

ORD. N° 1201

ANT.: Solicitud de información N°54891, por Ley de Transparencia

MAT.: Entrega respuesta a solicitud N°54891, por Ley de Transparencia.

INCL.: Resuelvo (Exento) SOP N°1093, de 30 de mayo de 2016

SANTIAGO, 31 MAYO 2016

DE : **SUBSECRETARIO DE OBRAS PÚBLICAS**

A :

Con fecha 04 de mayo de 2016, ingresó la solicitud N°54891, de información por Ley de Transparencia, la cual solicita lo siguiente:

"Solicito el contenido de los correos electrónicos entre la dirección alberto.undurraga@mop.gov.cl y las casillas walter.wilson@gmail.com y walter.wilson.mop@gmail.com, desde el año 2014"

Informo a usted que se da respuesta a lo consultado mediante documento del INCL, el cual se adjunta.

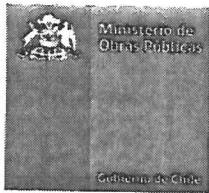
En mérito de lo antes expuesto este Ministerio da por concluida la gestión respecto de su solicitud de información. Lo anterior en virtud de la Ley N°20.285, de 20 de agosto de 2008, sobre Acceso a la Información Pública.

Saluda atentamente a Ud.,

MSM/MAC/mac
DISTRIBUCIÓN:
- Destinatario
- Of. Partes SOP
- Archivo

SERGIO GALILEA OCON
Subsecretario de Obras Públicas

Proceso N°: 4804795.-1



DENIEGA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, N° 54.891, DE 04 DE MAYO DE 2016, EN VIRTUD DE LA LEY N° 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.

Santiago, 30 MAY 2016

VISTOS:

- La Solicitud de Información de Acceso a la Información Pública N° 54.891, de fecha 04 de mayo de 2016.
- Lo dispuesto en la Constitución Política de la República.
- Lo dispuesto en la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en concordancia con lo establecido en el Decreto Supremo N° 13 de 2009, del MINSEGPRES, que aprueba el Reglamento respectivo.
- Lo dispuesto en el DFL 1/19.653 de 2000, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Lo dispuesto en la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- Las facultades establecidas en el DFL MOP N° 850, de 1997, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.
- La Resolución N° 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República, que fija las Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón.

CONSIDERANDO:

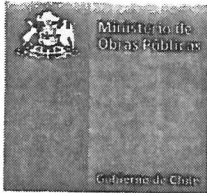
1.- Que, se ha recibido en esta Subsecretaría de Obras Públicas, la solicitud N° 54.891, de fecha 04 de mayo de 2016, realizada por _____ quien solicita lo siguiente:

"Solicito el contenido de los correos electrónicos entre la dirección alberto.undurraga@mop.gov.cl y las casillas walter.wilson@gmail.com y walter.wilson.mop@gmail.com, desde el año 2014."

2.- Que, según el artículo 5° de la Ley 20.285, *"En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas."*



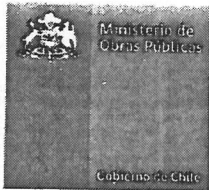
- 3.- Que, la Constitución Política, en el inciso segundo de su artículo 8º, prescribe que **"Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional"**.
- 4.- Que, la norma constitucional antes citada establece que los actos y resoluciones de los Órganos del Estado son públicos; y, la ley 19.880, en su artículo 3 prescribe que **"..se entenderá por acto administrativo 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"**. En dicha línea, entonces, **el mandato constitucional dispone que solo serían públicos los actos y resoluciones de los Órganos de la Administración del Estado, dictados conforme al artículo 3 de la ley 19.880, sus fundamentos y procedimientos que utilicen.**
- 5.- Que, por otra parte, los artículos 5 y 10 de la ley Nº 20.285 sobre acceso a la información pública establecen que conjuntamente con los actos y resoluciones, son públicos sus fundamentos y aquellos antecedentes que les sirvan de complemento directo y esencial, en el entendido que la función pública debe ser ejercida con transparencia; los ciudadanos deben tener acceso a los motivos que se tuvieron a la vista para emitir una decisión, con el propósito de evitar decisiones arbitrarias o carentes de racionalidad. Asimismo, la ley en comento, establece que no sólo los actos y resoluciones administrativas en el sentido formal son públicos, sino que también es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los Órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación y procesamiento. Pues bien, a primera vista, podría entenderse que esta norma viene a extender el mandato constitucional, ampliando la cobertura de la transparencia más allá de los actos y resoluciones en sentido formal, abarcando toda la información que obre en poder del Servicio, independiente de su origen y el soporte en que se encuentre; por lo tanto, podría sostenerse, en principio, que un correo electrónico emitido o recibido hacia una casilla de correo electrónico institucional es información pública, ya que obra en poder del Servicio y fue elaborado con presupuesto público.
- 6.- Que, precisamente dicho criterio extensivo es el que ha sostenido reiteradamente el Consejo para la Transparencia en sus decisiones. Sin embargo, es útil hacer presente que los pronunciamientos o sentencias del citado Consejo no constituyen jurisprudencia administrativa.
- 7.- Que, por lo tanto, y a objeto de fundamentar de mejor manera la presente resolución, es útil traer a colación toda la jurisprudencia y doctrina existentes. Al respecto, la invariable jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en sentencias Rol Nº 2153, de 11 de septiembre de 2012, Rol Nº 2246, de 31 de enero de 2013 y Rol Nº 2379, de 29 de enero de 2014, ha sostenido tres líneas argumentativas. Primero, que los correos electrónicos son comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19 Nº 5 de la Constitución; segundo, que dichas comunicaciones están protegidas por el privilegio deliberativo; y, enseguida, que el inciso segundo del artículo 5º de la Ley Nº 20.285, excede lo establecido en el artículo 8º de la Constitución, porque obliga a revelar más de lo que dicho precepto dispone. En ese sentido, dicha Magistratura ha sostenido que **"este Tribunal, por lo mismo, tiene una doctrina en la materia. Ello obliga a quien quiera dar argumentos para cambiarlos, hacerse cargo de los planteamientos del Tribunal. Por lo mismo, la carga argumentativa debe ser profunda, persuasiva e innovativa, porque se trata de desafiar una argumentación consolidada, y no meramente discrepar de ella o formular críticas respecto de su formulación"** (Considerando Décimo Tercero Rol 2379-2014)



- 8.- Que, ahondado en las líneas argumentales del Tribunal Constitucional antes señaladas, los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales, pues si bien están sujetos a un Estatuto Administrativo, dicho régimen estatutario importa regular la actividad funcionaria y no suspende derechos que la Constitución garantiza a todas las personas; luego, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, no deberá ceder a favor de la interpretación extensiva del inciso segundo del artículo 5 de la ley de transparencia, puesto que se generarían diferencias entre los funcionarios públicos y quienes no lo son, al permitirse el libre acceso a las comunicaciones vía correo electrónico. En el mismo sentido, una correcta interpretación del derecho al respeto a la vida privada del artículo 19 N° 4 y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada del artículo 19 N° 5, implica que por vía ley de transparencia no es posible acceder a ese ámbito de privacidad contenido en los correos electrónicos de los funcionarios. Luego, las excepciones a estos derechos son de carácter excepcional y el procedimiento para implementar la excepción está debidamente regulado en la ley; en el caso del acceso a correos electrónicos por vía de ley de transparencia, no existe un proceso regulado, lo cual podría entenderse como una infracción a la garantía del debido proceso.
- 9.- Que, del mismo modo, el Tribunal Constitucional sostuvo que: *"El acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino solo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen. La Constitución no habla de información"* (STC 1990-2012). Sobre el punto, dicha Magistratura ha sostenido que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7, 19 N° 3 y 63 N° 18) que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento administrativo. *Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a este, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo* (STC 2153-12). Del mismo modo, ha afirmado que, *"para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de firma electrónica. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7 y siguientes). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas (STC 2153-2012). Asimismo, los correos electrónicos que sean actos administrativos, para ser públicos, tienen que estar en un expediente administrativo"*. (STC 2153-2012.)
- 10.- Que, de acuerdo a lo señalado se concluye que **para ser considerados como información pública, los correos electrónicos deben formar parte de un expediente administrativo**, incorporándose al mismo como parte de los elementos o fundamentos que se tuvieron a la vista para tomar una decisión, adoptar una medida o formular una política pública; en caso contrario, se mantienen en el ámbito de privacidad de funcionario titular de la casilla de correo electrónico, a la cual, sólo él puede acceder a través de una clave intransferible. Asimismo, para que un acto administrativo sea válidamente emitido por vía electrónica, debe contar con una firma electrónica (procedimiento regulado a través de la ley de firma electrónica); en el caso de un e-mail institucional, ello no ocurre, toda vez que para que sea un acto administrativo, no basta que sea emitido por un medio electrónico, en tanto le falta la firma electrónica no siendo suficiente para su validez (como acto administrativo), un mero logo institucional.
- 11.- Que, en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho de acceso a la información no tiene un carácter absoluto, en tanto éste debe ejercerse respetando los derechos que el ordenamiento jurídico establece. Luego, no obstante que la ley N° 20.285 establece un amplio ámbito de acceso a la información, nuestro ordenamiento se estructura y sostiene en la medida que las leyes se interpretan conforme a la Constitución. Al respecto, es útil recordar que el ordenamiento constitucional establece claramente, la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, así como la igualdad ante la ley y el derecho a un debido proceso.



- 12.- Que, por su parte, el artículo 21 de la Ley N° 20.285, establece que **"Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 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"**.
- 13.- Que, el N° 5 del artículo 19 de la Constitución Política, asegura a todas las personas **"La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley"**.
14. Que, sobre el punto, el Tribunal Constitucional en el Considerando quincuagésimo noveno de la STC 2153-2012, señaló que: **"los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión comunicaciones y documentos privados"** que utiliza el artículo 19 N° 5 de la Constitución. Es así que, los correos electrónicos constituyen una comunicación digitalizada que es transmitida por un canal cerrado, sin que exista a su respecto acceso de terceras personas distintas al emisor y al receptor de los mismos, y en tal sentido, constituyen una comunicación y documento de carácter privado, protegido por la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política. Luego, la ley N° 20.285 no permitiría levantar la inviolabilidad de las comunicaciones contemplada en dicha garantía constitucional, por tanto, la publicidad se encuentra supeditada a los derechos constitucionales.
- 15.- Que, el derecho a la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, han de entenderse en su expresión concreta respecto de los correos electrónicos, como una extensión en la vida moderna del carácter personalísimo que tiene dicha forma de comunicación, y estas garantías son base y expresión de la libertad individual, íntimamente ligada a la dignidad de las personas, valores fundamentales consagrados en el artículo 1° de la Constitución Política de la República. (Consid. 7°, Sentencia en Causa Rol N° 2496-12, Corte de Apelaciones de Santiago.)
- 16.- Que, del mismo modo el Tribunal Constitucional afirmó que no es posible acceder a correos electrónicos en tanto estos: "no se encuentran dentro de las hipótesis de correspondencia previstas por la regulación pública, no pudiendo entenderse éstos comprendidos en la ley N° 19.799 sobre Firma Electrónica, pues ella descansa sobre categorías formales, reguladas expresamente. Es decir, la Ley de Firma Electrónica no es fuente de documentación distinta a la establecida en general para la Administración, sino que tan sólo señala que los actos y procedimientos que se dictan en papel, también se pueden hacer por vía electrónica, que es precisamente el criterio de la LBPA".
- 17.- Que, tal como lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Santiago, en Causa Rol N° 2496 - 2012, los correos electrónicos que se generan en el ámbito de la Administración pueden incluir informaciones de carácter personal, opiniones o juicios de valor respecto de materias confidenciales por razones institucionales o de la naturaleza del cargo, abarcando una multiplicidad de situaciones humanas, por lo que carecen de interés público, más aun cuando los correos no tienen el carácter de documentos que necesariamente sirvan de sustento a un acto o resolución administrativa pues no constan en algún expediente y por lo tanto no puede catalogarse de información pública. **El uso de correos electrónicos reemplaza las llamadas telefónicas o comunicaciones informales que, como se sabe, están también cubiertas por el privilegio deliberativo de las autoridades y funcionarios, no siendo accesibles por la vía de la Ley de Transparencia.**



18.- Que, en dicho sentido, conforme a lo sostenido por el Profesor Luis Cordero Vega¹, los correos electrónicos se encuentran cubiertos por el "privilegio deliberativo" de los funcionarios públicos, en tanto forman parte de un proceso de discusión para la adopción de una decisión o bien como parte de intercambio de ideas propias de la función de gobernar. El privilegio deliberativo tiene por objeto: (i) fomentar las discusiones abiertas entre autoridades y ente éstas y sus subordinados o superiores sobre asuntos administrativos y elaboración de políticas; (ii) proteger la información frente a una divulgación prematura previa a la decisión, para evitar así la confusión del ciudadano que podría resultar de la divulgación de razonamientos y opiniones que no se hayan utilizado como fundamento para la decisión final, y; (iii) proteger de una prematura revelación las políticas de actuación, hasta su definitiva adopción. Por esta misma razón, la Ley N° 20.285 permite denegar la información cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política.

19.- Que, a lo ya largamente expuesto, debemos agregar que, en virtud del artículo 21, N° 1, letra a) de la Ley de Transparencia, se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: **"Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales."**

20.- Que, sobre el particular, podemos señalar que la materia sobre la cual versa la solicitud de información, es objeto de una investigación penal iniciada a solicitud del Consejo de Defensa del Estado, a raíz del aumento de presupuesto en las obras del Puente Cau Cau en 1.800 millones de pesos, que se encuentra en etapa de indagatoria, llevada a cabo por el Fiscal de Santiago José Morales (Fiscalía Metropolitana Centro Norte). Por lo tanto, existiendo una investigación criminal debe estarse a lo dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal, que establece el secreto de las actuaciones de la investigación, por lo que no siendo el solicitante interviniente en el proceso penal, no puede tener acceso a los antecedentes contenidos en él.

21.- Que, de entregarse la información al recurrente, el Servicio y sus funcionarios estarían actuando en contra de la norma señalada anteriormente, que tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, y busca hacer efectiva la responsabilidad penal.

22.- Que, por su parte, el artículo 80 del Código Procesal Penal dispone que la dirección de la investigación le corresponde al Ministerio Público, por lo que en principio el organismo reclamado se encontraría impedido de entregar información relacionada con la investigación de un crimen o simple delito, ni a terceros que lo soliciten ni a terceros intervinientes. En el primer caso, rige el secreto de las actuaciones de investigaciones respecto de terceros ajenos al procedimiento previsto en el artículo 182 del Código precitado, y, en el segundo caso, porque toda solicitud sobre la materia debe ser efectuada por el interviniente directamente al fiscal a cargo de la investigación, o al juez de garantía según corresponda. Lo anterior, debe relacionarse con una de las funciones del Ministerio Público, contenida en el artículo 1° de la ley N° 19.640, que establece la ley orgánica constitucional del Ministerio Público, que al respecto dispone que: "El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito (...)". En mérito de lo anterior, se debe concluir que dicha norma tiene por objeto la protección del debido cumplimiento de las funciones del Ministerio Público, como órgano que detenta constitucional y legalmente, el monopolio de las actividades investigativas de los hechos que constituyen delitos.

¹ Informe en Derecho. Sobre la Improcedencia del Acceso a la Información Pública en el caso de correos electrónicos. 19 de diciembre de 2011. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/inmformes-de-derecho>.
Página 24.



23.- Que, de acuerdo a lo señalado por el Consejo para la Transparencia en sus decisiones Rol C911-10 y C346-14, entre otras, "la precitada norma consagra el secreto de las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía para los terceros ajenos al procedimiento, disponiendo, por otra parte, que los intervinientes siempre tendrán acceso a las mismas, por lo que establece que éstos podrán examinar y obtener copias a su cargo, de los registros y los documentos de la investigación fiscal y podrán examinar los de la investigación policial. Agrega dicha decisión, que: "Sin embargo, el derecho del imputado y de los demás intervinientes se encuentra limitado por la facultad del fiscal de disponer la reserva temporal de ciertas actuaciones de la investigación, en tanto lo considere necesario para la eficacia de la misma sometido, en todo caso, al control del juez de garantía (art. 83 CPR, 9 y el Inciso 1° del artículo 70 del CPP). En tal caso debe identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto. No obstante, este secreto puede ser cuestionado por el imputado o cualquier otro interviniente ante el juez de garantía, a quien podrán pedirle que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare (art. 182 inc. 4 CPP)."

24. Que, además de la señalada causa penal existen otros dos conflictos judiciales en tramitación, estos son, una "Demanda Declarativa de no Concurrencia de los Presupuestos para poner Término Anticipado al Contrato, Cumplimiento del mismo e Indemnización de Perjuicios", ante el 28° Juzgado Civil de Santiago, Rol C-17309-2015, presentada por AZVI CHILE S.A. en contra del Fisco de Chile; y un recurso de protección presentado por don Walter Wilson Rojas (sindicado por la solicitante como uno de los emisores y/o receptores de los correos electrónicos requeridos) ante la Corte de Apelaciones de Santiago, N°40.777-2.016, en contra del Ministro y del Subsecretario de Obras Públicas y del Director Nacional de Vialidad.

25. Que, en dichos litigios la información solicitada, tal como lo señala el artículo 21 N° 1 letra a) de la ley de transparencia, y el artículo 7 N° 1 letra a) de su reglamento, constituyen "*antecedentes necesarios para la defensa jurídica y judicial, esto es, entre otros, aquellos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico*".

26.-Que, en virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, se procede a dictar la presente Resolución que deniega la entrega de la información solicitada.

27.- Que, se hace presente a la [redacted] que según lo dispone el artículo 24 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tiene el derecho de recurrir ante el Consejo para la Transparencia, dentro del plazo de quince días hábiles, contados desde la notificación de la presente Resolución Exenta.

RESUELVO (EXENTO)

SOP N° 1093

1. **DENIÉGUESE** la entrega de los correos electrónicos individualizados en el considerando N° 1 de la presente Resolución, debido a que se configuran las causales de secreto o reserva señaladas en el artículo 21 N° 1, letra a), y N° 2, de la Ley 20.285.



2. **INCORPÓRESE** al índice de los actos y documentos calificados como secretos o reservados una vez que la presente resolución se encuentre firme, de conformidad a lo establecido en el artículo 23 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública y en el N°2 de la Instrucción General N° 3 del Consejo para la Transparencia (Índice de Actos y Documentos Calificados como Secretos o Reservados).
3. **NOTIFIQUESE** la presente Resolución a la solicitante a la dirección de correo electrónico registrada en la solicitud N° 54.891.

ANÓTESE Y COMUNÍQUESE


SERGIO GALILEA OCON
Subsecretario de Obras Públicas



GAM/aro

DISTRIBUCION:

- Destinatario: Sra. Bárbara Cox Sáez (por sistema SIAC)
- Responsable de Transparencia
- Oficina de Partes

Número de Proceso: 9704569.-