



DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN DE USUARIOS
UNIDAD DE TRANSPARENCIA
KARDEX 3319

ORD. N° 1785

ANT: 1.- Solicitud de Acceso a la Información Pública, requerimiento Del [REDACTED] de fecha 01/08/2016.

2.- Ordinario 3749 de 18/07/2016 del Director Nacional del Trabajo.

3.- Correo electrónico de fecha 22/08/2016 enviado por Juan Carlos Guevara Fernandez, que da cuenta de la negativa a la información requerida.

MAT: Deniega información conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley N° 20.285 y Art. 19 N° 5 de la Constitución Política de la República.

CONCEPCIÓN, 25 AGO 2016

DE : DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO, REGIÓN DEL BÍO BÍO

A : [REDACTED]

Mediante la solicitud de información del antecedente, se ha ingresado a través del Sistema de Gestión de Solicitudes de esta Dirección del Trabajo, su consulta de Acceso a la Información Pública, en la cual requiere textualmente lo siguiente

"Estimados Señores: En cumplimiento del principio de contradicción e igualdad, por esta vía solicito a Uds., tener acceso a correo electrónico completo enviado por el Sr. Juan Carlos Guevara con fecha 13/07/2016 a la DT de Concepción 09:35 am (Sr. José Manuel Álvarez) como excusa de no asistir a reunión mesa de trabajo ENAP/FENATRASUB."

Sobre el particular cumple con informar a Ud., que los correos electrónicos constituyen comunicaciones digitalizadas que son transmitidas por un canal cerrado sin que exista a su respecto acceso a terceras personas, y en tal sentido constituyen comunicaciones y documentos de carácter privado protegidos por la garantía constitucional 19 N° 5 de la Constitución política de la república, hecho que fuera reconocido y resuelto expresamente por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 2153, de 11 de Septiembre de 2012, no siendo excepción a ello que, el receptor o remitente, o ambos inclusive, revistan la calidad de Autoridad o funcionario público, plenamente concordante con el criterio jurisprudencial manifestado por ese Tribunal Constitucional, ha sido la jurisprudencia emanada de la Ilustrísima Corte de apelaciones de Santiago en Causa Rol N° 312-2013 de 12 de Septiembre de 2014., en el cual recoge los argumentos precedentemente expuestos y comentados, a saber :

Los correos electrónicos constituyen comunicaciones digitalizadas que son transmitidas por un canal cerrado sin que exista a su respecto acceso a terceras personas, y en tal sentido constituyen comunicaciones y documentos de carácter privado protegida por la garantía constitucional 19 N° 5 de la Constitución política de la república, hecho que fuera reconocido y resuelto expresamente por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 2153, de 11 de Septiembre de 2012.

A saber, la Constitución Política de la Republica, en su artículo 19, dispone que la constitución asegura a todas las personas: "51.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse y registrarse en los casos y formas determinados por la Ley.", Tal como nuestro Tribunal Constitucional señala, la expresión de inviolabilidad se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente. Por una parte el de la Libertad de las comunicaciones... por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones.

Esto es, se prevé que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción *iuris et de jure* de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido vulnera al derecho de la privacidad (Noqueira, H.; OB.CIT., P.540). Lo que esta garantía protege es la comunicación cualquiera sea su contenido y pertenezca o no esté al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo abarca el mensaje y los datos de tráfico (Ruta, hora, fecha, sujetos, etc.) Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;..."

Precisado lo anterior y dando cumplimiento a lo requerido en solicitud de información pública señalada en el antecedente del presente oficio, cabe señalar:

1º La información solicitada si bien obra en poder de este Servicio, no se encuentra en alguno de los soportes documentales señalados en el inciso 2º del Artículo 10 de la Ley N° 20.285, toda vez que se trata de correos entre un funcionario público y un privado.

2º Respecto de las causales constitucionales o legales de secreto o reserva que, harían procedente la denegación de la información solicitada, cabe reiterar que de conformidad a la normativa constitucional y legal de nuestro sistema jurídico, los correos electrónicos de los funcionarios públicos son comunicaciones privadas, amparadas por la garantía constitucional establecida en el artículo 19 de la Constitución Política, que en su N° 5 dispone:

" Artículo 19.- La constitución asegura a todas las personas:

...5º La inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la Ley;"

En efecto, el Tribunal Constitucional en el voto de mayoría, causa Rol 2153-2011, considerando 31, determina que la garantía antes transcrita otorga protección a dos bienes jurídicos distintos: la libertad de las comunicaciones y el secreto de las mismas.

Lo anterior hace comprender que con independencia del titular emisor o receptor de la comunicación, al igual que de su contenido, deben protegerse en tanto no estén destinados a ser conocidos por terceros ajenos a la comunicación, por cuanto esta garantía lo que asegura es la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Lo contrario significaría que cualquiera podría tener acceso a los correos de los funcionarios públicos, en razón del carácter público de su contenido , contraviniendo claramente lo establecido en el inciso 2º del artículo 8º de la Constitución Política, conforme al cual son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, toda vez que los correos electrónicos no son actos ni resoluciones, sino que es una herramienta de comunicación, circunstancia que los convierte en privados, ya que estos funcionarios gozan de la totalidad de las garantías constitucionales, las cuales son de carácter irrenunciables, salvo escasas restricciones de ciertos derechos como la huelga a modo de ejemplo.

Al respecto, debe precisarse que el derecho a la información recae solo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información según se establece en la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1990-2012.

Igualmente, conforme a Sentencia Rol 2153-2012, del mismo Tribunal, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho que un documento sea electrónico. Es necesaria además la existencia de dicha firma, que debe ser certificada mediante firma electrónica simple o avanzada , conforme dispone la Ley N° 19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y servicios de Certificación de dicha Firma, que en su artículo 7º dispone: "**Los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel. Con todo, para que tengan la calidad de instrumento público o surtan los efectos propios de este, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada.**"

De esta forma, entendiendo que la Ley 20.285, constituye un cuerpo de normas complementarias a las reglas de publicidad establecidas en el artículo 8º de la Constitución Política, la publicidad de los correos electrónicos infringiría tal derecho constitucional, a la vez que la garantía establecida en el artículo 19 N° 5, por cuanto ésta última al emplear la expresión "**toda forma de comunicación privada**", la voz, "**toda**", no excluye ninguna, las comprende justamente a todas el vocablo "**forma**", subraya el hecho que da lo mismo su formato.

Respecto del carácter privado de las comunicaciones protegidas por esta garantía, deben distinguirse de aquellas no privadas, como las que se realizan por la radio la TV, y otras nuevas modalidades electrónicas como el "hashtag", o etiquetas, el "tinder" y el "Facebook abierto", que persiguen su máxima difusión, todo los cuales no tienen expectativa de secreto, sino alcanzar la mayor publicidad, a diferencia de los correos electrónicos, o incluso los "whatsapp", que persiguen mantener la comunicación reservada a los emisores y receptores , características todas que evidencian que es el medio de comunicación utilizado, el que debe estar protegido, resultando irrelevante su contenido o calidad de los emisores y receptores que en el intervienen.

Igualmente debe tenerse presente que la inviolabilidad de estas comunicaciones privadas sólo puede alterarse en los casos y formas determinados por la Ley, esto es por las razones y con los procedimientos determinados legalmente, como ocurre excepcionalmente cuando se ha declarado el estado de Asamblea Constitucional, en caso de guerra exterior en la Ley 18.314, sobre Conductas Terroristas y Determinación de la Penas y en normas específicas del Código de Procedimiento Penal, como sus artículos 218 y 222, al igual que la Fiscalía Nacional Económica, DL N° 211 Ley 19.974.

De lo anterior fluye que el acceso a comunicaciones privadas solo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor, por lo que no existiendo norma constitucional ni legal en nuestro sistema , que deje al margen de la garantía del artículo 19 N° 5, los correos electrónicos, sean entre privados o funcionarios públicos, no resultando jurídicamente procedente que mediante la Ley N°20.285 se levante la inviolabilidad de las comunicaciones, por contemplar esta un procedimiento genérico destinado a hacer públicos los actos administrativos, resoluciones e informes, en tanto no se aplique conforme al principio de

legalidad establecido en la Constitución, ni constituiría argumento suficiente para hacerlo, invocar el artículo 8º de la Constitución, por cuanto la publicidad que en aquél se establece tiene como límites los derechos de las personas entre los que se encuentra la garantía del artículo N° 19 de la Constitución.

Lo anterior por cuanto, si el artículo 8º de la Constitución Política hubiese querido hacer pública toda la información que produzca o este en poder de la administración, no hubiere utilizado las expresiones "acto", "resolución", "fundamentos" y "procedimientos".

El uso de estas expresiones como indica fallo del Tribunal Constitucional en causa Rol 2246-2012, considerando Octogésimo Primero, otorga a esta enumeración un carácter taxativo, lo que se confirma al observar que el inciso 2º del mismo artículo 8º comienza señalando "son públicos", carácter que no es posible de ser atribuido al correo de un funcionario público, por aplicación del artículo 5 de la Ley N° 20.285, y en atención a que las normas que rigen el actuar de la administración pública son de orden público y en ellas solo es posible realizar lo que la Ley autoriza, resultando nulas y contrarias a derecho sus infracciones, conforme preceptúan los artículos 6º y 7º de la Constitución Política.

Conforme a todo lo señalado, corresponde además invocar la causal de secreto o reserva establecida en el artículo 21 N° 2, de la Ley N° 20.285, que permite denegar el acceso a la información cuando la publicidad, comunicación o conocimiento de la materia requerida 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.

En efecto la entrega del correo solicitado, vulnera los derechos de los funcionarios que participaron en ellos, en razón de afectar las garantías establecidas en los siguientes numerales del artículo 19 de la Constitución Política:

Nº 1, relativo a la integridad psíquica del funcionario público, toda vez que de entregarse sus correos, que podrían contener aspectos de la vida personal, quedarían eventualmente enfrentados a la crítica, a la burla o a la molestia de terceros, afectando así su estabilidad psíquica y emocional.

Nº 4, toda vez que su exposición al conocimiento público infringiría su derecho al respeto y protección de la vida privada y por tanto al derecho de secreto o reserva de los mismos.

Nº 5, por tratarse de comunicaciones privadas, según se ha explicado en párrafos anteriores.

Nº 2, que asegura a todas las personas la igualdad ante la Ley, resultaría lesionada si los correos electrónicos de los funcionarios se transformaran eventualmente en información pública, pues dichos funcionarios se verían privados del derecho a mantener en reserva su vida y comunicaciones privadas.

Nº 26, conforme al cual la Constitución debe asegurar que las limitaciones al ejercicio de los derechos que en ella y en la Ley se establecen, no podrán en caso alguno alterar la esencia ni impedir el libre ejercicio de las garantías constitucionales, situación que acontecería si como consecuencia de una errónea interpretación de la Ley N° 20.285, se diera publicidad a los correos electrónicos, ya que con ello se estaría configurando una limitación al ejercicio de los derechos constitucionales establecidos en los números 1º, 4º y 5º del artículo 19 de la Constitución.

Se hace presente que el correo electrónico solicitado contiene en su pie de página información que a priori niega la entrega a cualquier persona distinta al destinatario, señalando la prohibición de divulgación, en los siguientes términos, que textual dice; "**Este mensaje es una comunicación Privada. En caso de recepción**

accidental por terceras personas, sírvase remitir toda copia al emisor inmediatamente. La privacidad de esta comunicación goza de protección legal. En consecuencia está prohibido leer, conservar, copiar, divulgar o transmitir todo o parte de este mensaje a personas diferentes de su destinatario legal o su emisor original"

No obstante lo anterior, se confirió traslado el que da cuenta de la negativa consagrada en el Art. 20 de la Ley N° 20.285, donde se solicita al emisor del correo electrónico, que informe si mantiene su posición original de negarse a la entrega de la información requerida, y que formule argumentos que sustenten su posición.

Ante lo cual, con fecha 22/08/2016, el emisor del correo electrónico en comento, informa que su postura se mantiene a la originalmente planteada, esto es no autoriza la entrega del correo electrónico, fundamentando su negativa en qué; *"la empresa, en su calidad de empresa del Estado, se encuentra sujeta únicamente al cumplimiento del artículo décimo de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, disposición que la obliga a informar en su sitio WEEB (www.enap.cl) un conjunto de antecedentes que dicha norma legal se encarga de precisar(transparencia activa). En razón de lo anterior ERSA, no se encuentra obligada a proporcionar antecedentes distintos a los citados en la indicada disposición legal y, por lo mismo, tampoco le resulta aplicable la obligación de transparencia pasiva (entrega de cualquier información relativa a su actividad, a petición de interesado) regulada en el título IV del artículo primero de la referida Ley."*

En consecuencia, la información específicamente solicitada referida a un correo electrónico referido a un proceso que lleva nuestra empresa con FENATRASUB y la Dirección del Trabajo, no se encuentra dentro de aquellos antecedentes descritos en el referido artículo Décimo de la Ley N° 20.285, y tiene para ERSA carácter reservado – tal como señala la leyenda al pie del mismo- por lo que no podemos acceder a sus solicitud".

De este Modo, no es posible acceder a lo solicitado, puesto que la entrega de los mismos supondría la afectación de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrada en el artículo 19 N° 5 de la constitución y amparada por consiguiente, en la causal de reserva legal establecida en el artículo 21, N° 2 y 5 de la Ley de Transparencia, razón por la cual esta información es reservada, y no puede en consecuencia ser entregada.

Con todo, de no encontrarse conforme con la respuesta otorgada por este Servicio, informo a Ud. que procede en contra de esta decisión el procedimiento de reclamación establecido en el artículo 24 de la Ley 20.285, mediante él correspondiente Amparo a su derecho de acceso a la información, el cual se interpondrá ante el Consejo para la Transparencia en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación del presente este Oficio.

Saluda atentamente a Ud.,

PAULO OTAROLA QUINTANA
ABOGADO
DIRECTOR REGIONAL DEL TRABAJO
REGION DEL BIO BIO

X
POQ/JAO
Distribución
-- La señalada
-- Of. de Partes
-- Coord. Atención de Usuarios