

SUPERINTENDENCIA DE CASINOS DE JUEGO
- 2 OCT 2015
TOTALMENTE TRAMITADO DOCUMENTO OFICIAL

REF: Deniega totalmente solicitud de acceso a la información AE012W-162, presentada por don Luis Romero, conforme a lo prescrito en el artículo 21 de la Ley N° 20.285.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 227

SANTIAGO, - 2 OCT 2015

VISTOS

Lo dispuesto en los artículos 19 N°s 4 y 5 de la Constitución Política de la República de Chile; en los artículos 16, 21, 23 y demás pertinentes de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; en el artículo 7 N° 1 letra c) y N° 2 y demás pertinentes del Decreto N° 13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; y la solicitud de acceso a la información AE012W-162 presentada por don Luis Romero, de fecha 14 de septiembre de 2015; la Resolución N°1.600, de 2008, de la Contraloría General de la República, que Fija Normas Sobre Exención del Trámite de Toma de Razón; y demás disposiciones legales pertinentes.

CONSIDERANDO

1. Que, a través del sitio web institucional, don Luis Romero, con fecha 14 de septiembre de 2015 efectuó la solicitud de acceso AE012W-162, mediante la cual solicitó la siguiente información:

"En virtud de la ley 20.285 solicito: todos los correos electrónicos del período 2012-2013 recibidos por parte de los superintendentes de casinos correspondientes. De ser necesario la autorización de un tercero para dar acceso a la información requerida, le recuerdo que conforme a lo indicado en la Ley 20.285 y diversos dictámenes del Consejo para la Transparencia, la autoridad podrá denegar el acceso sólo si la oposición del tercero se fundamenta en algunas de las causales expresamente señaladas en el artículo 21 de la Ley 20.285. En virtud del artículo 19 letra e) de la Ley 20.285. Pido los documentos bajo el principio de divisibilidad, el que señala que si los documentos requeridos contienen al mismo tiempo información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

Observaciones: En su calidad de funcionario público, solicito que adjunten los siguientes correos electrónicos: los que recibió el primer semestre del 2012 el ex Superintendente Francisco Leiva; los correos electrónicos del segundo semestre del 2012 y todos los correos del año 2013 del actual Superintendente Renato Hamel Maturana."

2. Que, de acuerdo a los principios generales de transparencia y publicidad establecidos tanto en la Constitución Política como en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, se constata 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.” Asimismo, se aprecia que “(...) los actos y resoluciones del Estados, sus fundamentos, los documentos que se 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”. En este mismo sentido, el inciso 2 del artículo 10 de dicha ley señala: “El acceso a la información comprende el derecho a acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

3. Que, en este mismo orden de ideas, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley N° 20.285, la “...autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley” (el subrayado es nuestro).
4. Que el referido artículo 16 también prescribe que en estos casos la “...negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos”, exigiendo, además, que sea “...fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión...”.
5. Que, en tal sentido, el artículo 21 de la Ley N° 20.285 establece causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Al respecto, en relación con la solicitud de la referencia, concurren las causales establecidas en los numerales 1 letra c) y 2 del citado artículo 21, así como, lo señalado en el artículo 7 N° 1 letra c) y N° 2 del Decreto N° 13, de 2009, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.
6. Que, en lo que se refiere al artículo 21 N°1 letra c) el precepto legal señala: “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: (...) c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”.

Complementando la norma legal antes transcrita, el literal c) del artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 20.285 señala que: “Se entiende por requerimientos de carácter genérico, aquellos que carecen de especificidad respecto de las características esenciales de la información solicitada, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, autor, origen o destino, soporte, etcétera.”

Por su parte, el numeral 2 del citado artículo 21 señala: “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.”

7. Que, así, el solicitante, en términos vagos, genéricos e imprecisos y sin ningún tipo de criterio discriminador respecto de la materia o pertinencia de acceder a tales correos electrónicos, pide a esta Superintendencia se le haga entrega de todos los correos electrónicos recibidos en 2012 y 2013 por los Superintendentes respectivos. Al respecto, dicha solicitud resulta ser vaga e imprecisa, entre otras razones, porque no precisa a qué tipo de correos electrónicos se está refiriendo, es decir, si se trata de correos electrónicos recibidos a través de servidores particulares o privados, tales como Hotmail, Gmail u otros; o bien son correos institucionales que se reciben a través de un servidor contratado o de propiedad de la Superintendencia. En este mismo sentido, tampoco el solicitante señala cuál es la pertinencia de su solicitud en relación con los correos electrónicos que solicita, ya

que no utiliza ningún criterio discriminador para identificar o individualizar las materias determinadas que pudieran estar contenidas en los correos electrónicos cuya entrega solicita.

8. Que, sin perjuicio de las razones antes esgrimidas y en concordancia con ellas, cabe señalar que los correos electrónicos solicitados --más aún los correos electrónicos generados por servidores particulares-- no constituyen información pública a la luz de la Constitución y la Ley N° 20.285, toda vez que no poseen la naturaleza de "actos" o "resoluciones" de la Administración Pública. No son "actos administrativos" en los términos de la Ley N° 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, pues esta ley los define como "*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*", los que toman forma de decretos supremos y resoluciones. Por esto, no puede entenderse que un correo electrónico constituya un acto administrativo susceptible de ser solicitado y comunicado de acuerdo a las normas de la Ley de N° 20.285. Además, este tipo de comunicación no se constituye como fundamento que sirva de sustento o complemento directo o esencial a un acto o resolución.
9. Que, asimismo, la entrega de los correos electrónicos requeridos por el solicitante vulnera el ámbito razonable de privacidad y de la inviolabilidad de comunicaciones de las personas que ejercieron y ejercen el cargo de Superintendente de Casinos de Juego, comunicaciones que se encuentran protegidas por lo establecido en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política, que consagra los derechos a la vida privada y a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, respectivamente.

Al respecto, cabe tener en consideración que el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 4 de octubre de 2012, en causa rol 2153-2011 señaló que:

"DECIMOQUINTO: (...) En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012).

En cuarto lugar, dicho derecho no tiene carácter absoluto (STC 634/2007, 1732/2011 y 1800/2012). La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece (STC 1990/2012) y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado (STC 1892/2011). Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad (STC 1990/2012).

En quinto lugar, la Ley N° 20.285 es un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°. Pero son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no ésta en base a aquéllas (STC 1990/2012). Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Puede consistir en la entrega de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a disposición del público, en su difusión por distintos medios (STC 1990/2012). La Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8° (STC 1990/2012; 2152/2012).

DECIMOSEXTO. Que, además, conforme a la Constitución, son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (STC 1990/2012)”.

“CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, luego de analizado el artículo 19 N° 5°, este Tribunal está en condiciones de responder al cuestionamiento formulado en estos autos. Consideramos que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, por las siguientes razones.

La primera razón es que consideramos 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. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (...)”.

“CUADRAGESIMOTERCERO. Que no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos, pues éstos no están exentos de esta protección.

En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado.

En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común.

En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

(...) También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario(...)”.

10. Incluso, siguiendo la interpretación más reciente de la Corte Suprema, contenida en la sentencia de fecha 15 de enero de 2014, dictada en los autos rol 7484-2015 sobre recurso de queja en contra de Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, se advierte que los correos electrónicos de funcionarios públicos son comunicaciones particulares que se encuentran amparadas por el derecho a la vida privada (artículo 19 N° 4 de la Constitución Política) y a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5 de la Constitución Política) y, por consiguiente, no corresponde que sean entregados o dados a conocer a un tercero. En efecto, en dicha sentencia, la Excm. Corte Suprema sentenció:

“DÉCIMO: Que llegados a este punto resulta del caso destacar que el constituyente ha dispuesto la publicidad sólo respecto de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, declaración precisa y carente de toda ambigüedad que conduce a estos sentenciadores a concluir, basados en su claro tenor literal, que el acceso a la

información, respecto de los órganos del Estado, sólo se refiere o abarca sus actos y resoluciones, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, carácter que indudablemente no comparten los correos electrónicos en disputa.

En efecto, no resulta razonable sostener que éstos, por su propia naturaleza, puedan ser definidos como actos o resoluciones, pues su misma sustancia se opone a tal caracterización, de lo que dan cuenta, por ejemplo, la calificación de formal o informal de unos y otros, o la fuente de la que emanan, esto es, simples funcionarios públicos o autoridades con facultad para tomar decisiones que se enmarcan dentro del ámbito propio de actividad del organismo estatal respectivo, etc. A ello se suma la circunstancia de que ningún elemento de juicio existe en la especie que permita deducir tal identidad, máxime si todos los involucrados (incluyendo, por cierto, a estos falladores), ignoran el contenido preciso de tales comunicaciones. En cuanto a las restantes categorías mencionadas por la Carta Fundamental en este punto, esto es, los fundamentos de los actos y resoluciones y los procedimientos utilizados, es evidente que los correos electrónicos no corresponden ni a unos ni a otros, puesto que los primeros deben formar parte del mismo acto o resolución que sustentan o, en su defecto, han de constar en el proceso administrativo respectivo, el que cuenta con su propio soporte, sea en papel o virtual, pero en ningún caso se habrá de radicar en un correo electrónico. En cuanto al procedimiento utilizado, valga lo dicho respecto del proceso administrativo, que es su sede por naturaleza.

DÉCIMO PRIMERO: Que de este modo entonces sólo cabe concluir que los correos de cuya publicidad se trata corresponden a comunicaciones y documentos privados, carácter que se desprende de su propia condición de mensajes particulares intercambiados por individuos determinados, que sólo pueden acceder a ellos en cuanto titulares de una cuenta de correo que les es propia y en la medida en que a ellos sean dirigidos.

Refuerza tal convicción la circunstancia de que actualmente existe un proyecto de ley, aún pendiente de aprobación, por el que se busca regular precisamente esta materia, esto es, la referida a la publicidad del contenido de correos electrónicos, pues resulta evidente que si se debe dictar una norma de rango legal que discipline esta cuestión es porque en el estado actual de la materia se entiende que la información de que se trata es de carácter privado y sólo mediante una regulación como aquella se podrá soslayar tal carácter y darle publicidad.

DÉCIMO SEGUNDO: Que asimismo estos sentenciadores no pueden dejar de señalar que el carácter de funcionarios públicos de los titulares de las cuentas en que se alojan los correos de que se trata en nada altera la protección que la Constitución Política de la República otorga a sus comunicaciones privadas, esto es, que no por tener la calidad de empleados del Estado un determinado grupo de personas ha de ver restringidos sus derechos fundamentales más allá de lo que se resguardan los de la población en general, de lo que se sigue que a su respecto resultan plenamente aplicables las disposiciones del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, precepto que ampara precisamente el contenido de las comunicaciones intercambiadas por los trabajadores del Servicio de Impuestos Internos aludidos en la Decisión de Amparo Rol N° 33-13 objeto de la reclamación deducida por el Subdirector Jurídico de esa entidad.”.

11. Que el referido artículo 16 de la Ley N° 20.285 también prescribe que en estos casos la “...negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos”, exigiendo, además, que sea “...fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión...”.
12. Que, en este sentido y tal como se señaló, el artículo 21 de la Ley N° 20.285 establece las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información solicitada, advirtiéndose que en la especie, esto es, respecto de la solicitud de entrega de los correos electrónicos por los Superintendentes respectivos en los años 2012 y 2013, concurren, por los

motivos expuestos en los considerandos precedentes, las causales de secreto o reserva establecidas en los números 1 letra c) y 2 del citado artículo, así como, lo señalado en el artículo 7 N° 1 letra c) y N° 2 del citado Reglamento de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, por lo que tales correos electrónicos no podrán ser entregados a don Luis Romero o puestos a su disposición.

13. Que, finalmente, cabe señalar que, de acuerdo al artículo 24 de la Ley N° 20.285, en caso de ser denegada la petición de acceso a la información, el requirente tendrá derecho a reclamar ante el Consejo para la Transparencia establecido en el Título V de dicha norma, dentro del plazo de 15 días contado desde la notificación de la presente Resolución.
14. Que, por último, cabe tener presente que el citado artículo 16 de la Ley N° 20.285 establece que la "...resolución denegatoria se notificará al requirente en la forma dispuesta en el inciso final del artículo 12...".
15. Que atendido lo expuesto, las disposiciones legales referidas y en ejercicio de las atribuciones que me otorga la ley,


RESUELVO

Rechazar totalmente la solicitud de acceso a la información AE012W-165 presentada por don Luis Romero, con fecha 14 de septiembre de 2015, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N° 1 letra c) y N° 2 de la Ley N° 20.285 y artículo 7° N° 1 letra c) y N° 2 del Reglamento de la misma ley; por las razones expuestas en los considerandos de la presente resolución.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE



KARL DIETERT REYES
SUPERINTENDENTE DE CASINOS DE JUEGO (S)


KDR/caa/pr
DISTRIBUCIÓN:

- Sr. Luis Romero (luifer.per59@gmail.com)
- División Jurídica
- Unidad Atención Ciudadana y Comunicaciones
- Oficina de Partes SCJ