incluso enviados o recibidos hacia o de casillas institucionales y aunque versaren sobre el ejercicio de funciones propias del órgano, sólo podrían tener acceso aquellos funcionarios que hayan intervenido directamente en dicha comunicación. En el mismo sentido, el supuesto en que se basa dicha causal permitiría concluir que el CNCA estima ser titular de derechos o de facultades respecto a las comunicaciones electrónicas que intercambian sus funcionarios, ya que, a su juicio, constituiría una herramienta empleada por éstos para el desempeño de sus funciones públicas, argumento que no se concilia con las alegaciones sobre la inviolabilidad de la vida privada y de las comunicaciones de sus funcionarios, en que ha sostenido la reserva de los correos electrónicos solicitados. Por tal razón, no cabe sino rechazar la concurrencia, en la especie, de la causal de reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia.

12) Que, por otro lado, 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. Asimismo, tampoco resulta plausible las argumentaciones invocadas por el órgano reclamado cuando en la especie ha mediado la autorización expresa de la titular de los correos electrónicos requeridos, autorizando la entrega de ellos, sin hacer distinción de ningún tipo, con lo cual se debe entender que dicha autorización se extiende a todos sus correos electrónicos, tanto aquellos relativos al ejercicio de sus funciones públicas, como aquellos relativos a su vida privada.

13) Que, lo anterior, no obsta a que de haberse acreditado suficientemente la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva específica, este Consejo la habría acogido.

14) Que, por lo expuesto, se acogerá el presente amparo y se requerirá al órgano reclamado que, dentro del plazo que se indicará en la parte resolutiva de la presente decisión, entregue a don Carlos Soza Canales copia de los correos electrónicos que la Sra. Macarena Barros, ex Jefa del Departamento de Ciudadanía Cultura, haya enviado y recibido desde o en su casilla institucional, durante el periodo que media entre los meses de julio y agosto de 2011.

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 UNANIMIDAD DE SUS MIEMBROS PRESENTES, ACUERDA:

I. Acoger parcialmente el amparo presentado por don Carlos Soza Canales, en contra del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, en virtud de los fundamentos expuestos precedentemente.

II. Requerir al Sr. Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes que:

a) Entregue a don Carlos Soza Canales una copia de los correos electrónicos enviados o recibidos desde o en la cuenta institucional de doña Macarena Barros entre los meses de julio y agosto de 2011, atendida la expresa autorización de ésta.

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 Nº 1291, piso 6º, comuna y ciudad de Santiago), de manera que esta Corporación pueda verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas precedentemente en tiempo y forma.

III. Representar al Sr. Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes que, pese a haber estimado que la información requerida podía afectar los derechos de doña Macarena Barros, ex Jefa del Departamento de Ciudadanía Cultura, no le comunicó a ella, en cuanto tercero afectado, la solicitud de don Carlos Soza Canales ni le informó sobre 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, requiriéndosele que, en razón de ello, 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 Carlos Soza Canales, al Sr. Ministro Presidente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y a doña Macarena Barros, en su calidad de tercera involucrada en este procedimiento.

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 don Jorge Jaraquemada Roblero no concurre al presente acuerdo por encontrarse ausente.

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