



OFICIO N° D- 17662

ANT.: Oficio N° 1.791, de 2011, del Consejo para la Transparencia.

MAT.: Informa lo que indica.

SANTIAGO, 03 AGO 2011

DE : SUBSECRETARIO DEL INTERIOR

A : DIRECTOR GENERAL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

1. Mediante Oficio N° 1.791, de fecha 18 de julio de 2011, el Consejo para la Transparencia en el contexto del reclamo Rol N° C406-11, interpuesto por el Alcalde de Melipilla don Mario Gebauer Bringas, ha notificado a la Subsecretaría del Interior, de lo acordado por dicho Consejo en su sesión ordinaria N° 263, de fecha 14 de julio de 2011, en orden a solicitar a esta Cartera se sirva remitir *"copia de todos los correos electrónicos institucionales remitidos y recibidos entre el Ministerio del Interior y la Gobernación de Melipilla, incluida la Subsecretaría del Interior, como también en las cuentas de correos electrónicos, tanto de la Gobernadora Provincial Paula Gárate como la del Subsecretario o del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla"*, que verse sobre las materias objeto del reclamo.

Dicha entidad funda su solicitud *"en el ejercicio de su atribución de requerir la colaboración de los órganos del Estado en el ámbito de su competencia, la*

que se encuentra consagrada en el artículo 34 del artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.”

2. En relación con la materia cumple con recordar que de conformidad a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de legalidad, los órganos del Estado deben someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, los que actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Siendo ello así, y en lo que concierne al procedimiento para recurrir de amparo al derecho de acceso a la información, corresponde advertir que éste se encuentra específicamente regulado en los artículos 24 y siguientes de la Ley N° 20.285, ninguno de cuyos preceptos contempla la facultad del Consejo para la Transparencia de requerir la documentación a que alude la petición del rubro, cual si se tratase de una *“medida para mejor resolver”*, en los términos establecidos en la legislación procesal civil.

En efecto, es necesario anotar que de conformidad al inciso final del aludido artículo 24, durante la tramitación de un reclamo de acceso a la información, el Consejo sólo se encuentra facultado para, de oficio o a petición de parte, *“fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba”*. Por el contrario, el procedimiento de amparo no prevé instancia alguna en cuya virtud el Consejo pueda requerir de oficio y por escrito a las partes intervinientes la entrega de medios de prueba, tales como antecedentes y documentos.

En este contexto, cuando el artículo 34 del referido cuerpo legal, dispone que el Consejo puede solicitar la colaboración de los órganos del Estado para el ejercicio de sus atribuciones, no otorga a esa Entidad una potestad que implique una obligación correlativa de parte de los servicios públicos requeridos. Por lo demás el referido precepto, se encuentra contenido en el Título V, *“Del Consejo para la Transparencia”*, de la Ley N° 20.285, esto es, en un Título diverso de aquel que contempla el detalle del procedimiento de amparo.

A mayor abundamiento, la Ley de Transparencia no prevé sanción alguna para el caso que los órganos del Estado no presten colaboración al Consejo en los términos señalados en el aludido artículo, lo que refuerza la tesis planteada precedentemente en orden a que constituye una facultad -y no una obligación- del servicio respectivo proporcionar o no los antecedentes pertinentes.

De este modo, es posible concluir que el Consejo para la Transparencia carece de atribuciones expresas para requerir con carácter obligatorio a esta Secretaría de Estado, la documentación que pretende.

3. Sin perjuicio de lo anterior, resulta imprescindible reafirmar lo expuesto en el oficio N° 10.462, del 28 de abril de 2011, que contiene los descargos formulados por esta repartición a dicho Consejo, en el marco del reclamo Rol C406-11, en el sentido que el derecho de toda persona *“a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado”* se encuentra supeditado a que su ejercicio se realice conforme a la Constitución Política y en la forma y condiciones que establece la ley N° 20.285.

Al respecto, y concurriendo en la especie la causal prevista en el artículo 21, N° 2, de la ley N° 20.285, el Ministerio del Interior negó lugar al requerimiento formulado por el señor Gebauer Bringas en lo que concierne a los correos electrónicos institucionales, por estimar que el contenido de los mismos se enmarca dentro de la esfera de la vida privada de los funcionarios públicos usuarios de ese medio de comunicación y, por ende, se encuentran amparados por los preceptos contenidos en los numerales 4 y 5, del artículo 19, de la Carta Fundamental.

No puede pretenderse que las autoridades y los funcionarios públicos, por desempeñarse como tales y en uso de los medios de comunicación que la propia Administración les proporciona, queden al margen de la referida protección constitucional, pues ello no sólo importaría una discriminación injustificada respecto de éstos, sino que, además, conllevaría la vulneración de la garantía reconocida en el artículo 19, N° 2, de la misma Constitución.

En este contexto, es menester advertir que el carácter reservado de un determinado documento es inherente a la naturaleza del mismo, sin que cambie dicha calificación por la circunstancia de ser solicitado el mismo por una determinada entidad o persona, como ocurre con el Consejo para la Transparencia, salvo que concurra algunas de las excepciones que la normativa vigente ha regulado en forma específica y que autorizan para que las comunicaciones electrónicas pueden ser interceptadas o publicadas (como ocurre, por ejemplo, con las disposiciones contenidas en el Código Procesal Penal, en especial, lo dispuesto en los artículos 218 y 219; así como con las facultades especiales que, en casos graves y calificados, posee el Fiscal Nacional Económico). Por lo mismo, un correo electrónico emanado de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones será siempre privado.

En efecto, no hay en la Ley de Transparencia una precisa determinación de cuándo sería o no admisible la limitación de un derecho fundamental como aquel que protege las comunicaciones vía correos electrónicos, así como tampoco se desarrollan los casos específicos en los que éstos debieran publicitarse, ni el procedimiento que se debiera aplicar para proceder a dicha publicación a fin de resguardar al máximo posible la intimidad y la vida privada de los funcionarios.

Siendo ello así, el carácter de reservado o secreto de los correos electrónicos alcanza también al Consejo para la Transparencia, de modo que resulta contrario a derecho acceder a la solicitud formulada mediante el oficio del antecedente.

Corroborar lo expuesto la circunstancia que el Tribunal Constitucional, al efectuar el análisis de constitucionalidad del proyecto de ley sobre acceso a la información pública, en su sentencia de 10 de julio de 2008, haya precisado en los considerandos Trigésimoprimero y Trigésimosegundo, del Párrafo VI, "Disposiciones del proyecto de ley sometido a control que el Tribunal declarará constitucionales en el entendido que en cada caso se indica", lo siguiente:

"TRIGÉSIMOPRIMERO: Que el inciso primero del artículo 34 de la ley que aprueba el ARTÍCULO PRIMERO del proyecto en examen dispone: 'Para el

ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado. Podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia'."

"TRIGESIMOSEGUNDO.- Que la frase 'podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia', será declarada constitucional por este Tribunal bajo el entendido de que el ejercicio de dicha potestad del Consejo para la Transparencia reconoce como límite las excepciones a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado que determine el legislador de quórum calificado, de conformidad al inciso segundo del artículo 8º de la Carta Fundamental."

Como puede advertirse, el Consejo no se encuentra al margen de las disposiciones que sobre reserva o secreto contempla la normativa constitucional y legal vigente, de forma tal que esta Cartera Ministerial, en resguardo de las garantías reconocidas en los numerales 4 y 5, del artículo 19, de la Carta Fundamental, deberá negar lugar a la solicitud de colaboración efectuada por el Consejo para la Transparencia, en el sentido de acompañar los correos electrónicos que indica, toda vez que, a juicio del suscrito, ello supondría una grave afectación de los derechos de las autoridades y funcionarios involucrados, que vulnera no sólo una razonable expectativa de privacidad con que el derecho ha protegido este tipo de comunicaciones, sino que también la confianza que aquéllos depositaron en ese instrumento como una instancia de comunicación -no susceptible de publicidad- de los más variados asuntos del ejercicio de sus labores

Saluda atentamente a Ud.,



Rodrigo Ubilla Mackenney
RODRIGO UBILLA MACKENNEY
SUBSECRETARIO DEL INTERIOR

Q

VHMR/ATS

DISTRIBUCIÓN:

- 1) Consejo para la Transparencia.
- 2) División Jurídica.
- 3) Oficina de Partes.
- 4) Gab. Subsecretario. ats
- 5) Dep. Planificación.