

Santiago, once de septiembre de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 26 de diciembre de 2011, el Subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla Mackenney, ha solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que dispone que es pública "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".

La gestión pendiente invocada es un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría de Interior en contra del Consejo para la Transparencia, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se impugna la decisión del Consejo para la Transparencia que ordenó entregar el contenido de correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla, en los términos que se señalan a fojas 3.

El requirente estima que de aplicársele la norma impugnada se vulneran los artículos 5°, 6°, 7°, 8° y 19, N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, de la Carta Fundamental, al arrogarse el Consejo para la Transparencia competencias que no están expresamente contempladas en la Ley de Acceso a la Información Pública. Asimismo se infringe el artículo 8° de la Carta Fundamental en lo referido al límite en la publicidad de los actos de la Administración del Estado; como también los derechos a la igualdad ante la ley, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Expone que el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, Mario Gebauer Bringas, formuló dos

solicitudes de acceso a la información conforme a la Ley N° 20.285, acerca de los gastos en que incurrió la Gobernación Provincial de Melipilla, por concepto del terremoto del 27 de febrero de 2010 y las eventuales devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse por las transferencias efectuadas por el Ministerio del Interior, así como por la respectiva orden de devolución de dicho Ministerio, incluyendo oficios, memoranda y correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio a la Gobernación y desde la Gobernación al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría, y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la Gobernadora como del Subsecretario y la del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, sólo en lo relativo y pertinente a la información que por este acto se solicita.

Expone que en virtud del principio de divisibilidad de la información entregó los antecedentes solicitados, salvo lo relativo a los correos electrónicos, lo que motivó un amparo del alcalde ante el Consejo para la Transparencia (Rol C406-11) que, como medida para mejor resolver, requirió que se le remitiera copia de los correos.

Frente a este requerimiento, la Subsecretaría informó que ello no era posible, pues el Consejo carece de atribuciones para ello, toda vez que la Ley N° 20.285 no prevé la posibilidad de medidas para mejor resolver y los mensajes enviados a través de correos electrónicos no son información pública, sino información reservada que se encuentra protegida por las garantías del artículo 19 N°s 4° y 5° de nuestra Constitución, amparadas por un entendido de constitucionalidad que se contiene en la sentencia Rol N° 1051-2008 de esta Magistratura, que declaró que las atribuciones de recabar antecedentes por

el Consejo están limitadas por las excepciones a la publicidad que el legislador de quórum calificado determine al amparo del artículo 8° de la Constitución.

Finalmente, el Consejo para la Transparencia acogió el amparo y la autoridad pública recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Expone que si bien la Ley de Transparencia fue sometida a control, el mismo no puede amparar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales y, según señala a fojas 9, ese pronunciamiento es diferente al de inaplicabilidad, según se señaló en la misma sentencia de control preventivo.

Añade que en decisiones anteriores, el Consejo para la Transparencia ha declarado el carácter de información pública de mensajes de correos electrónicos despachados en el ejercicio de funciones públicas (roles c83-10, c640-10 y c377-11).

En sentido contrario, expresa que los correos electrónicos no son en realidad información pública y que su divulgación vulneraría diversas normas constitucionales, pues el derecho de acceso a la información pública no es absoluto, por cuanto el artículo 8° de la Constitución dispone que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen" y que la Ley de Acceso a la Información Pública agrega "a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos", "cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga(n), salvo las excepciones legales", agregando que "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 legales.

Manifiesta, asimismo, siguiendo al profesor Luis Cordero, que este derecho se refiere sólo a actos, resoluciones, procedimientos y sus fundamentos, por lo que sin procedimiento administrativo no hay acceso a informaciones.

Señala que la casilla de correo institucional es una forma de comunicación, en la cual además se emiten opiniones y juicios personales, muchas veces amparados por secreto profesional, como ocurre con el médico respecto de las fichas de pacientes. Agrega que las opiniones vertidas en mensajes son personales, limitadas y no necesariamente institucionales, y que este medio no es una excepción a la privacidad.

A fojas 17 afirma que los funcionarios tienen una expectativa razonable de privacidad en la materia y cita a la Corte Suprema norteamericana al efecto, que señala la necesidad de ponderar entre la intimidad del funcionario y la necesidad de escrutinio de la función pública, estableciendo como criterio el determinar si el funcionario sabía si el lugar de empleo podía ser registrado, agregando que en Chile no hay norma al respecto y que no se llevan registros como los de notificaciones de los tribunales, por lo que no existe obligación de guardar ni entregar, salvo orden judicial de incautación.

Agrega que al tenor del artículo 3° de la Ley N° 19.880, los mensajes no son resoluciones ni actos administrativos, por lo cual no son informaciones públicas.

Argumenta que el reglamento de la Ley de Acceso a la Información Pública tampoco los engloba, en la medida que no son sustento ni complemento esencial de actos

administrativos y no han servido de respaldo a la dictación de ellos. A fojas 20 señala que, erróneamente, el Consejo para la Transparencia ha entendido que los mensajes de correos electrónicos han venido a reemplazar parcialmente a los actos administrativos, arrogándose la inexistente potestad de calificar qué es o no un acto administrativo.

Agrega que estos mensajes son simples comunicaciones entre personas y que además quedan cubiertos por el privilegio deliberativo de autoridades y funcionarios.

Expone además que no todo lo que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado puede ser considerado información pública, sino sólo aquello que fundamente actos o resoluciones y en la medida que su acceso por terceros obedezca a finalidades legítimas, conforme a lo señalado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 460, acerca de la declaración de patrimonio de autoridades. Agrega que tales criterios son compartidos por uno de los consejeros y que la Corte de Apelaciones de Santiago los ha utilizado, según señala a fojas 25, añadiendo que la Contraloría General de la República ha señalado, al igual que la mencionada Corte, que se requiere de un acto administrativo para acceder a la información respectiva.

Siguiendo a Pantoja, diferencia entre publicidad -referida a actos- y transparencia -referida a procedimientos, contenidos y fundamentos del acto-.

Por otra parte, señala que los mensajes no son información que obre en poder del Estado, pues una cosa es la propiedad del medio y otra la autoría intelectual del mensaje. Además, el solo uso de la casilla institucional no significa *per se* el consignar información pública. Expone que en México esto se encuentra reglado, según detalla a fojas 28, y que esta determinación debe hacerse a priori. Cita al Tribunal

Constitucional peruano, en cuanto a que si el correo es del empleador no por ello es propiedad suya el contenido del mismo.

A fojas 29 y siguientes desarrolla un capítulo acerca del correo institucional en el derecho comparado, para concluir que el Consejo para la Transparencia ha ampliado el concepto de información pública, vulnerando así diversas garantías constitucionales.

A fojas 31 se refiere a la naturaleza del Consejo para la Transparencia, señalando que tiene funciones de fiscalización y sanción como garante del acceso a informaciones, que tiene una cuota de autonomía y que integra la Administración del Estado, lo cual ha sido reconocido por este Tribunal y por la Contraloría según afirma a fojas 32, quedando a salvo las facultades del ente de control, que además lo incluye en la lista de órganos descentralizados.

Concluye así que se han vulnerado, en la especie, los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la Carta Fundamental, al extenderse indebidamente el concepto de informaciones públicas y extralimitarse las competencias del Consejo para la Transparencia, sin que la Ley de Transparencia establezca tales atribuciones ni excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones en la materia, por lo que ni el Consejo para la Transparencia ni Corte alguna podrían aplicar el precepto legal que se impugna en sentido contrario a la norma constitucional, sin vulnerar el principio de legalidad, al conferirse atribuciones que no le han sido otorgadas por ley y convertirse en una instancia jurisdiccional sin debido proceso legal para los funcionarios públicos afectados por la revelación de sus mensajes.

Señala como vulnerado el N° 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto se levanta la reserva del correo electrónico sin cumplir los estándares

constitucionales y careciendo de especificidad y determinación para ello la Ley de Acceso a la Información Pública.

Expone que el Consejo para la Transparencia le impone una obligación imposible de cumplir, pues no puede violar los derechos de terceros para cumplir con una errada decisión de dicha institución respecto de la cual además carecería de competencia.

Considera asimismo vulnerada la esfera de privacidad de los N°s 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, desarrollando latamente la protección del correo electrónico en el ámbito laboral, a cuyo efecto da cuenta de un decreto supremo de 1996 que permite el uso de la casilla institucional para comunicaciones personales, a menos que la autoridad respectiva lo prohíba, y citando además la reciente sentencia de esta Magistratura Rol N° 1894, que ampara expresamente la confidencialidad del correo electrónico. Recuerda asimismo las excepciones a la inviolabilidad de las comunicaciones y la privacidad, aduciendo que en la especie no concurre ninguna de ellas.

Considera además vulnerada la garantía de la seguridad jurídica y del contenido esencial de los derechos del N° 26° del artículo 19 de la Carta Fundamental, y la garantía de igualdad ante la ley al establecerse un trato diferenciado y sin justificación para el correo de los funcionarios públicos.

A fojas 125, la Primera Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, ordenando suspender el procedimiento en la gestión invocada.

A fojas 141 se declaró la admisibilidad del libelo y se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 157, el Consejo para la Transparencia evacuó el traslado conferido, dando cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho de la gestión pendiente, así como agregando a fojas 158, que la solicitud de amparo fue parcialmente acogida, con mención expresa del principio de divisibilidad de la información solicitada, debiendo entregarse sólo aquella que revista el carácter de pública.

Solicita el rechazo de la acción en la medida que el precepto impugnado no resulta decisivo, ya que de todas formas, los correos electrónicos constituyen información elaborada con presupuesto público, lo que hace que queden cubiertos por la parte no impugnada del artículo 5° en cuestión, más aún cuando son comunicaciones entre autoridades desde y hacia casillas institucionales, y se refieren al ejercicio de sus funciones. Así, señala que de acogerse la inaplicabilidad solicitada la información seguiría siendo pública.

Agrega que el artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública fue objeto de un control preventivo obligatorio por parte de esta Magistratura en su sentencia Rol N° 1051, de 10 de julio de 2008, en la cual se declaró de manera expresa la constitucionalidad del aludido precepto, por lo cual, de conformidad a los artículos 51 y 84, numeral 2°, de la ley orgánica constitucional de este Tribunal, no puede ser objeto de una cuestión de inaplicabilidad.

Por otra parte, señala que la aplicación del precepto impugnado no vulnera el artículo 8° de la Carta Fundamental, en la medida que el derecho a acceder a la información pública también emana del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución, como lo ha reconocido este Tribunal en su sentencia Rol N° 1800, además del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos

Humanos, que es parte integrante de nuestro sistema jurídico.

Expone que la Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública goza de una posición preferente frente a los demás derechos, en la medida que es esencial para poder ejercer los otros derechos fundamentales, y que el Consejo para la Transparencia ha declarado expresamente que sólo tiene los límites y excepciones legales que contemplan el artículo 8° de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuestión que se ve ratificada por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2000.

El hecho de gozar de una posición preferente determina que tiene un mayor valor a la hora de resolver conflictos entre derechos fundamentales, lo cual ocasiona que la esfera de privacidad de los funcionarios públicos sea menor y que haya un claro interés público y social en la información solicitada en el caso concreto.

Además, argumenta que si se entendiera que la publicidad afecta sólo a aquello que se contiene en la literalidad del artículo 8° de la Carta Fundamental, en términos comparados, la normativa chilena sería una de las más restringidas en materia de acceso a la información, tras lo cual alude en abono de su tesis a las normativas del Perú, Reino Unido, Australia y Canadá, señalando que abarcarían la documentación e información en poder, recibida o enviada por una autoridad.

Concluye este capítulo señalando que el derecho de acceso se refiere a informaciones y en algunos casos a documentos o registros en poder de los sujetos obligados, sin distinguir el origen, derecho que se funda en la libertad de expresión.

En otro apartado expone que además de ser elaborados con presupuesto público, los correos pueden ser fundamento de actos o resoluciones expedidos en el ejercicio de funciones públicas -cuestión que cada día ocurre más, citando al efecto una serie de ejemplos-, por lo cual no pueden considerarse "comunicaciones privadas", sobre todo si emanan de casillas creadas para el ejercicio de la función pública, con cargo al presupuesto estatal.

Así, cabe concluir que en el numeral 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al aludirse a las "comunicaciones privadas", se tuvo en mente además las "comunicaciones públicas", no englobadas por dicha garantía, pues, si así no fuera, simplemente se hubiera consagrado el secreto de "toda forma de comunicación".

En otro capítulo, señala que no se vulneran los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, pues, reiterando lo dispuesto por el artículo 8° de la Constitución y la posición preferente del derecho de acceso, la jurisprudencia de este Tribunal lo ha recogido en sus sentencias roles N°s 634 y 1800, en la última de las cuales declaró expresamente que el artículo 5° de la Ley de Transparencia se ajusta a la Constitución y que así se declaró en sede de control preventivo.

Tras dar cuenta del Estatuto del Consejo para la Transparencia, expone que dicho órgano no ha vulnerado norma alguna, sino que ha dado estricto cumplimiento a sus funciones en el marco de las competencias para resolver reclamaciones que le confiere el artículo 33, letra b), de la Ley de Transparencia.

Agrega que no se infringen los derechos fundamentales del requirente, en la medida que la protección de la vida privada no es absoluta, como este Tribunal ya lo ha reconocido en sus sentencias roles N°s 1800, 1683, 1365, 521 y 433, pues se ve limitada por

valores ligados al interés general o por otros derechos, para posteriormente precisar que en la Ley N° 19.628 se establece qué se entiende por datos privados y cuál es su régimen de acceso y administración, señalando que la información solicitada en este caso no guarda relación con dichos conceptos.

Agrega que por disposición de los artículos 2° y 3° de la Ley N° 19.799, los documentos electrónicos equivalen al soporte de papel y que el artículo 10 de la Ley de Acceso a la Información Pública y el artículo 3° de su reglamento permiten expresamente acceder a ellos, por lo cual los correos institucionales son información pública.

Posteriormente, argumenta que en el derecho comparado se respalda el acceso a correos electrónicos relativos a funciones públicas sin que se entienda vulnerada la vida privada ni la inviolabilidad de las comunicaciones, aludiendo a las normativas mexicana, estadounidense y del Reino Unido sobre la materia.

Reiterando que estos correos electrónicos no son comunicaciones privadas, agrega que la Ley de Transparencia es lo suficientemente específica como para autorizar la entrega de la información y que el derecho a la intimidad del Subsecretario no está en juego, sino que el tema es el escrutinio de sus decisiones y órdenes.

Expone que si se hubieran ventilado aspectos de la vida privada de los funcionarios existirían los mecanismos para evitarlo, pues el Subsecretario debió comunicar la solicitud y permitir la oposición a la misma ante un tercero imparcial que es el Consejo para la Transparencia, cosa que no hizo. Entender lo contrario es amparar la inviolabilidad de todas las comunicaciones entre autoridades, torciendo el eje de las normas constitucionales sobre acceso a informaciones y libertad de expresión.

Finalmente, descarta las vulneraciones de los numerales 2º y 3º del artículo 19 de la Carta Fundamental, en tanto el Subsecretario no comunicó a los supuestos afectados el requerimiento, procediendo a actuar como "agente oficioso" de todos los funcionarios ante el Consejo, negándose además después a cumplir una orden de entrega de los correos, por ser supuestamente privados, exigiendo un acto de fe sobre su actuar, impropio de un régimen democrático gobernado por un Estado de Derecho, motivo por el cual sorprende que alegue una supuesta vulneración al debido proceso, que sí se contempla en el artículo 21 de la Ley de Acceso a la Información Pública, que configura además una causal de reserva, en función de lo cual caso a caso y en base al principio de divisibilidad puede determinarse que cierta información no es pública.

Señala que el Subsecretario comete un error, pues no es el Consejo el que establece la carga de la publicidad, es el propio Constituyente el que la determina, porque la posición del funcionario público es diferente a la del privado, para concluir que no se ha vulnerado la garantía del contenido esencial de los derechos.

Por todo lo expuesto, solicita el rechazo de la acción, con expresa condena en costas.

A fojas 191, en representación del Alcalde de Melipilla, Mario Gebauer, y actuando como tercero interesado, el abogado Juan Pablo Olmedo Bustos formuló observaciones al requerimiento, dando cuenta de los antecedentes de hecho y de derecho de la gestión invocada, para posteriormente señalar que no se demuestra en el libelo una clara contradicción entre la norma impugnada y la Carta Fundamental, que no establece una expectativa preponderante de intimidad y privacidad absoluta para los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

Agrega que existen fines superiores en los artículos 4º, 8º y 19, numeral 12º, de la Constitución, al establecer el principio de la máxima divulgación, debiendo ponderarse con la supuesta afectación de los derechos de los funcionarios públicos y los compromisos de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Expone que el requirente no pondera el derecho de acceso a la información pública ni tales compromisos internacionales, concretados específicamente en la sentencia condenatoria en contra del Estado de Chile dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros, en septiembre de 2006. En dicha sentencia se estableció el deber del Estado chileno de capacitar a agentes públicos e implementar los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos, para transitar desde la tradición del secretismo a la cultura de la transparencia, para lo cual debe tenerse presente la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a Información Pública, aprobada por la Organización de Estados Americanos.

Agrega que el derecho de acceso a la información pública, derivado de los artículos 4º, 5º, 8º y 19, numeral 12º, de la Constitución, determina la conducta estatal, lo que debe comprenderse bajo el contexto del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del caso Claude Reyes y otros, en el cual se resaltó la importancia del control democrático de la opinión pública como medio de fomento de la transparencia, la responsabilidad de la autoridad y la participación de las personas. Añade que, según la Convención, se puede acceder a informaciones sin tener un interés concreto en las mismas. Posteriormente se refiere latamente al contenido de la sentencia del caso Claude y a los estándares de la Corte Interamericana, en cuanto al

principio de máxima divulgación y al carácter restrictivo de las excepciones a la publicidad, que además deben ajustarse a un examen de proporcionalidad.

Más adelante alude a la normativa de prevención de la corrupción, en base a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre la materia y sus artículos 9, 10 y 13, referidos al libre acceso a la información en poder de órganos estatales, toma de decisiones, difusión y procedimientos administrativos, con respeto a la intimidad y a los datos personales.

Luego se refiere a lo razonado por este Tribunal en su sentencia Rol N° 634 acerca del derecho de acceso a informaciones públicas, agregando que, para la jurisprudencia, tal derecho también se encuentra contenido en el numeral 12° del artículo 19 de la Carta Fundamental, para terminar refiriéndose a lo señalado en este sentido por este Tribunal en las sentencias de los procesos roles N°s 226, 1732 y 1800.

A continuación incursiona en la actuación del Poder Ejecutivo en la tramitación de la Ley N° 20.285 y constata que se dejó en claro que el acceso a informaciones es un derecho esencial para el control democrático.

A fojas 205 se refiere al alcance del concepto de "información pública", para desvirtuar la alegación de que los mensajes de correo electrónico no tendrían tal carácter.

Expone que el principio de máxima divulgación se encuentra en el artículo 7° de la Ley y que en el debate parlamentario finalmente se incluyó la norma que declara público todo lo que se elabore con presupuesto público, agregando que para la administración, desde el año 2005, tal criterio se ve ratificado en la medida que entiende que la expresión "actos" no tiene la misma definición de

“acto administrativo” de la Ley N° 19.880, sino que es mucho más amplia, abarcando todo tipo de actuaciones, por lo cual el correo electrónico elaborado con fondos públicos cabe dentro de dicho concepto, lo que es acorde con la citada Ley Modelo Interamericana, que alude expresamente a los mensajes electrónicos.

En cuanto a la privacidad de los correos electrónicos, tras reiterar la regla de publicidad y libre acceso, señala que la falta de un sistema de archivo y encriptación no puede ser suplida por la negativa de acceso a la información, pues ello es desconocer el artículo 8° de la Constitución y las prácticas de incorporación de nuevas tecnologías. Expone que en casos de dudas sobre la privacidad de correos electrónicos debe realizarse un examen de proporcionalidad ante el Consejo para la Transparencia.

Expone que las opiniones vertidas en mensajes de correo electrónico acerca de materias propias del cargo son parte del diálogo inter autoridades y no dicen relación con la vida privada, sino que son institucionales y de interés público, pues quienes ejercen funciones de este tipo tienen una menor esfera de privacidad, según lo ha declarado este Tribunal en su sentencia Rol N° 1463.

Expresa que, de acogerse la inaplicabilidad, se afectaría la libertad de expresión del Alcalde de Melipilla, derecho que según la sentencia Rol N° 567 de este Tribunal es esencial para la sociedad democrática. Este derecho ha sido reconocido de manera expresa para los funcionarios públicos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso como un deber de crítica, que en este caso se ve cercenado.

Por todo lo anterior, solicita el rechazo de la acción.

A fojas 222, con fecha 27 de abril de 2012, compareció la Fundación Pro Bono, en calidad de *amicus curiae*, acompañando un informe de la Barra de Abogados de la Ciudad de Nueva York acerca del caso concreto sometido a examen, el cual da cuenta de la posición y relevancia del acceso a la información en poder de entes gubernamentales, aludiendo al desarrollo del tema en Estados Unidos, para señalar que en caso de duda prevalece el principio de apertura de la información. Da cuenta asimismo de algunos ejemplos de legislación estatal en la materia y de que tanto a ese nivel como en lo federal existe una presunción de acceso al correo electrónico, reconocida ya por los tribunales, reconociendo la diferencia que tiene con los archivos gubernamentales. Agrega que incluso los correos enviados desde casillas privadas pueden ser objeto de escrutinio si se refieren al ejercicio del cargo y que, como contrapartida, también hay causales de reserva para los correos electrónicos.

Concluida la tramitación del proceso, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 30 de abril de 2012, el Consejo para la Transparencia acompañó un conjunto de documentos en abono de su tesis, entre ellos, una transcripción de un discurso del requirente, en el cual se refiere al asunto sub lite, dos Informes en Derecho, el Oficio 72/2006, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el cual se contiene una guía de criterios en materia de acceso a informaciones, reconociendo que el concepto de acto tiene un sentido amplio. Acompaña además guías sobre acceso a información y a correo electrónico del Comisionado de Información de Inglaterra, recomendaciones relativas a correos electrónicos del Instituto Federal de Acceso a la Información de México y copia de una reciente

decisión del Consejo para la Transparencia referida a correos electrónicos.

Con fechas 30 de abril y 2 de mayo de 2012, la parte requerida y el tercero interesado acompañaron documentos en abono de sus tesis.

La vista de la causa se llevó a efecto el 3 de mayo de 2012.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que el Alcalde de Melipilla, señor Mario Gebauer B., pidió, en ejercicio del derecho que confiere la Ley N° 20.285, una serie de antecedentes a la Subsecretaría del Interior, vinculados a los gastos realizados por la Gobernación Provincial de Melipilla, con ocasión del terremoto de febrero de 2010.

Entre dichos antecedentes, se solicitaron los correos electrónicos institucionales remitidos por la mencionada Gobernación Provincial a la Subsecretaría del Interior o de ésta a aquélla.

La mencionada Subsecretaría entregó parcialmente dicha información. En efecto, entregó copia de las resoluciones, circulares, comprobantes de ingreso, informes mensuales de inversión. Pero no entregó los correos electrónicos.

El señor Gebauer recurrió, entonces, al Consejo para la Transparencia, quien por resolución N° C 406-11, de fecha 12 de agosto de 2011, acogió el reclamo, ordenando entregar copia de los correos electrónicos que se refieran a los fondos transferidos, rendiciones de gastos referidos a estos fondos y a las órdenes de devolución respecto de los mismos fondos.

Contra esa decisión, la Subsecretaría del Interior presentó un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Esta es la gestión pendiente en que se formula el presente requerimiento;

2. Que la Subsecretaría del Interior pide la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285. Dicha disposición señala:

"Artículo 5°.- 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 Subsecretaría funda su cuestionamiento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, no todo lo que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado puede ser considerado información pública. Los correos electrónicos están protegidos por las garantías constitucionales del artículo 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución. Sobre los correos electrónicos los funcionarios tienen una razonable expectativa de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones. La Constitución protege la

comunicación privada, independientemente de si su contenido es público o privado, sea que se haga por correos institucionales o por correos privados. Los funcionarios no pueden ser discriminados por la no aplicación de dichos derechos constitucionales.

En segundo lugar, la Subsecretaría sostiene que los correos electrónicos no se enmarcan dentro del artículo 8° de la Constitución. Este no manda hacer público todo lo que sucede dentro de la Administración, sino sólo los actos o resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos asociados a ellos. Los correos electrónicos no se enmarcan en ninguna de estas categorías. Son sólo comunicaciones personales que facilitan la interlocución. El precepto impugnado, al hablar de información, excede lo dispuesto en la Carta Fundamental.

En tercer lugar, el Consejo para la Transparencia carece de atribuciones para interpretar que los correos de los funcionarios sean públicos. Además, no hay un procedimiento racional y justo para levantar el secreto de las comunicaciones involucrado en los correos;

II. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

4. Que, antes de entrar al análisis del requerimiento formulado, resulta preciso despejar algunos asuntos. En primer lugar, el Consejo para la Transparencia sostiene que lo alegado por la Subsecretaría implica cuestionar la aplicación que se hizo de la normativa objetada. En tal sentido, se estaría efectuando un control de legalidad, al margen de las atribuciones de esta Magistratura.

No se comparte tal criterio, pues se cuestiona una norma legal que es decisiva para que la Corte de Apelaciones resuelva el reclamo de ilegalidad presentado

por la Subsecretaría del Interior contra la resolución del Consejo. La impugnación de la decisión del Consejo está siendo discutida en la gestión pendiente. Mientras ahí se cuestiona una resolución administrativa, en el recurso de inaplicabilidad se cuestionan preceptos legales. Hay una coincidencia de preceptos aplicables, pues el Consejo para la Transparencia fundó su decisión en el precepto cuestionado. Pero al Tribunal Constitucional se le ha solicitado resolver si esa norma legal se ajusta o no a la Constitución. Asimismo, no se pretende en esta sede examinar si la resolución del Consejo para la Transparencia que ordenó entregar los correos involucrados en la gestión, excedió o no la ley. Ese es el conflicto en el reclamo de legalidad. El conflicto en el recurso de inaplicabilidad, en cambio, consiste en determinar si la aplicación de ciertos preceptos legales al asunto *sub lite* se ajusta o no a la Constitución. Se trata, en consecuencia, de dos conflictos distintos;

5. Que, enseguida, si bien esta Magistratura ejerció el control de constitucionalidad preventivo del precepto legal impugnado, declarándolo orgánico y constitucional, no emitió ningún pronunciamiento respecto de los vicios alegados en el presente requerimiento. Por lo mismo, este Tribunal es competente para resolver el presente reclamo (artículos 51 y 84 N° 2, de la Ley Orgánica de esta Magistratura) (STC 1564/2010);

III. PRECISIONES PRELIMINARES.

6. Que, por otra parte, esta Magistratura debe precisar, en primer lugar, que no está conociendo de oficio de este recurso. A ella le ha sido presentado un recurso de inaplicabilidad, por las personas y de acuerdo

al procedimiento que el ordenamiento jurídico establece. El conflicto traído a esta sede consiste en resolver sobre si los correos electrónicos cursados entre dos funcionarios públicos están o no protegidos por el artículo 19, N^{os} 4^o y 5^o, de la Carta Fundamental. Las normas impugnadas han sido invocadas por el requerimiento. Por lo mismo, este Tribunal no tiene otra alternativa que resolver el presente conflicto, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 3^o de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura;

7. Que, en segundo lugar, no se considera que por la formulación del requerimiento se cuestione la institucionalidad de la Ley N^o 20.285, como se planteó en estrados. Este Tribunal está llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de cierto precepto legal que puede ser relevante al momento de que una Corte de Apelaciones resuelva un reclamo de ilegalidad. Sin duda que la decisión impactará en la gestión pendiente. Para eso está diseñado el recurso de inaplicabilidad, para excluir o permitir la inclusión de preceptos legales dentro del abanico de normas que tiene el juez de la instancia para resolver el asunto controvertido. Esa decisión no implica cuestionar la institucionalidad. Es velar por la supremacía constitucional que el Tribunal Constitucional, de modo especial y a través de distintos instrumentos, como el recurso de inaplicabilidad, debe resguardar. Aquí no está en juego el rol del Consejo para la Transparencia, sino una norma del artículo 5^o del artículo primero de la Ley N^o 20.285, para un caso concreto. Porque, no está demás recordarlo, las sentencias de inaplicabilidad sólo producen efecto en el caso en que se dicten, sin perjuicio de que puedan ser consideradas como precedentes para otros casos futuros semejantes (STC 171/93, 1572/2010);

8. Que, en tercer lugar, la decisión que se adopte, ha de basarse en nuestro marco constitucional. Si avanzamos o retrocedemos o permanecemos igual respecto de lo que sucede en otros países, en la materia debatida, no es algo que nos toque examinar a nosotros. Si juzgamos en base al estándar de lo que los otros países puedan considerar jurídicamente correcto, dejamos de ser un órgano encargado de velar por la supremacía de nuestra Constitución. Ésta es la que nos proporciona el parámetro de nuestro enjuiciamiento. Los marcos jurídicos de otros países pueden ilustrar (STC 1419/2009), proporcionar argumentos, transmitir experiencias, entregar metodologías de análisis, comparar los textos normativos (STC 346/2002). Como dice Zagrebelsky, el derecho constitucional extranjero es *“un amigo con gran experiencia, que nos hace pensar mejor, devela energías potenciales latentes, extiende las perspectivas y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados. Este derecho sirve como un espejo, que permite que cada país se observe y comprenda mejor”* (Zagrebelsky, Gustavo; Jueces constitucionales; en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie; año XXXIX, N° 117, septiembre-diciembre 2006, p. 1135-1151).

Sin embargo, las normas constitucionales de otros países no han pasado por los procedimientos de aprobación internos; tienen, por tanto, un déficit democrático respecto a nuestro país. Además, al no estar reglada su invocación, puede existir cierta arbitrariedad en su empleo. También puede romper el carácter integrador que algunas normas constitucionales juegan en una sociedad pluralista. Asimismo, puede ser disímil o contradictorio entre sí. No obstante, hay, sin duda, un derecho constitucional común (Häberle, Peter; Derecho constitucional común europeo; en Revista de Estudios Políticos N° 79, enero-marzo 93, págs. 7 y siguientes) o

un “constitucionalismo global” (Ferrajoli, Luigi; Más allá de la soberanía y de la ciudadanía: un constitucionalismo global; en Isonomía N° 9, octubre 1998, p. 173 y siguientes). Hay normas que son universales, que tienen autoridad moral. Sin embargo, esta Magistratura no puede utilizar el derecho constitucional extranjero como parámetro para resolver un asunto sometido a su conocimiento. Como recién señalamos, sólo puede servir para ilustrar, proporcionar argumentos y transmitir experiencias, además de establecer comparaciones;

9. Que, en cuarto lugar, no podemos resolver lo que nos parece óptimo, mejor o más conveniente. Una resolución en base a esas variables, está en el ámbito del legislador. Para eso, la ciudadanía elige a sus representantes: para que evalúen en base a dichas consideraciones la regulación que quieren que exista en un sector determinado. Nosotros no resolvemos en base al mérito de un asunto que nos es sometido a consideración. Lo hacemos en base a la contradicción entre un precepto legal y la Constitución (STC 1065/2008, 1295/2009, 1345/2009);

III. FACTORES INTERPRETATIVOS QUE GUIARÁN LA DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL.

10. Que, para resolver el presente requerimiento, queremos señalar cuatro elementos interpretativos que orientarán la decisión: que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales; que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto; que los correos electrónicos no son necesaria e inequívocamente actos administrativos, y que la

Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico;

1. Los funcionarios tienen derechos constitucionales.

11.Que los funcionarios públicos están sujetos a una relación estatutaria. El vínculo que une al funcionario con el Estado es una relación jurídica legal y de derecho público. Ello significa, por una parte, que encuentra su origen en la ley y no en un convenio entre la Administración y los funcionarios. Sus derechos, obligaciones, deberes, prohibiciones, están impuestos de modo general y unilateral por el ordenamiento jurídico. Por la otra, que en su establecimiento y regulación predomina el interés general por sobre el interés particular del funcionario (STC 12/1982);

12.Que, sin embargo, ese régimen estatutario de los funcionarios se limita a regular la actividad funcional y no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona.

La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura "*a todas las personas*" ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura.

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en huelga (artículo 19 N° 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos

“esencialmente obedientes y no deliberantes” (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC 1990/2012) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC 640/2005);

13. Que dicha concepción se ve reconocida por el legislador. Por una parte, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece excepcionales restricciones a los derechos constitucionales de los funcionarios públicos. Por ejemplo, mediante la declaración de intereses y de patrimonio (artículos 57 y siguientes) se afecta la vida privada; a través del establecimiento de ciertas inhabilidades (artículo 54), se afecta la libertad de trabajo. Lo mismo se observa en la restricción al ejercicio libre de cualquier profesión, industria, comercio u oficio, pues se permite sólo si ello es conciliable con la posición en la administración, no perturba el fiel y oportuno cumplimiento de los deberes funcionarios, se desarrolla fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados (artículo 56). Por la otra, el Estatuto General del Personal de la Administración (Ley N° 18.884) o los estatutos de carácter especial para determinadas profesiones o actividades, también establecen pocas restricciones. Por ejemplo, el Estatuto Administrativo General impide realizar cualquier actividad política dentro de la Administración del Estado (artículo 84, letra h)); y obliga a los funcionarios a *“observar una vida social acorde con la dignidad del cargo”* (artículo 61, letra i)) o a *“proporcionar, con fidelidad y precisión, los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para*

la Administración, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos". Incluso personal sometido a una intensa relación especial de sujeción, como el personal de las Fuerzas Armadas, puede ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio, sujeto a ciertas condiciones: que ello sea conciliable con su posición en las Fuerzas Armadas, se efectúe fuera de la jornada habitual de trabajo, que no afecte el servicio y que no se contraponga con los intereses de las Fuerzas Armadas (artículo 211, D.F.L. 1/1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas). Otro ejemplo en esta línea tiene que ver con cargos de dedicación exclusiva, que llevan aparejadas asignaciones. No obstante, dicho personal puede percibir emolumentos que provengan de la administración de su patrimonio o del desempeño de la docencia (Ley N° 19.863).

Como se observa, las limitaciones tienen que ver con derechos muy específicos y están señaladas excepcional y determinadamente;

14. Que, por lo mismo, estas restricciones o limitaciones -que deben ser restrictivas- a los derechos de los funcionarios exigen, por de pronto, una expresa consagración normativa. Asimismo, que ellas se funden en las necesidades del servicio, o bien desarrollen o complementen preceptos constitucionales. También, que digan relación con el carácter "técnico-profesional" de la función pública. Finalmente, que dichas limitaciones deben ser precisas y determinadas;

2. El mandato de publicidad no es absoluto y es sólo respecto de ciertos asuntos.

15. Que un segundo factor interpretativo que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el

mandato de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución.

Para ello es necesario repasar lo que esta Magistratura ha señalado al respecto. En primer lugar, su propósito es garantizar un régimen republicano democrático; además, que se garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos; también, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad (STC 634/2007; 1732/2011; 1800/2011; y 1990/2012).

En segundo lugar, dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución (STC 634/2007 y 1990/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).

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);

16.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);

17.Que eso es consistente con la causal para eximir de publicidad aquellos actos, resoluciones, fundamentos o procedimientos que afecten el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración.

Esta expresión tiene algunos ejemplos en el artículo 21, N° 1, del artículo primero de la Ley N° 20.285. Esta causal se da cuando la publicidad requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores; cuando se formulen requerimientos genéricos, referidos a un elevado número de actos administrativos; cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución; cuando se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

Dichas causales tienen que ver con que se menoscabe o impacte negativamente, interfiriendo las tareas entregadas por el ordenamiento jurídico a un órgano determinado. En definitiva, cuando la publicidad afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito;

18.Que esta razón es consistente con restricciones a la publicidad, tanto en el Congreso Nacional como en los tribunales colegiados.

En efecto, esta Magistratura legitimó que en la Ley Orgánica del Congreso (artículo 5 A) se hiciera un distingo respecto de la publicidad de ciertos antecedentes vinculados a la elaboración de la ley. Por una parte, las sesiones de las cámaras, los documentos y registros de las mismas, las actas de sus debates, la asistencia y las votaciones son públicas. Por la otra, no son públicos *“los materiales de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor”*. Esta Magistratura consideró que ese precepto era constitucional; aunque le formuló una precisión: *“en el entendido que sólo se refiere a los insumos necesarios para que tanto las comisiones como los comités parlamentarios puedan tomar las decisiones que les correspondan en ejercicio de sus funciones”* (STC 1602/2010).

Lo mismo se observa en los tribunales colegiados. Éstos celebran sus acuerdos privadamente (artículo 81, Código Orgánico de Tribunales);

19.Que es un hecho que impone la realidad, que la naturaleza humana tiende a ser más prudente y recatada si sabe que sus actos serán conocidos. En general, esto puede ser positivo. Sin embargo, ello puede afectar la deliberación técnica, restando espontaneidad, franqueza,

dureza, en los diálogos, consejos o asesorías dentro de los órganos llamados a tomar decisiones. Estos deben tener un margen para explorar alternativas con libertad, sin tener que saber que sus opiniones se harán públicas. Si la Administración debe obtener resultados, cumplir el mandato de actuar con eficacia (artículo 11, Ley N° 18.575), debe considerarse y respetarse un espacio para que la asesoría y el intercambio de opiniones sean los más amplios posibles. Y eso se obtiene con ciertos márgenes de reserva de esos diálogos.

Por lo demás, no todo lo que sucede en la Administración, ni aun con el artículo 8° constitucional y la Ley N° 20.285, puede ser público, pues hay conversaciones, reuniones, llamados telefónicos, diálogos, órdenes verbales, entre los funcionarios, de los cuales no se lleva registro de ningún tipo. Y, por lo mismo, nunca serán públicos.

Lo que se incorpora a un expediente administrativo son, como dice la Ley N° 19.880, los documentos, las actuaciones, las resoluciones, los informes, las notificaciones y comunicaciones, los escritos, presentados por los órganos de la Administración, por los interesados, o por terceros (artículo 18). Todo ello permite un intercambio de información entre todos los involucrados en las decisiones públicas, que facilite que se adopte la mejor decisión posible. Entre más información tenga la autoridad llamada a resolver, más posibilidades tendrá de tomar una decisión adecuada al problema que pretende atender;

20. Que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales

específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.

Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben ser respetados y considerados.

Los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial *"promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país"* (artículo 3° de la Ley N° 18.575), lo cual debe llevar a cabo *"con pleno respeto a los derechos y garantías"* que la Constitución establece (artículo 1° de la Constitución Política de la República). En este sentido, éstos deben actuar con publicidad, pero ésta no es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios. Entre éstos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación.

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues

la Administración debe *"crear las condiciones sociales"* que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar.

Eso explica la causal de afectar *"el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos"* que el artículo 8° establece como una excepción a la publicidad;

3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.

VIGESIMOPRIMERO. Que un tercer factor de interpretación es que los correos electrónicos no necesariamente son actos administrativos.

En efecto, el correo electrónico es, en primer lugar, una forma de comunicación, pues a través de este medio se transmiten mensajes de un emisor a uno o varios receptores. Esta comunicación exige un soporte técnico, pues requiere la intervención de aparatos, de redes o infraestructuras, de operadores de éstas, de programas informáticos, de protocolos de transferencia en la Internet. Hay de por medio un proceso de transmisión del mensaje o contenido.

En segundo lugar, el correo es una comunicación digitalizada, pues el mensaje es convertido a datos o números en base binaria (ceros y unos), que conforman los bits (binary digits).

En tercer lugar, el correo electrónico se transmite por un canal cerrado, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros. En eso se distingue de la transmisión de radio o televisión. Recordemos que las concesiones radiales se denominan *"servicios de telecomunicaciones de libre recepción"*, porque las transmisiones que éstas emiten *"están destinadas a la recepción libre y directa"*

por el público en general" (artículo 3°, letra a), de la Ley N° 18.168). Y las concesiones de televisión se denominan *"concesiones de servicio de radiodifusión televisiva de libre recepción"* (artículo 15, Ley N° 18.838).

Finalmente, el correo electrónico es una forma de comunicación que tiene ciertas características. Por de pronto, la virtualidad. El emisor y el receptor no están físicamente presentes. En este sentido, es una comunicación a distancia. Por eso, se habla de ciberespacio para designar la carretera por donde viaja la información. Enseguida, se encuentra la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real. A continuación, está la multidireccionalidad, dada porque pueden participar varios emisores y receptores, y cambiar en esos roles. Asimismo, se encuentra el carácter multimedial, pues a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos. Finalmente, está la ubicuidad. Esta consiste en que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello (Lambea Rueda, Ana; El correo electrónico; en Revista de Derecho Privado, Madrid, diciembre 2002, p. 936-963; y Rodríguez S., Eduardo; El correo electrónico; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 3);

VIGESIMOSEGUNDO. Que el uso del correo electrónico en la Administración resulta particularmente atractivo por su interactividad, conectividad, informalidad e instantaneidad. Su uso acelera enormemente el flujo de información necesaria para que aquélla pueda tomar decisiones, acortando distancias, permitiendo que muchas personas puedan interactuar. Además, no tiene la ritualidad de las otras formas de comunicación formales e internas de la Administración, como el oficio y la

circular, que requieren firma, numeración, despacho formal. Ello facilita e incentiva su uso, pues permite un intercambio franco y directo de opiniones e información.

El uso de estas nuevas tecnologías ha llevado a que se hable de gobierno electrónico. Este es el uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la Administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y eficacia en la gestión pública.

El gobierno electrónico, en consecuencia, forma parte del proceso de reforma y modernización del Estado. De éste son parte proyectos transversales, como la intranet del Estado, Chilecompra, el Sistema de Información para la Gestión Financiera del Estado, la Ventanilla Única, el Sistema Nacional de Información Territorial; y proyectos sectoriales, como la factura electrónica, la licencia médica electrónica, etc.

En la actualidad, prácticamente todos los órganos de la Administración tienen páginas web, donde las personas pueden consultar, informarse, realizar trámites, formular consultas. Incluso hay regulaciones administrativas de las comunicaciones electrónicas de las personas a los órganos de la Administración (D.S. N° 77, 2004, Minsegres);

VIGESIMOTERCERO. Que, en ese marco, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) permite que los procedimientos administrativos y los actos administrativos se expresen por escrito o por medios electrónicos (artículos 5°, 18 y 19). Sin embargo, los actos administrativos son *"decisiones formales"* (artículo 3°, inciso segundo). Dichas formalidades deben ser al menos *"aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares"* (artículo 13°);

VIGESIMOCUARTO. Que, en este sentido, es importante considerar la Ley N° 19.799, que regula los documentos electrónicos y la firma electrónica. Esta ley da definiciones relevantes de considerar. Por una parte, define documento electrónico como *"toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior"* (artículo 2°, letra d). Por la otra, define firma electrónica como *"cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico que permita al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor"* (artículo 2°, letra f).

Sin embargo, para que un documento electrónico sea válido, es necesario que se cumpla un requisito: que sea suscrito por firma electrónica. Así lo dispone su artículo 7°: *"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"* (artículo 7°);

VIGESIMOQUINTO. Que, de este modo, 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 dicha firma. 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;

VIGESIMOSEXTO. Que, por otra parte, la Ley de Procedimiento Administrativo reconoce, en lo que aquí interesa, tres tipos de actos administrativos. En primer lugar, están aquellos que deciden. En este sentido, esta

ley regula la resolución que pone término a un procedimiento (artículo 41). En segundo lugar, se encuentran los actos de constancia. Estos no resuelven nada, sino que se limitan a certificar la existencia de un hecho o de un acto (artículo 3º, inciso sexto). Finalmente, se encuentran los actos de juicio o de dictamen. Estos son aquellos en que un órgano administrativo expresa *"el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas"* (artículo 38). Estos dictámenes pueden ser facultativos y, por tanto, pueden o no requerirse por el órgano llamado a resolver; o pueden ser obligatorios. En este caso, el órgano que resuelve debe solicitarlo, generándose un vicio en el procedimiento si se omite requerirlo (artículos 37 y 38). Ahora, estos informes deben ser analizados al momento que la Administración resuelva, *"apreciándose en conciencia"* (artículo 35);

VIGESIMOSÉPTIMO. Que lo anterior tiene importancia, porque para que un informe o dictamen se entienda comprendido dentro del derecho de acceso a la información, debe cumplir dos condiciones.

En primer lugar, debe ser genuinamente un informe. Los informes se dictan en el marco de un procedimiento al cual acceden. La autoridad llamada a resolver debe pedirlos, por ser obligatorios, o puede pedirlos, por ser facultativos (artículos 37 y 38, Ley N° 19.880). La decisión se materializa en un acto trámite (artículo 24) y de ella se deja constancia en el expediente (artículo 18). La autoridad requerida para proporcionarlos, debe evacuarlos en un plazo que la ley establece (artículo 24). No obstante, su retraso no detiene el procedimiento (artículo 38). Una vez evacuado, se producen dos efectos. De un lado, deben incorporarse al expediente administrativo (artículo 18). Por esa incorporación, todos los interesados pueden acceder a él, por derecho de

éstos (artículo 17, letra d)). Por el otro, deben ser ponderados en la resolución final, pues para eso se emiten (artículo 35). Esto es, para servir de base a la decisión. Los informes son ejercicio de competencias (artículos 3° y 38).

Distintas de los informes son las opiniones o puntos de vista que una autoridad puede pedir a otra o a un funcionario o a un asesor. Estas no se encuentran regladas. En tal sentido, no son ejercicio de competencias, no se registran y no producen efectos jurídicos.

En segundo lugar, debe tratarse de un acto propiamente tal o de un documento que sirva de complemento directo o complemento esencial del acto administrativo respectivo, tal como lo señala el inciso primero del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285.

A este respecto, el reglamento de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13, 2009, Minsegres) señala que, de un lado, documento es *"todo escrito, correspondencia, memorándum, plano, mapa, dibujo, diagrama, documento gráfico, fotografía, microforma, grabación sonora, video, dispositivo susceptible de ser leído mediante la utilización de sistemas mecánicos, electrónicos o computacionales y, en general, todo soporte material que contenga información, cualquiera sea su forma física o características, así como las copias de aquéllos"*. Del otro, que un documento puede ser complemento directo o complemento esencial. Es complemento directo si cumple dos condiciones. Por una parte, se vincula necesariamente con el acto y, por la otra, si dicho acto se dictó precisa e inequívocamente sobre esa base (artículo 3°, letra g). Un documento es complemento esencial si ha sido indispensable para la elaboración y dictación del acto y es inseparable del mismo (artículo 3°, letra h).

De este modo, si un documento no se encuentra en alguno de estos supuestos, no está dentro de aquellos que pueden ser conocidos vía derecho de acceso a la información pública;

4. La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.

VIGESIMOCTAVO. Que, finalmente, no se nos escapa que debemos resolver un asunto donde están involucradas nuevas tecnologías, con normas constitucionales que no las tuvieron en cuenta, porque no existían cuando fueron formuladas. Por lo mismo, debemos realizar un proceso hermenéutico para interpretar dichos textos en el contexto de la sociedad tecnológica. Ello implica incorporar las nuevas tecnologías a las normas constitucionales y considerar que nuestra Constitución recoge no sólo la libertad de prensa común y corriente, sino también la libertad de prensa electrónica, la libertad de reunión electrónica, la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Tenemos que ser jueces en la sociedad tecnológica (Frosini, Tommaso; Nuevas tecnologías y constitucionalismo; Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 124, abril-junio 2004, p. 129-147).

Más todavía si hoy se habla de democracia electrónica, para aludir al voto electrónico, a la consulta y participación en línea de los ciudadanos, mediante peticiones y foros. Ello plantea el desafío de reducir el analfabetismo electrónico y garantizar el acceso a las redes (Petrauskas, Rimantas; Los principios y la implementación de la democracia electrónica, en Galindo, Fernando; Gobierno, derecho y tecnología: las

actividades de los poderes públicos; Editorial Thomson Civitas; Madrid, 2006, p. 85-113).

En este sentido, los correos electrónicos permiten acceder a la autoridad directamente, sin intermediarios. También permiten el flujo de información para que los encargados de decidir se inclinen por las mejores opciones posibles. Asimismo, aceleran la toma de decisiones.

Pero es un hecho que los correos electrónicos tienen pocas regulaciones, y no hay consenso sobre si las debe haber. Eso obliga a ser prudente en el examen de los conflictos que su uso plantea;

III. SE AFECTA NEGATIVAMENTE LA INVIOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

1. La controversia.

VIGESIMONOVENO. Que ahora estamos en condiciones de entrar a examinar el fondo del requerimiento. Este plantea, en primer lugar, que los correos son comunicaciones y documentos privados, en el lenguaje del artículo 19 N° 5° de la Constitución. Por lo mismo, están protegidos por este derecho.

El Consejo para la Transparencia sostiene, en cambio, que el artículo 19 N° 5° debe interpretarse a la luz del artículo 8° de la Constitución. Además, las casillas electrónicas que proporciona la Administración, y que permiten el envío o recepción de correos electrónicos, son para el ejercicio de la función pública; por lo mismo, no pueden ser privados, por estar vinculados a decisiones institucionales. También afirma que la norma impugnada satisface los estándares del

artículo 19 N° 5°, porque diseña un procedimiento para acceder a éstos;

2. El artículo 19 N° 5° de la Constitución.

TRIGÉSIMO. Que para resolver adecuadamente la controversia, es necesario analizar el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

Lo primero que cabe señalar es que, desde las primeras constituciones, se ha garantizado la inviolabilidad de la correspondencia (artículos XVI, 1812; 5°, 1822; 147, 1833; 10 N° 13, 1925).

Sin embargo, mientras las constituciones que precedieron a la actual hablaban de *"papeles"* (1812, 1818) o de *"correspondencia"* (1833, 1925), la de 1980 habla de *"toda forma de comunicación privada"*.

Con la expresión "toda" no se quiso excluir ninguna; las comprende, justamente, a todas. El vocablo "forma" subraya el hecho de que da lo mismo su formato.

El cambio no fue casual, pues se buscó cubrir toda forma de comunicación intelectual y espiritual entre dos individuos, por cualquier medio que se hiciera (Silva Bascañán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Santiago, 2006, p. 204).

Los autores están contestes en que la Constitución hizo bien en utilizar esta expresión, pues las comunicaciones no están sólo restringidas a la epistolar, telegráfica o telefónica. Éstas eran las que mencionaba la Constitución del 25. El vocablo "comunicación" cubre las de todo tipo. Con esta expresión se evitó que la evolución de los procesos dejara obsoleto el derecho, como hubiera sido reiterar la expresión "correspondencia". Entre esas comunicaciones, se menciona

a las escritas, a las audiovisuales, a las telefónicas, al correo electrónico (Cea, José Luis; Derecho constitucional chileno, tomo 2, 2ª edición, Santiago, 2012, p. 217; Nogueira, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales; tomo 1, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 538; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; Derecho constitucional, tomo 1, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 250).

Entonces, por la evolución de la norma, por su sentido y por su texto, el precepto comprende las formas actuales y las futuras de comunicaciones, incluido, por cierto, el correo electrónico;

TRIGESIMOPRIMERO. Que, enseguida, nuestras constituciones han utilizado calificativos para graficar este derecho. Así, se ha hablado de *"la seguridad de sus papeles"* (1812); de que los papeles de cada individuo son *"sagrados"* (1818). La expresión *"inviolabilidad"* aparece en la Constitución de 1833, permaneciendo en la de 1925 y en la de 1980. Su raíz se remonta a la Asamblea Nacional Francesa, que el 10 de agosto de 1790 proclamaba que *"el secreto de la correspondencia es inviolable"*.

Con esta expresión (*"inviolabilidad"*) se apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente.

Por una parte, el de la libertad de las comunicaciones. El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse. No hay libertad allá *"donde no hay expectativa de cierta inmunidad frente a indagaciones ajenas. Protegiendo el secreto de las comunicaciones, se defiende la libertad para entablarlas"* (Jiménez Campos, Javier; La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones; en Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, N° 20, mayo-agosto 1987, p. 51). Además, la comunicación debe circular libremente. De ahí que este derecho permita el

desarrollo de varias libertades, como la de empresa, la ideológica y política, etc.

Por la otra, se protege el secreto de las comunicaciones. Esto es, se precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción *iuris et de iure* 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 el derecho de la privacidad (Nogueira, H.; ob.cit., p. 540).

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste 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;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que la expresión que utiliza la Constitución es "*comunicación privada*". La expresión "*comunicación*" es genérica. Comprende todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico (Jiménez, J., ob.cit., p. 42). Por lo mismo, abarca incluso aquella que se hace con signos, en clave, con gráficos, cifras, de cualquier manera en que dos o más personas se transmitan mensajes (Cea, José Luis; ob.cit., p. 217).

Enseguida, la comunicación es un proceso de transmisión de un mensaje. Esto es, grupo de datos con un significado. Por lo mismo, tiene un momento de inicio y uno de término; tiene un curso temporal determinado. Ello lleva a que sea necesario distinguir entre la comunicación en curso y la concluida. La Constitución garantiza, en el artículo 19 N° 5°, aquella que está desarrollándose. De ahí que cubra desde el momento en que el autor de dicha comunicación exterioriza su intención

de hacer llegar el mensaje a una persona, hasta el momento en que el destinatario recibe y toma conocimiento del mensaje que se le ha enviado. Protege la circulación de la comunicación en forma libre (Nogueira, H.; ob.cit., p. 538). Lo que suceda antes o después, no está protegido por este derecho (Jiménez Campos, J.; ob.cit., p. 35-82);

TRIGESIMOTERCERO. Que, sin embargo, la Constitución también garantiza con la inviolabilidad "*los documentos*" que se empleen en el proceso comunicativo.

En el derecho comparado se garantiza "*el secreto de las comunicaciones*" (artículo 18, Constitución española); "*el secreto epistolar, así como el secreto postal y de telecomunicaciones*" (artículo 10, Constitución alemana); el "*secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación*" (artículo 15, Constitución italiana); la inviolabilidad de "*los papeles*" (Enmienda 4, Constitución norteamericana). Sólo Perú (que garantiza, en su artículo 2° N° 10, "*el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados*"); y Argentina (que protege, en su artículo 18, "*la correspondencia epistolar y los papeles privados*") tienen una protección semejante a la nacional.

Estos "*documentos*" son todos aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. El hecho de que la Constitución los califique como "*documentos privados*" no está en relación con que no sean instrumentos públicos. El término es utilizado como documento que ha sido empleado en una comunicación privada y que, por lo mismo, no es revelado ni accesible ni conocido por todos;

TRIGESIMOCUARTO. Que el hecho de que la Constitución garantice la comunicación y los documentos que se emplean en ella, tiene enorme importancia. En efecto, mientras la comunicación propiamente tal tiene un inicio y un término, los documentos exceden ese margen de temporalidad, porque subsisten aún después de terminada

la comunicación. Ello no implica que se encuentren desprotegidos por la Constitución, dado el tenor y el sentido del artículo 19 N° 5°. La Constitución garantiza la inviolabilidad de la comunicación y de los documentos que la desarrollan;

TRIGESIMOQUINTO. Que, a continuación, hay que señalar que las comunicaciones que protege el artículo 19, N° 5°, tienen que ser, en primer lugar, directas, en el sentido de que tengan un origen y un destino definidos, sean presenciales o a distancia. La norma protege la comunicación entre ausentes como entre personas que estén reunidas. Es decir, protege las conversaciones que se lleven a efecto en forma material o virtual.

En segundo lugar, debe tratarse de comunicaciones privadas. Éstas son aquellas en que el emittente singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban (Silva Bascuñán, A; ob.cit., p. 205). El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público (Cea, José Luis; ob.cit., p. 205). Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público (Vivanco, Ángela; Curso de derecho constitucional; tomo 2, Editorial PUC, Santiago, 2006, p. 364). En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. Nada tiene que ver en este concepto el que las comunicaciones las realicen o no funcionarios públicos.

Las comunicaciones de éstos también están protegidas por la garantía que se analiza. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por ello, este derecho puede invocarse en distintos ámbitos, como el laboral, en el matrimonio, la cárcel. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se extiende a los propios sujetos que intervienen en ellas. La impenetrabilidad, el secreto, la opacidad, es respecto de terceros ajenos a la misma, de aquellos que no son ni emisores ni receptores. Así, por ejemplo, si un tercero se entera de una comunicación privada y hace uso indebido de ella, se afecta el artículo 19 N° 5° (SCS Rol 2502/2012, 11.05.2012). Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados (Fernández Rodríguez, José; Secreto e intervención de las comunicaciones en internet; Editorial Thompson Civitas, Madrid, 2004, p. 98 y siguientes). No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad.

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (Martín Morales, Ricardo; El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones; Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 33);

TRIGESIMOSEXTO. Que, por otra parte, la Constitución establece que la inviolabilidad impide interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados. De ahí

que aquella comunicación que no necesita interceptarse o abrirse porque es pública o abierta, no es comunicación privada, que esté protegida por esta garantía.

La Constitución utiliza tres expresiones. Con la primera ("*interceptar*") se garantiza que no se suspenda o impida que las comunicaciones emitidas por alguien lleguen a destino. Con la expresión "*abrir*" se protege que los documentos o las comunicaciones privadas puedan ser abiertas por terceros. Finalmente, "*registrar*" es examinar minuciosamente la comunicación o los documentos para encontrar algo que pueda estar oculto.

A través de estos tres mecanismos, un tercero, distinto a los involucrados en la comunicación, se impone de su contenido, atropellando el carácter privado de la misma (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 207).

La norma no exige que después de interceptar, abrir o registrar, se revele o difunda aquello a lo cual se accedió ilícitamente. En todo caso, estas tres formas de vulnerar la inviolabilidad deben ser entendidas en forma amplia, abarcando cualquier acción que implique acceder a comunicaciones privadas. Así como la Constitución no quiso acotar el tipo de comunicaciones que protegía, designándolas genéricamente como "*toda forma de comunicación privada*", para evitar la obsolescencia ante estos nuevos mecanismos, tampoco quiso explicitar estas fórmulas de vulneración. Por eso su enumeración abierta.

Consecuente con ello, la interceptación, la apertura o el registro se pueden hacer por cualquier medio tecnológico idóneo para el medio de comunicación empleado;

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que el legislador, coherentemente con dicho mandato, ha establecido resguardos para las comunicaciones privadas. Así, la antigua Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos (D.S. N° 5037/1960,

Interior) establece la prohibición de abrir o permitir que se abra ningún objeto o comunicación confiado a Correos (artículo 30). En materia de correos electrónicos, la Ley N° 18.168 establece que *“los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red”*.

La inviolabilidad también se expresa en materia penal, al establecer nuestro ordenamiento una serie de delitos. Así, se sanciona al que *“maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones”* (artículo 36 b, Ley N° 18.168). También el Código Penal sanciona al que *“en lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado”*. De igual modo, se sanciona a quien *“difunda”* las conversaciones o comunicaciones obtenidas de esa manera (artículo 161 A, Código Penal). Asimismo, la Ley N° 19.223 tipifica como delito al que con ánimo de *“conocer indebidamente la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él”* (artículo 2°). La misma ley sanciona al que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información;

TRIGESIMOCTAVO. Que la Constitución también establece que la inviolabilidad puede romperse *“en los casos y formas determinados por la ley”*.

En esta expresión se contienen las garantías que la Constitución establece para que pueda levantarse la inviolabilidad.

En primer lugar, tiene que haber una autorización legal. Esta norma es la única que permite la accesibilidad de las comunicaciones privadas. El propósito de esta exigencia es hacer previsible para los

eventuales afectados una apertura de dichas comunicaciones.

En segundo lugar, la ley debe definir "*los casos*" en que la autorización es posible. Eso implica que la ley debe establecer o listar situaciones y que la autoridad que dispone la autorización debe encuadrarse en estas causales. Por lo mismo, toda resolución que levante total o parcialmente la inviolabilidad, requiere ser motivada. Es decir, debe establecer las razones que llevan a hacerlo y cómo éstas se ajustan a dichas causales o situaciones.

En tercer lugar, es necesario que la ley defina "*las formas*" en que la autorización se puede dar. Esta expresión apunta, de un lado, a que la ley debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización.

Finalmente, los casos y las formas deben estar "*determinados*". Es decir, deben estar establecidos o fijados de modo preciso, no genéricamente.

La Constitución sólo hace excepción a este régimen cuando regula el Estado de Asamblea. Este procede en caso de guerra exterior (artículo 40). Y requiere la declaración del Presidente con acuerdo del Congreso Nacional (artículo 40). En este estado de excepción, la Constitución permite que el Presidente de la República pueda "*interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones*" (artículo 43);

TRIGESIMONOVENO. Que, para ilustrar la sujeción del legislador a estas condiciones, cabe considerar lo establecido en materia investigativa y para los efectos de recaudar pruebas.

Así, en primer lugar, examinemos lo que se establece en materia procesal penal. En este ámbito, se establece la exigencia de la intervención del juez de garantía para

que se pueda autorizar la interceptación, apertura o registro de comunicaciones telefónicas e informáticas y de correspondencia epistolar y telegráfica (artículo 14, Ley N° 18.314; artículos 218 y 222, Código Procesal Penal). Dicha autorización está sujeta a requisitos muy estrictos, como la resolución fundada; la temporalidad de la medida; la obligación de los involucrados de guardar secreto, salvo que fueren citados como testigos; la obligación de destruir toda transcripción o copia que no fuere pertinente para la investigación.

En segundo lugar, cabe considerar lo que se establece respecto de la Fiscalía Nacional Económica. Ésta, cuando investiga conductas antimonopólicas, siempre que tenga antecedentes graves y calificados, previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y con la autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones, puede ordenar a Carabineros o Investigaciones que pueda registrar e incautar objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción, o autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella. Sin embargo, para otorgar la autorización, el Ministro de Corte de Apelaciones debe verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de esta facultad. La autorización debe ser específica, singularizándose las medidas y el tiempo por el cual podrán ejercerse estas restricciones (D.L. N° 211, artículo 39, letra n)).

En tercer lugar, otro ámbito en que se observa un diseño semejante al legislador, es en materia de inteligencia militar, pues la ley permite (Ley N° 19.974)

que cuando determinada información sea *“estrictamente indispensable para el cumplimiento de los objetivos del Sistema de Inteligencia del Estado y no pueda ser obtenida de fuentes abiertas”* (artículo 23), se podrán utilizar ciertos procedimientos especiales de obtención de información que se listan. Dichos procedimientos están limitados *“exclusivamente a actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico”* (artículo 23). Tales procedimientos son los siguientes: *“a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas; b) La intervención de sistemas y redes informáticos; c) La escucha y grabación electrónica, incluyendo la audiovisual, y d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información”* (artículo 24). Dichos procedimientos requieren autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones (artículo 25) y deben ser solicitados por los directores o jefes de los organismos de inteligencia o por el Director de la Agencia Nacional de Inteligencia (artículos 25 y 27). La resolución judicial que autorice la utilización de estos procedimientos debe incluir *“la especificación de los medios que se emplearán, la individualización de la o las personas a quienes se aplicará la medida y el plazo por el cual se decreta, que no podrá ser superior a noventa días, prorrogable por una sola vez hasta por igual período”* (artículo 28). Asimismo, el Director o Jefe del organismo de inteligencia que hubiera solicitado la autorización, debe *“informar por escrito, en el más breve plazo, del término de la diligencia, al Ministro de la Corte de Apelaciones que la concedió”* (artículo 29);

CUADRAGÉSIMO. Que el modelo diseñado por el legislador para interceptar, abrir o registrar las comunicaciones privadas y los documentos asociados a ellas, es coincidente con los estándares diseñados por esta Magistratura, que ha exigido habilitaciones restrictivas (STC 389/2003), con parámetros objetivos y precisos, no discrecionales (STC 198/95, 1894/2011), sujetas a control (STC 389/2003, 433/2005) y en que el afectado no padezca detrimentos excesivos (STC 1365/2009);

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que, de este modo, el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando no haya otra alternativa disponible; bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas, hechos;

3. La manera en que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución.

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.

Así por lo demás lo ha interpretado la doctrina constitucional (Silva Bascuñán, A.; ob.cit., p. 204; Cea, José Luis; ob.cit., p. 217; Nogueira, H.; ob.cit., p. 538) y la especializada en derecho informático (Álvarez Valenzuela, Daniel; Inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 5, p. 191-202; Arrieta Cortés, Raúl; Derecho a la vida privada: inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 6, p. 147-157). Y esta Magistratura, con anterioridad (STC 1894/2011), así también lo ha sostenido;

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.

Desde luego, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión cancela el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Así sucede en la actualidad con el celular, el computador portátil, la casa fiscal. Estos bienes están destinados principalmente al cumplimiento de la función pública. Sin embargo, muchos de estos bienes borran fronteras que antes existían. Un celular permite que el funcionario esté permanentemente ubicable y disponible, esté o no cumpliendo su jornada laboral, esté en su casa o en un lugar de esparcimiento. Hay bienes que entrega el Estado que provocan interconexión permanente. Cuando un funcionario atiende asuntos personales, en forma prudente y razonable, durante su jornada laboral, no está contaminando la labor pública, está respondiendo a la realidad del mundo moderno de estar interconectado. A cambio de eso, la familia de ese funcionario debe aceptar llamadas o comunicaciones en horarios en que ya no labora. Lo que debe rechazarse es que se obtenga beneficio o provecho para fines ajenos a los institucionales, o se use en forma continua o permanente en esas tareas. Si un funcionario, en vez de ausentarse de su trabajo para ir a realizar un trámite bancario, lo

puede realizar directamente desde su computador, el Estado gana y no pierde. Si a un padre lo llama su hijo para contarle de un problema, está usando un bien público; pero si logra solucionar ese problema, el funcionario estará tranquilo y concentrado en su labor. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (*"promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país"*) así lo exige.

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

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.

En ese sentido, por lo demás, se enmarca el D.S. N° 93/2006, del Minsegres, que Aprueba la Norma Técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados, recibidos en las casillas electrónicas de los Órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios. Este reglamento establece dos reglas importantes de destacar. Por una parte, el que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen. Por la otra, se debe propender a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo

órgano. Para que no se puedan utilizar para fines personales o privados, se debe prohibir expresamente. Pero, en este caso, la norma establece que se debe permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignados en la institución.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas.

La regla tiene sentido si se considera que la Administración está sujeta a un régimen "*jerarquizado*" (artículo 7°, Ley N° 18.575). Dicha jerarquía se expresa, por una parte, en el grado, es decir en la ubicación que tiene un funcionario o un órgano en la estructura piramidal de la Administración; y en la relación de jerarquía. Esta última entrega al superior una serie de potestades respecto del subordinado, dando origen a la relación jerárquica. Éstas son básicamente las de darle órdenes, revisar lo que hace, controlarlo y sancionar las infracciones a sus deberes, prohibiciones u obligaciones. Ahora, el control que deben ejercer las jefaturas es "*permanente*", se extiende "*a la legalidad y oportunidad de las actuaciones*", y "*a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos*" (artículo 11, Ley N° 18.575). Por lo mismo, la autoridad tendría que controlar los correos de sus subordinados, si pudiera acceder a ellos. Además, afectaría claramente el debido cumplimiento de las funciones del servicio, porque la jefatura tendría que distraerse de su labor principal para lograr tal propósito, dada la cantidad de correos que tendría que fiscalizar;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que, además, la Contraloría General de la República ha establecido que no resulta procedente calificar la utilización de computadores institucionales como un uso indebido de bienes públicos,

dado que el acceso a casillas de correo electrónico privadas, desde un terminal o equipo computacional institucional, no se encuentra prohibido (Dictamen 074351/2011). También ha establecido que pueden utilizarse casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la autoridad lo prohíba (Dictamen 038224/2009).

Lo que existe detrás es la regulación del uso del correo, sin poner en juego la garantía constitucional de la inviolabilidad de la comunicación privada.

En el mismo sentido, se ha resuelto en materia laboral, tanto por la Dirección del Trabajo (Dictamen 260/19, 24.01.2002) como por los Tribunales Laborales (en forma pionera, T-1-2008, JLT Copiapó, 15.09.2008);

CUADRAGESIMOQUINTO. Que tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Éstas han sido electas o designadas para que tomen buenas decisiones. Para eso están. Ello implica que deben apoyarse en la mejor información posible. Para lograr ese propósito necesitan tener cierta confidencialidad para lograr una adecuada, eficaz y pertinente deliberación técnica. Para tener en cuenta los distintos puntos de vista involucrados.

El correo electrónico tiene una enorme potencialidad para hacer fluir información. Todo lo que apunte a un uso intenso de este instrumento moderno debe incentivarse.

Pero una apertura indiscriminada de este tipo de comunicación puede despotenciarlo como un instrumento útil para la toma de decisiones.

Por lo demás, la Constitución no desprotege a las autoridades respecto de la garantía del artículo 19 N° 5°;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que la segunda razón para considerar que se vulnera el artículo 19 N° 5° de la

Constitución es que no compartimos lo afirmado por el Consejo para la Transparencia, al sostener que la Ley N° 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas.

No compartimos lo anterior, por las siguientes razones.

En primer lugar, nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige "*casos y formas determinados*". También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011).

En segundo lugar, no tendría sentido que nuestro legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos privados cuando investiga un delito o una conducta antimonopólica, que contempla incluso la autorización judicial, si cualquier ciudadano, sin invocar interés alguno, pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario, por la vía de la Ley N° 20.285. Si permitiéramos el uso de esta ley para tal efecto, estaríamos perforando un sistema que da garantías a todos en su funcionamiento.

En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución. La invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento

suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. Que una tercera razón para considerar la vulneración del artículo 19 N° 5° de la Constitución es que los actos a que se refiere el artículo 8° no pueden ser aquellos que se transmiten por canales cerrados. Los actos que dicha normativa comprende son aquellos que se publican, que se notifican, que están en un expediente administrativo;

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, en efecto, uno de los derechos que otorga la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) a los interesados, es decir aquellos que promovieron el procedimiento como titulares de derechos o intereses, individuales o colectivos, o puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte, se hayan o no apersonado en él (artículo 21), es el de *“acceder a los actos administrativos y sus documentos”* (artículo 17, letra d)). Otro de estos derechos es *“obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente”* (artículo 17, letra a)).

Como se observa, el interesado en un procedimiento administrativo no invoca la Ley N° 20.285 para acceder al expediente y a sus documentos. Su derecho de acceso se lo da la Ley N° 19.880, por el hecho de ser interesado y poder, en consecuencia, aducir alegaciones (artículos 10 y 17, letra f) para defender sus derechos e intereses.

Pero el interesado sólo puede acceder a lo que consta en el expediente. Es a éste al que tiene *“acceso permanente”* (artículo 18);

CUADRAGESIMONOVENO. 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.

Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo;

QUINCUAGÉSIMO. Que, en este caso, la Subsecretaría del Interior entregó las resoluciones, circulares, comprobantes de ingreso, informes mensuales de inversión. Las decisiones de la autoridad se entregaron. Se ha contribuido con ello significativamente al conocimiento público de las operaciones o actividades del Gobierno.

Ahora, si los correos fueran actos administrativos, debieron emitirse bajo firma electrónica, simple o avanzada. En el expediente tenido a la vista por esta Magistratura, no hay ningún antecedente en tal sentido.

Si, por su parte, los correos fueran actos de juicio, es decir, contuvieran una opinión en el marco de un procedimiento administrativo decisorio, debieron ser ponderados o debieron constar en los vistos de los actos entregados. Que no hayan estado, es un índice de que no eran documentos ni directos ni esenciales. Por de pronto, porque está en juego la presunción de legalidad de los actos administrativos (artículo 3°, Ley N° 19.880). Enseguida, porque nadie reclamó, ni ante la Contraloría ni ante los tribunales, respecto de esa ausencia de ponderación o constancia.

Además, hay que considerar que todos los antecedentes que se solicitaron por el Alcalde Gebauer en la gestión pendiente tienen que ver con recursos públicos. Se trata de fondos transferidos, rendiciones de

gastos, devoluciones de fondos. Al haber recursos públicos, éstos están sujetos a la rendición de cuentas. Recordemos que, de acuerdo a la Constitución, corresponde a la Contraloría General de la República fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco (artículo 98).

Dicha rendición implica acompañar los comprobantes de ingresos y egresos, los comprobantes de traspasos y la documentación auténtica que la respalde. La Contraloría General de la República permite que esa documentación auténtica se haga en soporte electrónico (Resolución N° 759, D.O. 17.01.2004, que fija Normas de procedimientos en la rendición de cuentas). Sin embargo, se exige que la Contraloría haya autorizado el procedimiento y que el documento sea validado por firma electrónica. Expresamente la resolución recién citada señala que la autorización de la Contraloría tiene por objeto que las técnicas y los medios electrónicos sean compatibles con los que usa la Contraloría y que los sistemas automatizados tengan niveles de resguardo y seguridad para garantizar autenticidad, integridad y disponibilidad de la información.

No consta a esta Magistratura que la Contraloría General de la República haya permitido en el caso que se analiza que se hicieran rendiciones con documentos electrónicos.

Todo ello demuestra que no estamos en presencia ni ante actos administrativos decisorios ni ante informes;

QUINCUAGESIMOPRIMERO. Que una cuarta razón para considerar vulnerado el artículo 19 N° 5° es que esta Magistratura no comparte lo afirmado por el Consejo para la Transparencia en el sentido de la subordinación que debe tener el artículo 19 N° 5° al artículo 8° de la Constitución.

En primer lugar, porque este Tribunal ya descartó que por el hecho de que el artículo 8° se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, prime sobre todas las demás disposiciones de la Carta Fundamental, pues eso lleva a subordinar el capítulo III de la Constitución, que contiene el artículo 19, que establece el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).

En segundo lugar, el bien común exige *“el pleno respeto a los derechos y garantías”* que la Constitución establece (artículo 1°, Constitución). Ello implica que la actuación de los órganos del Estado debe llevarse a efecto con respeto, promoción y protección de estos derechos (STC 53/1988 y 943/2008).

En tercer lugar, porque cuando la Constitución ha querido establecer esta subordinación, lo ha dicho, como sucede con la función social del dominio (artículo 19 N° 24°, inciso segundo).

En cuarto lugar, porque la publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales, se encuentran los derechos de las personas. Por lo mismo, no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino ésta a aquéllos. De ahí que el artículo 20 del artículo primero de la Ley N° 20.285 establezca que cuando se requiera una información que afecte derechos de terceros, éstos deben ser consultados por la autoridad requerida. Y si se oponen a la entrega, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados. La existencia de derechos involucrados, entonces, veta la publicidad.

Finalmente, hay que considerar que la publicidad no es el único bien jurídico que la Constitución establece. Hay otros que también requieren respeto y protección;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. Que, en consecuencia, por todo lo anterior, consideramos que una primera razón para juzgar que el inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285 es inconstitucional, en el caso concreto que se analiza, es que vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución;

V. EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO QUINTO DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY N° 20.285 EXCEDE LO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN.

1. La controversia.

QUINCUAGESIMOTERCERO. Que la Subsecretaría del Interior sostiene también que el inciso segundo del artículo 5° del artículo primero de la Ley N° 20.285 excede lo previsto en el artículo 8° de la Constitución. Mientras éste sólo habla de que son públicos los *“actos y resoluciones”, “sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*, el precepto incorpora dos nuevas categorías: *“la información elaborada con presupuesto público”* y *“toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración”*;

QUINCUAGESIMOCUARTO. Que la doctrina también ha señalado que la información pública a la que se tiene acceso es de dos tipos. Una circunscrita a aquella que ha sido elaborada con presupuesto público; y otra más amplia, consistente en toda información que detenta la Administración o que esté en manos de ella (Camacho Céspedes, Gladys; Algunas precisiones sobre el concepto de información pública; en Letelier, Raúl, y Rajevic, Enrique; Transparencia en la administración pública; Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 52);

QUINCUAGESIMOQUINTO. Que el Consejo para la Transparencia ha reconocido esta situación. En la decisión de amparo C1101-11 se sostiene que *“el legislador ha extendido la publicidad de la información más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución”*. El fundamento para esa ampliación lo encuentra el Consejo en que el derecho de acceso a la información se encuentra en la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones;

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que, como se observa, no se discute el que la Ley N° 20.285, específicamente el precepto impugnado, fue más allá de lo establecido por la Constitución en el artículo 8°. La discusión es si esto es legítimo o no;

2. Un criterio de análisis.

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que, para responder a esta interrogante, debemos considerar que el carácter limitado de la información que debe ser pública en virtud de la disposición constitucional del inciso segundo del artículo 8°, también fluye de una interpretación sistemática de la Constitución. En efecto y tal como se ha expuesto en la primera parte de esta decisión, la aplicación del principio de publicidad contemplado en la Constitución tiene efectos potencialmente lesivos respecto de otros intereses protegidos por la Carta Fundamental. No resulta admisible considerar que casos semejantes deban ser decididos en favor de uno de los intereses en conflicto, como ocurriría de considerarse que toda información en poder de los órganos del Estado tiene el carácter de pública. Es necesario, entonces, buscar una solución que permita garantizar el contenido fundamental de todas las disposiciones involucradas;

3. La manera en que el precepto impugnado excede el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución.

QUINCUAGESIMOCTAVO. Que, entonces, partamos por señalar que la Ley N° 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC 1990/2012), no la usa la Constitución. En cambio, la Ley N° 20.285 la utiliza en abundancia, desde el título de la ley misma ("*Sobre acceso a la información pública*") hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como "*solicitar y recibir información*" (artículo 10, inciso primero);

QUINCUAGESIMONOVENO. Que hay dos maneras de entender la información en la Ley N° 20.285. Por una parte, es la contenida en los actos, resoluciones y procedimientos (artículos 4°, 10, inciso segundo, 13, 14, 19, 20, 22, 23 y 26). Por la otra, es algo distinto a lo anterior y más amplio (artículos 5°, 10, inciso segundo, 11, letras a), b), c), d), e) y g), 12, letra b), 16 y 17);

SEXAGÉSIMO. Que mientras la Constitución habla de actos y resoluciones, el artículo impugnado habla de dos tipos de información. En primer lugar, la "*elaborada con presupuesto público*". Con eso se permite el acceso no sólo a actos y resoluciones, a fundamentos o documentos vinculados a éstos, o a los procedimientos en que se dictaron, sino también a cualquier registro, de cualquier tipo, que haya sido financiado con dineros públicos. La norma exige tres requisitos para configurar la hipótesis que regula. El primero es que se trate de información. Esta expresión es comprensiva de documentos, archivos, folletos, datos que estén registrados. El segundo

requisito es que la información haya sido elaborada por la Administración. Es decir, que haya sido hecha, que sea producto de un trabajo que la origine. El tercer requisito es que esa elaboración sea financiada con el presupuesto de la Nación.

En segundo lugar, el precepto habla de información *“que obre en poder de los órganos de la administración”*. Se trata, en consecuencia, de información que debe cumplir las siguientes condiciones. Desde luego, no tiene que ser hecha por la Administración, sino por otras entidades, privadas, internacionales, etc. Da lo mismo su procedencia. De lo contrario estaríamos en la información anterior. Enseguida, esa información tiene que estar *“en poder”* de los órganos de la Administración. Es decir, que esté bajo su cuidado, depósito o disposición;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que, entonces, el precepto impugnado amplía la información a que se tiene acceso, porque la separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo.

Resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. Porque la Administración o produce información o la posee a algún título.

El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la administración;

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que la pregunta que nos debemos formular es si eso es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley N° 20.285.

Existe abundante información en la historia legislativa de la Ley N° 20.285 que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir

lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes);

SEXAGESIMOTERCERO. Que, además, si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”. El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “*son públicos ...*”;

SEXAGESIMOCUARTO. Que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: “*sus fundamentos*” y “*los procedimientos que utilicen*”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “*de sustento o complemento directo y esencial*” a tales actos y resoluciones.

En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obre en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con eso;

SEXAGESIMOQUINTO. Que tampoco puede sostenerse que los correos electrónicos que estén al margen de un procedimiento y sobre los que se discute en la presente gestión, estén insertos en alguna de las categorías que emplea el artículo 8° de la Constitución.

Por de pronto, no caben dentro de la expresión acto o resolución, por las razones que analizamos en el capítulo anterior.

Enseguida, tampoco se encuentran dentro de la expresión "*fundamentos*" que utiliza el artículo 8° de la Constitución. Fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). La resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe ser fundada (artículo 41). Pero para ello es esencial que estén en un expediente, es decir, que sean parte de un procedimiento administrativo. El dato externo no puede ser ni controvertido ni ponderado.

Además, no se ha proporcionado a esta Magistratura ningún antecedente que genere siquiera indicios para pensar que existe una conexión sustantiva o directa o esencial entre los correos y la rendición de cuentas a que se refieren los documentos que ya se entregaron por la Subsecretaría del Interior;

SEXAGESIMOSEXTO. Que este Tribunal considera, en consecuencia, que efectivamente el inciso segundo del artículo 5°, impugnado en estos autos, excede, en su aplicación a la gestión pendiente de autos, lo dispuesto en la Carta Fundamental.

La relevancia para el caso concreto de lo anterior es que se ha utilizado este precepto para incluir a los correos electrónicos en información que elabora la Administración.

Ello nos parece que pugna con la Carta Fundamental, pues excede lo previsto en ella, va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 1°, 5°, 6°, 7°, 8° y 19 N° 5° de la Constitución Política de la República; y artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1° Que se acoge el requerimiento deducido a fojas 1, declarándose la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en la parte que dispone que es pública "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".

2° Que se deja sin efecto la suspensión dispuesta a fojas 125, debiendo oficiarse al efecto.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes consideraciones:

I.- Conflicto constitucional: sujetos activos, pasivos y afectación de derechos en este proceso constitucional

1.- Que, en esta causa, el punto de partida inevitable es deslindar nítidamente el conflicto constitucional que debe resolver esta Magistratura. La parte requirente sitúa el dilema esencial de este proceso como un ejercicio de ponderación para realizar el juicio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos confrontados - acceso a la información pública y respeto a la vida

privada -, con ocasión de la resolución del Consejo para la Transparencia disponiendo que la Subsecretaría del Interior le entregara los correos electrónicos que intercambiaron el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de la Provincia de Melipilla. Y, en estrados ante el Tribunal Constitucional, la parte requirente reiteró la necesidad de efectuar un juicio de proporcionalidad. A criterio de estos disidentes, es correcto el procedimiento planteado por la requirente y no transformar este proceso constitucional en un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la difusión de los correos electrónicos entre autoridades públicas;

2.- Que la gestión judicial pendiente es el reclamo de ilegalidad presentado por el Subsecretario del Interior contra la decisión del Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT) que acogió el amparo de información presentado por el Alcalde de Melipilla. La acción fue deducida ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 6.704/2011) respecto de la decisión de amparo informativo C406-11 del CPLT. En el proceso constitucional ante esta Magistratura, el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla se hizo parte a fs. 151. En síntesis, cabe constatar que el conflicto jurídico planteado en la especie involucra solamente a **funcionarios pertenecientes a organismos públicos;**

3.- Que los **derechos invocados como afectados** por el Subsecretario del Interior son el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 19 N° 2 de la Constitución), el derecho al debido proceso (artículo 19 N° 3), el derecho al respeto de la vida privada (artículo 19 N° 4), la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 19 N° 5) y el derecho al respeto del contenido esencial de los derechos del artículo 19 N° 26 de la

Constitución. Asimismo, estima vulnerados los artículos 6° y 7° constitucionales, en relación con las atribuciones del CPLT para solicitar la exhibición de los correos electrónicos, conducta que se vincula con las reglas del debido proceso;

4.- Que la intervención que afectaría esos derechos consiste en la decisión del CPLT de acoger el amparo deducido por el Alcalde Melipilla (Rol N° C406-11) y que obliga a entregar a la Municipalidad de Melipilla *“copia de los correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial de Melipilla y desde la Gobernación Provincial de Melipilla al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría del Interior, y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la Gobernadora Provincial Paula Gárate como del Subsecretario o del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, que versen sobre los fondos entregados y transferidos por dicho Ministerio a la Gobernación Provincial aludida, como consecuencia de la emergencia suscitada a raíz del terremoto del 27 de febrero de 2010, como también que se refieran a las rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación a dichos fondos, y a las eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial respecto de los mismos fondos” [énfasis agregado];*

5.- Que es imprescindible determinar que la información solicitada (que produce el asunto suscitado ante esta Magistratura) consiste **única y exclusivamente** en correspondencia electrónica entre autoridades públicas (Ministerio del Interior y Gobernación Provincial de Melipilla) sobre fondos entregados y transferidos,

rendiciones de gastos sobre dichos fondos y eventuales órdenes de devolución sobre esos mismos fondos;

6.- Que se estima **irrelevantes como potenciales vulneraciones alegadas aquellas referidas a la igualdad ante la ley, el debido proceso y la inviolabilidad de las comunicaciones**, por las razones que se expondrán a continuación;

7.- Que la igualdad ante la ley reclamada por la requirente se sostiene en el potencial trato discriminatorio consistente en:

“privar a un grupo -específicamente a las autoridades y funcionarios públicos-, de manera arbitraria, del derecho fundamental a la privacidad e inviolabilidad de la correspondencia que tienen todas las personas o del resto de la información que obre en su poder, por el solo hecho de tratarse de servidores públicos usuarios de casillas electrónicas institucionales, estableciendo que en este caso no gozan de dicha protección constitucional, presumiéndose, por el contrario, la publicidad de sus comunicaciones” (fs. 66);

8.- Que, como lo expresa la requirente, ésta es una alegación esencialmente instrumental, puesto que depende del modo en que esta Magistratura defina los términos de la posible vulneración de otros derechos. Por tanto, el examen de fondo sobre el derecho al respeto de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones determina la concurrencia o no de la discriminación alegada;

9.- Que la vulneración del debido proceso, a juicio de la requirente, consiste en:

“(...) el acceso sin cortapisas y sin un debido proceso previo, a las comunicaciones que los servidores públicos mantengan entre ellos y con terceros, no resulta constitucionalmente admisible, en especial si se considera que el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa, no resultando admisible dar por sentado, como pretende el Consejo, que puedan existir competencias no expresamente señaladas en la ley que permitan vulnerar la inviolabilidad de las comunicaciones” (fs. 60);

10.- Que la potencial afectación del debido proceso se resuelve constatando las competencias que tiene el CPLT para requerir la información alojada en los correos electrónicos de las autoridades aludidas. Sin embargo, resulta claro para esta Magistratura, sin distinción de mayoría o minoría, que la competencia del CPLT está fijada por los artículos 24 y siguientes, sobre el amparo al derecho a la información y sus procedimientos, así como por los artículos 32, 33, letras a), b), j) y m), y 34, todos de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. El CPLT tiene atribuciones para requerir información de los organismos públicos y, asimismo, si ellas importaran el manejo de datos personales, es su deber velar por su debida reserva y resguardo. Debe quedar sentado que el CPLT es el órgano competente para resolver, en caso de conflicto, qué es divulgable y qué no respecto del contenido de un correo electrónico cursado a través de casillas de instituciones públicas, toda vez que los artículos 24 y siguientes de la Ley N° 20.285 le confieren competencia para conocer y

fallar los reclamos por denegación de información, sin perjuicio de que sus resoluciones sean impugnables ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. La ley establece este procedimiento que se ajusta a lo estipulado por la Constitución en lo referente al debido proceso y que esta Magistratura declaró orgánico y constitucional (STC 1051) en todas las normas impugnadas o referidas en este requerimiento;

11.- Que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, es una manifestación especial del derecho al respeto de la vida privada y de la libre comunicación. Por tanto, su contenido constitucionalmente está comprendido en el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N° 4, que es la regla general y residual, a la vez, de la protección de la privacidad. Cabe recordar que las comunicaciones privadas pueden “interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley” (artículo 19 N° 5 de la Constitución). Es así como la vulneración de la inviolabilidad de las comunicaciones se produce, solamente, por su “interceptación”, “registro” o “apertura”. Protege el proceso informativo mientras éste se desarrolla, cautelando la libre comunicación que impide “interceptar” los mensajes que se intercambian actualmente entre dos o más personas. En el caso planteado, los correos electrónicos ya habían sido enviados y el CPLT ha solicitado la divulgación pública de un hecho pasado, siendo imposible su “interceptación”;

12.- Que en el caso *sub lite* no se incurre en una vulneración de “registro” de las comunicaciones electrónicas, porque el deber de registro de los correos electrónicos lo ha establecido la ley y el propio

Ministerio del Interior, al suscribir el contrato respectivo, ha consentido en que la empresa proveedora de su servicio de telecomunicaciones los registre temporalmente, recayendo sobre ésta el deber de seguridad respecto de la provisión del servicio sin interferencias y asumiendo los riesgos que la red transfiera a sus usuarios. Y esa relación jurídica entre la empresa proveedora de servicios de comunicación electrónica y la Subsecretaría del Interior no es parte de este proceso constitucional. Por ende, el dilema más bien se transforma en acreditar si la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, establece una atribución que obligue a entregar este tipo de información;

13.- Que, asimismo, no existe la hipótesis de la "apertura" del correo electrónico porque tal supuesto traslada mecánicamente garantías que no son susceptibles de existir en la especie. La apertura está históricamente asociada a cartas cuyo contenido privado se vulnera a través de la rotura no autorizada judicialmente de sellos, cuños o sobres. Aquí se confunde contenido con continente. En el caso de autos la ley autoriza al Consejo para la Transparencia para que, en cumplimiento de un amparo de información, ordene la disposición de determinados correos individualizados, los cuales deben ser simplemente entregados sin previa o posterior apertura;

II.- Determinación de la admisibilidad constitucional de la injerencia sobre el derecho afectado y acreditación de la razonabilidad de la limitación.

14.- Que la naturaleza de los derechos fundamentales obliga a identificar, a la luz de la Constitución, el

límite permitido para intervenir o afectarlos, visto que por regla general no tienen un carácter absoluto. Aquí el **límite está expresamente establecido en la Constitución**. Es ella la que determina el bien jurídico que delimita el derecho potencialmente afectado. El inciso segundo del artículo 8° constitucional dispone claramente 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”.

Por su parte, esta Magistratura ha establecido en numerosos fallos que el respeto y protección de la vida privada de las personas también admite límites (STC N°s 1732 y 1800), como ocurre, por regla general, respecto de todo derecho (ver STC N°s 1463, 1683 y 1939, entre otras) y donde es fundamental identificar su colisión con otros derechos, bienes o principios;

15.- Que en el caso sub lite se plantea una eventual colisión entre el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N° 4 y el acceso a la información pública. Este último derecho se funda en el artículo 19 N° 12 de la Constitución, siendo que este Tribunal reconoció la existencia de un derecho de acceso a la información pública que emanaría de este último precepto constitucional (STC 634-2007) y del artículo 4° de la Constitución, en virtud del cual Chile es una República democrática y sus decisiones son, evidentemente, *res*

publica. El ejercicio de esta libertad se ve reafirmado por el bien jurídico de la transparencia, base de la institucionalidad, establecido en el inciso segundo del artículo 8° que establece como regla general la publicidad de *“los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*, salvo las excepciones señaladas en el mismo precepto;

16.- Que, adicionalmente, el derecho de acceso a la información pública tiene un desarrollo normativo en varios artículos de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. En particular, los artículos 5°, 10, 11, letra a), y 21 de dicha ley, según los siguientes contenidos:

“Artículo 5°. 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.”

“Artículo 10. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de 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."

"Artículo 11, letra a). Principio de relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento."

"Artículo 21. 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, (...)

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptados";

17.- Que el requerimiento sólo ha planteado declarar inaplicable la siguiente parte del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública: *"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"*, siendo que existen varios otros artículos de ese mismo cuerpo legal que establecen reglas análogas.

Desde esta perspectiva, el recurso sub lite es sólo parcial y, por lo mismo, lo que decida esta Magistratura tiene un efecto limitado en la resolución definitiva del proceso que deben adoptar los jueces del fondo, puesto que no han sido requeridos los artículos 10, 11, letra a), y 21 del mismo cuerpo legal, que establecen normas análogas;

18.- Que, sin perjuicio de lo anterior, a juicio de estos disidentes, el artículo 5°, inciso segundo, se ajusta a la Constitución Política, ya que ésta, al consagrar en su artículo 8° una directriz interpretativa de publicidad y transparencia, junto con el derecho fundamental de acceso a la información dispuesto, como se indicó, en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, establece un piso mínimo a partir del cual el legislador debe desarrollar tales principios, lo que efectivamente ocurre con la Ley N° 20.285, como se desprende de la lectura de las normas transcritas. Esta propia Magistratura rechazó que se tratara de una norma interpretativa constitucional (ver prevención de los Ministros Venegas y Navarro en la STC 1051) sino que era un mandato de desarrollo del contenido constitucional como es lo habitual en la generalidad de las leyes. Además, como hemos señalado, esta Magistratura ha reconocido un derecho implícito de acceso a la información pública en consonancia con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de septiembre del año 2006 en el caso Claude vs Chile. Este derecho es amplio y abarca toda información en poder del Estado, salvo las excepciones constitucionales indicadas en el artículo 8°;

19.- Que la legitimidad de la norma impugnada, que ha sido uno de los fundamentos de la resolución del Consejo para la Transparencia, debe sortear tres juicios de ponderación, respectivamente el de razonabilidad, el de proporcionalidad y el de respeto al contenido esencial de los derechos afectados;

III.- El juicio de razonabilidad.

20.- Que el **juicio de razonabilidad** admite diversas variables. Sin embargo, en el caso concreto, cualquiera de los conceptos que se utilice -razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad (STC roles N°s 282, 465, 467, 788, 1452 y 1615, entre otras) o razonabilidad como interdicción de la arbitrariedad (STC roles N°s 1133, 1217, 1234, 1307, 1332, 1418 y 1580, entre otras- se cumple en la especie. Es razonable la norma del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley 20.285, cuestionada en autos, porque está vinculada al cumplimiento de objetivos o finalidades constitucionales y legales legítimas, según lo prescribe el artículo 32 de la Ley N° 20.285;

21.- Que en el caso sub lite es preciso tener en cuenta que la legitimidad de la intervención sobre los derechos supuestamente afectados, supone describir las razones admisibles para intervenir en función de las exigencias de una sociedad democrática, esto es, que se trate de límites previstos por la Constitución o el legislador, según ya lo vimos, y que se deriven de la reivindicación de *“los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”* (artículo 32.2 de la Convención

Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución);

22.- Que, en tal sentido, la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, satisface plenamente el juicio de razonabilidad a la luz de tales exigencias, dada la dimensión pública de la información solicitada;

23.- Que la solicitud recae en un asunto de evidente interés público. El artículo 8° constitucional ratifica la naturaleza del planteamiento del Alcalde de Melipilla, quien, ejerciendo el derecho contemplado en el artículo 10 de la Ley N° 20.285, demanda de la Subsecretaría del Interior una serie de respuestas relativas a la inversión y reembolso de fondos públicos relacionados con la mitigación de los efectos del terremoto del 27 de febrero de 2010 en su comuna. La propia respuesta de la Subsecretaría del Interior, casi integralmente positiva (fs. 3 a 5), revela que existe un reconocimiento del carácter público del asunto planteado, sin especificar, inicialmente, si lo protegido por la reserva o secreto era la reivindicación de un derecho fundamental, como el respeto a la vida privada, o el ejercicio de la facultad de decidir, de conformidad con el privilegio deliberativo;

24.- Que los procedimientos extraordinarios que se usan cuando ocurre una emergencia, exigen flexibilidad inicial para enfrentarla y traen consigo el reforzamiento de los controles posteriores, tanto de la Contraloría como de los ciudadanos mediante el acceso a la información pública. Este proceso constitucional tiene como telón de fondo el terremoto más devastador de los últimos 50 años y el cuarto de mayor magnitud en la historia de la

humanidad. Este sismo y posterior maremoto afectó a seis regiones del país, implicó decretar el único estado de excepción constitucional de catástrofe dictado desde 1990 en tres regiones; se aplicó en todas las regiones afectadas la Ley N° 16.282, de 1965, conocida como la Ley de Sismos, y se crearon programas públicos de emergencia para mitigar, recuperar y rehabilitar edificaciones públicas y privadas. Esos programas -para actuar con eficiencia, eficacia y oportunidad- fueron eximidos de algunos requisitos legales habituales, por ejemplo en lo referente a procesos de licitación, y permitieron aplicar mecanismos excepcionales de adquisición y reparto directo de materiales;

25.- Que la solicitud del Alcalde de Melipilla abarca la información contenida en los correos electrónicos sobre cuatro asuntos específicos: los fondos entregados y transferidos por el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial aludida. Segundo, casillas electrónicas de las personas indicadas, más el funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla. Tercero, las rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación al uso de esos fondos. Y, cuarto, las eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial respecto de los mismos fondos;

26.- Que el Ministerio del Interior autorizó expresamente el uso de correos electrónicos como procedimiento excepcional de operación, regulando dicho uso para la emergencia mediante el Decreto Supremo N° 355, de 29 de marzo de 2010, a cuyo efecto creó el Programa "Manos a la Obra", que permitía retribuir, entre otros, los gastos de la Municipalidad de Melipilla erogados para mitigar los

daños del terremoto en su comuna. En él se autorizan los pedidos que la Municipalidad debe hacer a cada proveedor mediante:

“vía telefónica, respaldado por el correspondiente correo electrónico al Ejecutivo de Cuenta que deberá ser remitido en un plazo no superior a 3 horas de efectuado el requerimiento telefónico. (...) En el evento de existir alguna discrepancia entre lo solicitado por vía telefónica y correo electrónico, primará esta última información” (cláusula tercera, letra c), del acuerdo). Para el despacho y entrega de materiales se rige el plazo por “el correo electrónico que contiene el pedido” (cláusula tercera, letra e)).

Con ello, el decreto estableció como procedimiento el uso del correo electrónico para las comunicaciones entre los proveedores y la Municipalidad respectiva y para establecer la certidumbre entre pedidos por la vía telefónica y su respaldo por correo electrónico y no hace sino cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Procedimientos Administrativos, que autoriza la utilización de medios electrónicos.

Asimismo, el Informe Final N° 141/2010 de Auditoría a la Subsecretaría del Interior, realizado por la Contraloría General de la República el 1° de marzo de 2011, acredita que hubo rendiciones de cuentas realizadas mediante correos electrónicos;

27.- Que, finalmente, la regla general es que todo lo que se refiera a gasto fiscal sea público. Para ello, se dispone en la Constitución de reglas especiales de aprobación del Presupuesto (artículo 67), de control de los decretos supremos que autorizan el gasto (artículo

99) por parte de la Contraloría, hasta su pago específico por la Tesorería General de la República, previa refrendación presupuestaria expedida por autoridad competente (artículo 100). Por ende, las solicitudes de acceso a la información referidas al gasto público y su destino definitivo en relación con compromisos previos, cumplen con la regla de referirse a un asunto nítidamente público;

28.- Que, en general, el acceso a la información pública no requiere invocar razones para fundar la petición. Sin embargo, a efectos del caso concreto materia de autos, las causas que motivan la solicitud permiten fijar una relación de prevalencia condicionada entre los derechos que se presentan como si fueran antinómicos. En este caso se solicita que se den a conocer determinados correos electrónicos porque no había decisión pública refrendada en un decreto ni las autoridades aludidas expresaban las razones de la decisión adoptada;

29.- Que, por tanto, el juicio de razonabilidad de la intervención que podría afectar los derechos de la parte requirente, específicamente de dos autoridades públicas, se encuentra plenamente justificado;

IV.- El juicio de proporcionalidad.

30.- Que corresponde ahora realizar el juicio de proporcionalidad invocado en el requerimiento y reiterado por la requirente en la audiencia de la vista de la causa;

31.- Que el **juicio de adecuación o idoneidad** es el punto de partida de un examen sobre la proporcionalidad de la injerencia. La autorización del CPLT de la revisión de los correos electrónicos solicitados ¿es un mecanismo adecuado para satisfacer la necesidad de información invocada por el Alcalde de Melipilla a fin de poder controlar el gasto público y permitir la rendición de cuentas por parte de autoridades? Tal como lo estipuló el Decreto 355, de 29 de marzo de 2010, por parte de las dos autoridades vinculadas a la materia: el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de Melipilla, ello es así. Asimismo, la solicitud abarca también los correos electrónicos del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla. Esta medida que afecta a un funcionario innominado pero existente, es igualmente idónea para conocer la ejecución del programa y el destino final de los recursos. Llama la atención que no se reivindique el derecho al respeto a la vida privada de este funcionario, debilitando así la argumentación de la requirente. Resulta indubitado que el acceso a los correos electrónicos mencionados es una medida idónea para obtener el resultado buscado;

32.- Que, en cuanto al **juicio de necesidad de la medida**, ¿hay otros medios alternativos para obtener la información sobre los recursos públicos pendientes para Melipilla? Tratándose de un asunto en donde las peticiones de recursos, la asignación de los mismos y las rendiciones de cuentas del Programa Manos a la Obra se realizaron mediante correos electrónicos, según quedó acreditado por el Informe Final de la Contraloría del 1° de marzo de 2011, el Alcalde de Melipilla opta por pedir el acceso a esos correos y, frente a la negativa, recurre ante el CPLT, conforme lo establece la Ley N° 20.285. Por

tanto, resulta cumplido el juicio de necesidad, puesto que ésa es la vía fijada por la ley para obtener la información, recordando que la propia autoridad validó la información mediante correos electrónicos para la aplicación del Programa Manos a la Obra;

33.- Que el juicio de proporcionalidad en un sentido estricto trata de identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada, test de daño, en relación con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida, test de interés público.

El test de proporcionalidad en sentido estricto se satisface por las siguientes razones:

a.- Porque la solicitud se refiere a un número definido de comunicaciones electrónicas, producidas entre el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de Melipilla; la petición no es indeterminada, sino específica. Está acotada en el tiempo, por la materia y por la cantidad de correos que guardan relación con al asunto. El requerimiento de información no se extiende a toda la correspondencia digital realizada entre el Subsecretario y la Gobernadora, sino sólo a la que tenga relevancia pública referida a los fondos del Programa Manos a la Obra en lo relativo a la reconstrucción en la Comuna de Melipilla. Para cumplir con lo requerido bastaba con que el Subsecretario hubiera hecho una selección de la información según ese criterio, siguiendo los principios de la divisibilidad y de máxima divulgación (artículo 11 de la Ley N° 20.285) y, en caso de disconformidad por parte del Alcalde de Melipilla, entonces éste podría haber recurrido ante el CPLT poniendo en marcha el procedimiento de reclamo establecido por la propia Ley 20.285;

b.- Porque el principio de divisibilidad tiene la virtud de generar una especie de óptimo paretiano que busca garantizar la máxima efectividad de los derechos y bienes jurídicos involucrados;

c.- Porque esta ponderación, siguiendo lo dispuesto en la Ley 20.285, excluye cualquier referencia al soporte o formato de la información solicitada, como son los correos electrónicos. Lo que interesa es la naturaleza de la información misma, no su formato. En un ejercicio de ponderación entre el derecho al respeto y protección de la vida privada, artículo 19 N° 4, frente al derecho a la información del artículo 19 N° 12 de la Constitución, no cabe apelar a una consideración abstracta en que siempre la primacía la tenga el resguardo de la privacidad. Tal posición, que acepta la tesis de la jerarquía entre derechos, se aleja de la determinación fáctica del caso concreto, siendo contraria a la naturaleza del recurso de inaplicabilidad y no es coherente con la jurisprudencia de esta Magistratura;

d.- Que la autorización mediante decreto supremo por parte del Ministerio del Interior para utilizar correos electrónicos en este programa público, exige un juicio de ponderación, puesto que, de asumir lo contrario, jamás podría existir una decisión pública adoptada por un correo electrónico que pudiera ser conocida, con lo cual se vulneraría la Constitución. Los acuerdos y contratos para la entrega de materiales a todas las municipalidades del país afectadas por el terremoto incorporaron, como procedimiento y como respaldo de una decisión pública, el uso de los correos electrónicos. ¿Por qué, entonces, una solicitud del Alcalde de Melipilla que intenta conocer sobre lo que aconteció con recursos que estima adeudados a su comuna, no puede recurrir a esa vía para indagar por qué no se le reembolsaron los gastos efectuados?;

34.- Que, a nuestro entender, la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido, consiste en diferenciar el tipo de información vertida en los correos electrónicos, toda vez que ellos pueden encerrar tanto información pública, como son los antecedentes solicitados en el asunto de fondo, en los términos del citado artículo 8° de la Constitución, cuanto noticias u opiniones de carácter meramente personal o pareceres y sugerencias para la aprobación de una resolución, que estarían cubiertos por el así denominado “privilegio deliberativo”, a que alude el literal b) del artículo 21 de la Ley N° 20.285;

35.- Que, puestas así las cosas, queda de manifiesto que lo relevante para decidir acerca de la publicidad o reserva de la información de que se trate, es su contenido, es decir, la naturaleza de los datos que ella comprende, y no el medio material que le sirve de soporte o formato, en este caso, un correo electrónico emanado de las cuentas institucionales de las autoridades concernidas;

36.- Que, por lo mismo, no toda información envuelta en un correo electrónico personal es necesariamente reservada o confidencial, como tampoco es forzosamente pública toda información transmitida desde una casilla de correos de una entidad pública. Este es también el parecer que ha primado en la legislación comparada y en las decisiones de los tribunales internacionales, como queda de manifiesto en los informes en derecho de Ignacio Covarrubias y José Manuel Díaz de Valdés, por una parte, y de Tomás Vial, por otra, acompañados a estos autos;

37.- Que, sumado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentenciado que el *“control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual se debe tener una mayor tolerancia y apertura a la crítica frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por las personas en ejercicio de dicho control democrático”*, agregando que *“tratándose de funcionarios públicos, de personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, de políticos y de instituciones estatales, se debe aplicar un umbral diferente de protección, el cual no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada”* (Caso Palamara vs. Chile, párrafos 83 y 84). Esta disidencia reafirma esta directriz, tratándose, como sucede en el caso *sub lite*, de información sobre gasto público en circunstancias especialísimas derivadas del terremoto del 27 de febrero del año 2010;

38.- Que, a mayor abundamiento, el artículo 5° de la Ley 20.285 contempla en sus incisos primero y segundo, este último impugnado en autos, la alternativa de que la información pública tenga como soporte un correo electrónico, lo cual, como hemos visto en el considerando 26, es reafirmado por otras disposiciones de la misma ley. Ya nos referimos a la congruencia entre este precepto y el texto constitucional, habida consideración del reconocimiento que esta Magistratura hizo del derecho de acceso a la información pública (STC 634-2007);

V.- Vulneración del contenido esencial del derecho al respeto a la vida privada.

39.- Que, finalmente, corresponde realizar el examen del respeto al contenido esencial del derecho, tal como lo exige la Constitución en su artículo 19 N° 26, en relación con el derecho de respeto y protección de la vida privada. La ley le encomienda al CPLT fiscalizar el cumplimiento de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, respetando las causales de reserva y secreto establecidas en la Constitución y en la ley, y debiendo guardar sigilo sobre los documentos, actuaciones y resoluciones que caigan dentro de esa categoría (artículo 35 de la Ley N° 20.285). La divulgación de secretos personales califica dentro de los actos prohibidos, implícitamente, a los consejeros y directamente al personal del CPLT;

40.- Que **los derechos son afectados en su esencia cuando se desnaturaliza su contenido constitucional, de tal manera que el derecho se vuelve irreconocible, o cuando se establecen límites de tal entidad que entran su ejercicio más allá de lo razonable y lo tornan irrealizable (STC Rol 43).** Para determinar cuándo concurre, concretamente, la vulneración al contenido esencial, esta Magistratura ha adoptado un procedimiento: *“la determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elementos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación (STC 792, c. 13);*

41.- Que, por otra parte, cabe tener presente que la Ley N° 20.285, en su artículo 21, N° 2, al ejemplificar la causal de reserva consistente en la afectación de los derechos de las personas, se refiere particularmente a “su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. La información solicitada por el Alcalde de Melipilla no cabe en ninguna de esas categorías. No se trata, en efecto, de datos sensibles ni siquiera de datos personales a la luz de las definiciones contenidas en el artículo 2° literales f) y g) de la Ley 19.628. No se refieren, respectivamente, a *“cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”*, ni menos *“a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”*;

42.- Que, por lo tanto, no puede en ningún caso entenderse que el respeto y la protección a la vida privada del requirente puedan verse amenazados por la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, reprochado en autos, en el proceso *sub lite*;

43.- Que, por todo lo razonado precedentemente, estos disidentes nos pronunciamos por el rechazo del presente requerimiento de inaplicabilidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2153-11-INA.

Se certifica que el Ministro señor Navarro concurrió al acuerdo, pero no firma por haber cesado en sus funciones.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.