



o.f.s.

Santiago, 30 de enero de 2014.

OFICIO N° 9.572

Remite sentencia.

**EXCELENTÍSIMO SEÑOR
PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS:**

Remito a V.E. copia autorizada de la sentencia definitiva dictada por esta Magistratura con fecha 29 de enero de 2014, en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, **ROL N° 2.379-12-INA** respecto al inciso segundo del artículo 5°, de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

Saluda atentamente a V.E.


MARISOL PEÑA TORRES
Presidenta




MARTA DE LA FUENTE OLGÚN
Secretaria

**A S. E.
EL PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS
DON EDMUNDO ELUCHANS URENDA
HONORABLE CÁMARA DE DIPUTADOS
EDIFICIO CONGRESO NACIONAL
AVDA. PEDRO MONTT S/N
VALPARAÍSO.-**



Santiago, veintinueve de enero de dos mil catorce.

VISTOS:

Con fecha 12 de diciembre de 2012, Rodrigo Ubilla Mackenney, por sí y en representación de la Subsecretaría del Interior, ha requerido a esta magistratura 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"*, por vulnerar en su aplicación lo dispuesto por los artículos 6°, 7°, 8° y 19 N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, de la Carta Fundamental.

La gestión invocada es la reclamación de ilegalidad seguida en contra del Consejo para la Transparencia, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 7369-2012, referida a una solicitud de acceso a información, por medio de la cual los diputados Patricio Hales, Adriana Muñoz, Felipe Harboe, María Antonieta Saa, Sergio Agulló, Carlos Abel Jarpa, Gabriel Asencio, Carlos Montes, José Miguel Ortíz, Cristina Girardi y el Senador don Alejandro Navarro requirieron a dicha Subsecretaría la entrega de copia de correos electrónicos, antecedentes y expedientes administrativos, relativos a la calificación de exonerados políticos de 1742 personas, tras haberse efectuado una denuncia pública de irregularidades en ello por parte del requirente.

Cabe señalar que a dicha solicitud de información se opusieron 33 personas en calidad de interesadas, todas calificadas como exoneradas.

La Subsecretaría del Interior accedió a la entrega de la información respecto de quienes fueron calificados como exonerados y no formularon oposición, denegando a su vez la entrega de los correos electrónicos





solicitados, fundándose en la garantía constitucional del artículo 19, numeral 5°, de la Carta Fundamental y, consecuentemente, en la causal del artículo 21, numeral 2°, de la Ley N° 20.285.

Atendido el costo de las copias a entregar, más de 4 millones de pesos, los solicitantes dedujeron un amparo de información ante el Consejo Para la Transparencia, solicitando que los antecedentes fueran proporcionados en formato digital, requiriendo además la entrega de los correos electrónicos involucrados en el proceso, denegados por la Subsecretaría, órgano que contestó reiterando lo resuelto. Finalmente, el Consejo Para la Transparencia acogió la solicitud de amparo de información.

Exponiendo argumentos constitucionales sustantivos similares a los ya conocidos por este Tribunal en casos anteriores, referidos al mismo precepto, y agregando abundantes citas de jurisprudencia comparada, la parte requirente estima que, de aplicarse la preceptiva impugnada, se vulneran diversas disposiciones constitucionales, al excederse el principio de publicidad, aplicándolo a correos electrónicos amparados por las garantías constitucionales de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, además de las garantías del debido proceso, la igualdad ante la ley y el contenido esencial de todas ellas, reconocidas expresamente en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, a las cuales se refiere en detalle,

Concluye que todo lo expuesto acarrea una violación frontal al principio de supremacía constitucional del artículo 6° de la norma suprema y al principio de competencia de su artículo 7°, al arrogarse el Consejo Para la Transparencia potestades que exceden las que el ordenamiento jurídico le ha conferido, extendiéndolas en decisiones anteriores a correos electrónicos que no son





información pública, pues no todo lo que obra en poder de la Administración puede ser público.

Expone que si bien la Ley N° 20.285 fue sometida a control de constitucionalidad, ello no puede amparar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales, agregando que ese pronunciamiento es diferente al que se emite en sede de inaplicabilidad, según se señaló en la misma sentencia de control preventivo Rol N° 1051.

Argumenta que el derecho de acceso a información no es absoluto, según se desprende del propio artículo 8° de la Constitución Política, pues 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 y, en este caso, por el privilegio deliberativo de la autoridad pública. Señala que las opiniones vertidas en mensajes son personales, limitadas y no necesariamente institucionales y que este medio no es una excepción a la garantía de resguardo de la privacidad, sobre todo si los derechos fundamentales solo pueden limitarse por ley y no por actos de la Administración.



Se refiere latamente a la necesidad de habilitación legal expresa para interceptar comunicaciones, que en la especie no concurre, y que si existiera no podría afectar el núcleo esencial del derecho, a lo que hay que sumar la razonable expectativa de privacidad que todo funcionario público ha depositado en sus correos electrónicos, de la cual se ven privados en un trato discriminatorio, sin debido proceso al no establecerse los medios de resguardo para defender su privacidad ni el contenido de sus correos y sin conocer previamente que sus correos pueden verse expuestos.

Con fecha 19 de diciembre de 2012, la Primera Sala de este Tribunal acogió a tramitación el requerimiento, confiriendo traslado para resolver acerca de la admisibilidad y ordenando la suspensión del procedimiento



en la gestión invocada.

Oídas las partes de la gestión invocada, se declaró la admisibilidad del requerimiento y se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

A fojas 412, el abogado Samuel Donoso Boassi, invocando la representación de los parlamentarios solicitantes de la información en cuestión, solicitó el rechazo del requerimiento. Señaló que no se vulnera el artículo 8° de la Carta Fundamental y que este Tribunal ha reconocido el derecho de acceso a información, emanado también del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política, reconocido además por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Expone que este derecho está por sobre la privacidad en que el requirente se escuda para pretender esconderse del escrutinio público.

Agrega que el derecho de acceso a información solamente tiene los límites y excepciones legales contempladas por el artículo 8° de la Constitución y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo lo cual se ve ratificado por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2000. Expone que si este caso es sometido a un ejercicio de ponderación el requerimiento debe ser rechazado. Además, señala que el funcionario dotado de potestades públicas se encuentra en posición de escrutinio preferente, que se traduce en un nivel de privacidad menor.

Señala que el derecho de acceso no distingue el origen de los documentos y que el Consejo Para la Transparencia ha dado estricto cumplimiento a sus funciones, en el marco de sus competencias, sin vulnerar derechos fundamentales del requirente, pues su vida privada no es un bien absoluto. Expone que la Ley N° 20.285 es lo suficientemente específica y que autoriza la



entrega de información contenida en correos electrónicos, por lo que la afectación a la intimidad del subsecretario no es ilegítima, en la medida que es necesaria para el debido escrutinio de sus funciones y para la garantía de los derechos de los administrados.

Finalmente, aclara que no es necesario expresar razón para ejercer el derecho de acceso a información, señalando que lo solicitado en el caso es muy concreto: los correos relativos a los casos de exonerados políticos, pues el Subsecretario ha formulado graves acusaciones políticas y judiciales en contra de parlamentarios electos por el pueblo, en una velada amenaza que pretende obtener mezquinas ventajas políticas, todo lo cual permite dar por acreditado el examen de razonabilidad del escrutinio de sus actos.

A circular stamp from the Tribunal Constitucional de Chile, specifically from the Secretaría. It features the same emblem as the header logo, with the words "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" and "CHILE" around the perimeter, and "SECRETARIA" at the bottom.

A fojas 507, el Consejo Para la Transparencia evacuó el traslado conferido, solicitando el rechazo del requerimiento. Da cuenta latamente de los antecedentes de la gestión invocada y del conflicto de constitucionalidad planteado y señala que lo cuestionado no es la constitucionalidad del precepto legal, sino la aplicación que de él hizo el Consejo en su decisión, todo lo cual constituye una cuestión de legalidad propia de los jueces del fondo, al referirse a revisión de lo resuelto por el Consejo, traduciéndose en el necesario rechazo del requerimiento.

Alega que el requerimiento no puede prosperar porque la norma legal impugnada se ajusta plenamente a la Carta Fundamental. Expone que la Constitución Política no se ve infringida en su aplicación a la gestión pendiente, ya que junto con establecer hipótesis de publicidad, reconoce que éstas reglas no son absolutas y quedan sujetas a las causales de reserva previstas por la propia Constitución y por el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 20.285, para indicar qué información es potencial y presumiblemente pública, y que al momento de resolver



puede declararse que está afecta a causales legales o constitucionales de reserva, por motivos de eficacia de funciones públicas, derechos de las personas, seguridad o interés nacional.

Agrega que si bien se acepta la formulación de requerimientos de inaplicabilidad respecto de fragmentos de una norma, la jurisprudencia de este Tribunal exige que constituyan una unidad lingüística autosuficiente, cosa que no ocurre en este caso, pues la parte impugnada conforma una unidad lógica con el resto del inciso en el que se encuentra y sólo dentro de dicha unidad puede ser considerado precepto legal, sin lo cual las funciones del juez constitucional y del juez del fondo se confunden, pasando la inaplicabilidad a ser una supercasación o un amparo, que no se condicen con nuestro sistema jurídico.

Explicitando que las infracciones a la Constitución denunciadas en el requerimiento son las mismas alegaciones formuladas en el reclamo de ilegalidad, concluye que lo impugnado es la decisión del Consejo y no el precepto legal, agregando que su interpretación y su correcta o incorrecta aplicación es un tema de la judicatura del fondo y no un conflicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que resolver el fondo del requerimiento llevaría a este Tribunal a ejercer las competencias que corresponden a la Corte de Apelaciones de Santiago.



Por otra parte, señala que el requerimiento no puede prosperar, ya que a la luz de este caso y de otras decisiones del Consejo, existen otras normas que llevarían a resolver de igual forma el acceso a la información, citando al respecto el artículo 11, letras c) y d) de la Ley N° 20.285, relativos a los principios de apertura y máxima divulgación, su artículo 5° inciso 1°, la parte no impugnada de su inciso segundo, el artículo 5° de la Constitución Política y el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



En el capítulo siguiente señala que la aplicación del precepto impugnado no infringe el artículo 8° del Código Político, sino que, por el contrario, es un lícito desarrollo legal de su contenido, pues sólo entendiendo el derecho fundamental de acceso a la información en forma amplia es posible satisfacer su verdadero sentido y alcance, a partir del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación al derecho de buscar y difundir informaciones de toda índole, contemplado por el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica, en especial referencia al caso Claude Reyes y Otros con Chile, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en plena concordancia con lo razonado en el fallo Rol N° 1800 de esta Magistratura, que cita al efecto. Señala que este derecho también ha sido reconocido de manera amplia por la Corte Suprema, ligado además a la libertad de opinión y al derecho de petición.



Agrega que la Corte de Apelaciones de Santiago ha conceptualizado el derecho de acceso a la información como una garantía de posición preferente respecto de los otros derechos fundamentales, pues no solamente es un valor en sí mismo, sino que constituye además un elemento esencial para el ejercicio de otros derechos.

Argumenta en el mismo sentido invocando la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del año 2000, que proclama el derecho fundamental a acceder a la información en poder del Estado, limitable sólo de manera excepcional y por causales preestablecidas por ley, a lo cual la Relatoría para la libertad de expresión de dicha comisión ha agregado que esos motivos deben obedecer a objetivos legítimos, en condiciones de necesidad y proporcionalidad.

Concluye que el presente caso debe ser enfrentado como un conflicto entre derechos fundamentales, lo que lleva a concluir que la esfera de privacidad del



funcionario público es menor que la de un particular, y que los correos electrónicos institucionales enviados entre funcionarios públicos, con motivo del ejercicio de su función, deben encontrarse a disposición de los ciudadanos para un adecuado control social, pues no dicen relación con la vida privada.

Por otra parte, señala que el Consejo no estima que por la ubicación del artículo 8° en la Constitución Política el derecho de acceso a la información tenga una supremacía sobre las demás garantías, pues en tanto derecho fundamental se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19, numeral 12°, de la Carta Fundamental y no en su artículo 8°.

En el capítulo siguiente se refiere a la ampliación del objeto del derecho de acceso a la información, realizada por el legislador en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en relación al texto del artículo 8° de la Constitución, que califica como plenamente constitucional, pues se funda en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, en relación con el artículo 13.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, reiterando que se relaciona además con el artículo 19, numeral 12°, de la Constitución Política.

Agrega que en el control de constitucionalidad preventivo de la Ley N° 20.285, sentencia Rol N° 1051, este Tribunal consideró que el artículo 5° no era una norma interpretativa de la Constitución, sino una simple regla de desarrollo legislativo de contenido constitucional.

En otra línea argumental, sostiene que si se entendiera que la publicidad se predica sólo de aquello que señala literalmente el artículo 8° de la Constitución, la normativa chilena sobre acceso a la información sería una de las más restrictivas, en términos comparados, pues se establecería sólo para



"actos y resoluciones", mas no para información o documentos. En el mismo orden, señala que la Administración ha realizado actos propios que demuestran que ha entendido de forma amplia lo dispuesto por el artículo 8° de la Constitución Política.

A continuación sostiene que el "privilegio deliberativo" no se consagra en la Constitución de la forma pretendida por el actor, a partir del inciso segundo de su artículo 8° posteriormente reforzado por en la Ley N° 20.285, por su artículo 21, N° 1, letra c), pues corresponde a la letra b) de dicha norma y lo que hizo el legislador fue desarrollar un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido no se estableció en la Carta Fundamental, de todo cual desprende la existencia de un conflicto de mera legalidad.



Argumenta que la amplia difusión de los medios electrónicos hace que una tesis como la sostenida por el recurrente debilite en forma seria el alcance de la Ley de Transparencia, ya que el precepto impugnado es el que permite dar igual tratamiento al soporte de papel y al de correo electrónico, que ya es reconocido en el año 2002 por la Ley N° 19.799, agregando que en Estado Chileno existe un "Plan Estratégico Gobierno Electrónico", que opera en soporte virtual, además de otras normas que incentivan el uso del correo electrónicos en la Ley N° 19.880 y en cuerpos infralegales que cita al efecto, agregando además que en gran medida los correos entre funcionarios públicos han reemplazado en gran parte a los documentos de papel, siendo así públicos por regla general.

Sostiene que en la medida que los correos electrónicos constituyan fundamento o sustento de un acto o resolución de un órgano de la Administración del Estado, poseen, en principio, la calidad de Información pública. Sin embargo, de acogerse el requerimiento, de no admitirse el acceso a estos correos sería imposible

verificar cuáles deben revelarse y cuales deber protegerse.

Señala expresamente que no ha afirmado que todo lo que obre en poder de la Administración sea público, sino que sólo tiene tal carácter aquello que siendo potencialmente público supera el examen de ponderación de las causales de secreto o reserva, concluyendo que no existe infracción alguna a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

A circular stamp is located on the left side of the page, overlapping the text. It contains the words "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" and "SECRETARIA" around a central emblem.

A continuación sintetiza la jurisprudencia de este Tribunal acerca del derecho a la protección de la vida privada y sus límites, fundados en bienes jurídicos superiores, con finalidad fundada y razonable, reiterando que no se ha solicitado nada que tenga que ver con la vida privada, sino que información autogenerada en ejercicio de potestades públicas, agregando que Los mensajes enviados y recibidos a través de los correos electrónicos institucionales son, al tenor de los artículos 2°, letra d), y 3°, inciso 1°, de la Ley N° 19.799, del año 2002, documentos electrónicos que equivalen funcionalmente a los escritos en soporte de papel, lo que refuerza el artículo 10 de la Ley de Transparencia y el artículo 3°, letra e), de su Reglamento, al extender el derecho de acceso a las informaciones contenidas en cualquier soporte, más aún si en el caso concreto la calificación de "exonerado político" nada tiene que ver con la vida privada del Subsecretario del Interior.

Posteriormente, se refiere en detalle al derecho comparado, para concluir que respalda el acceso a correos electrónicos relativos al ejercicio de funciones públicas sin entender que con ello se vulnere la inviolabilidad de las comunicaciones, en referencia a casos de Estados Unidos, Inglaterra, México y Canadá.

En cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones, especifica que la Constitución protege en tal carácter

sólo a las de naturaleza privada, mas no a las de naturaleza pública, como a las de este caso, que por ser tales no son objeto de interceptación ni apertura, y que sostener lo contrario llevaría a sostener que oficios y comunicaciones en papel podrían ser erradamente calificadas secretas, en condiciones que en principio son públicas, a menos que concurra una causal de reserva.

Señala posteriormente que la Ley N° 20.285 es lo suficientemente específica y determinada para autorizar la entrega de la información requerida, para posteriormente dar cuenta del iter procesal de los amparos de información y los reclamos de ilegalidad, recalcando que no existe interceptación de comunicaciones ni de mensajes. Se refiere latamente al derecho de oposición y a la ponderación de intereses de terceros, dando cuenta de que solicitados los datos de los funcionarios involucrados para comunicarlos sobre el tema, la Subsecretaría se negó a entregarlos, señalando que ello estaba fuera de las atribuciones del Consejo.

Concluye que la invocación del privilegio deliberativo pone en evidencia que el requerimiento se refiere a temas diversos de la intimidad, pues la reserva de la deliberación se refiere a la eficacia del servicio como causal de secreto y por su parte la intimidad es expresión de los derechos de las personas, de lo cual la lectura del requerimiento deja en claro que el tema de fondo no es la intimidad.

En el capítulo siguiente expresa que no se vulnera el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues el procedimiento establecido en la Ley N° 20.285 contempla todas las garantías del debido proceso y que es la Subsecretaría la que lo ha vulnerado, al erigirse como agente oficioso en invocaciones de los derechos del Subsecretario, negándose incluso a dar las direcciones de correo electrónico de los funcionarios que intercambiaron comunicaciones con él y sin permitirles manifestar



voluntad respecto del acceso a los correos.

Afirma que no hay vulneración a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, toda vez que la diferencia de trato entre los privados y los funcionarios públicos tiene un motivo razonable, basada en la esfera de privacidad más reducida de estos últimos.

Consecuencialmente, se descarta la vulneración de la garantía del contenido esencial de los derechos, y solicita el rechazo del requerimiento.

Concluida la tramitación de la causa, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 11 de julio de 2013 se verificó la vista de la causa, alegando, por la parte requirente el abogado señor Cristián Gandarillas Serani, y por el Consejo Para la Transparencia el abogado señor Jorge Correa Sutil.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACION.

PRIMERO: Que en el marco de un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría del Interior en contra del Consejo para la Transparencia, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se impugna la decisión de dicho organismo que ordenó entregar información a los solicitantes contenida en correos electrónicos, dicho Subsecretario ha deducido un recurso de inaplicabilidad en contra del inciso segundo del artículo 5°, de la Ley N° 20.285;

SEGUNDO: Que el origen de la gestión pendiente radica en que en enero del 2012, un grupo de parlamentarios solicitó que se les entregara copia de cada una de las carpetas correspondientes a 1742 casos de exonerados políticos, que habían sido calificados por el Subsecretario del Interior con irregularidades evidentes. También solicitaron copia de los antecedentes e informes que sirvieron de base para la calificación de la calidad



de exonerado político. Y, finalmente, "copia de todos los correos electrónicos enviados o recibidos a través de computadores inventariados por su servicio, o cuya distribución se haya verificado a través de servidores públicos, que en su calidad de Subsecretario del Interior haya intercambiado con personal o funcionarios contratados a cualquier título de su repartición ministerial o de cualquier otra repartición". El origen de la petición tuvo su fuente en declaraciones formuladas por el Subsecretario del Interior en la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de investigar posibles irregularidades en el proceso de otorgamiento de beneficios previsionales de los exonerados políticos. En dicha Comisión el Subsecretario señaló "que hasta ese momento se habían revisado 9.704 carpetas, que equivalen al 19,4% del total que le ha puesto como meta la Comisión, que son 50.000. De las 5.704, adicionales a las 4.000 ya revisadas, el resultado arroja que existen 1.742 casos con irregularidades. De ellos, 1.095 contienen certificados de autoridades políticas, la mayoría de ellas parlamentarios. Por el contrario, de los 3.962 casos sin irregularidades evidentes, sólo hay 130 que contienen certificados de autoridades, lo que permite establecer, a su juicio, que existe una fuerte correlación entre la presencia de certificados de autoridades políticas, con expedientes que presentan irregularidades" (pág. 12-13, Informe de la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados encargada de investigar posibles irregularidades en el proceso de otorgamiento de beneficios previsionales de los exonerados políticos).



Por oficio N° 3200, de 16 de febrero del 2012, la Subsecretaría dio respuesta a la solicitud de acceso. Por una parte, solicitó que se consignaran fondos para las fotocopias respectivas de la documentación solicitada. Por la otra, negó acceso a los correos electrónicos.

Los diputados solicitantes de la información dedujeron reclamo de amparo ante el Consejo para la Transparencia. Este, por rol C333-12, de 07 de marzo de 2012, obligó a entregar copia de los correos electrónicos, tarjando aquellos antecedentes acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor, que puedan contener, o de terceros distintos a los beneficiarios sobre cuyos antecedentes versa la presente reclamación. La decisión fue tomada por voto dirimente del Presidente del Consejo, dado que dos consejeros estuvieron por acoger el amparo y dos por rechazarlo.

Contra esa decisión, el Subsecretario Ubilla presentó un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Es este reclamo el que constituye la gestión pendiente del presente recurso de inaplicabilidad;

TERCERO: Que el precepto impugnado -el inciso segundo del artículo 5º, de la Ley N° 20.285-, establece lo siguiente:

"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.";

CUARTO: Que los argumentos esgrimidos por el Subsecretario para cuestionar dicho precepto, son los siguientes. En primer lugar, se sostiene que se infringe el artículo 8º de la Constitución. A su juicio, los correos que se solicitan no están en ninguna de las categorías de dicho precepto. No son acto, resolución ni fundamento. No constan en ningún expediente. Agrega que no todo lo que obra en poder de la administración puede ser considerada información pública. La entrega de los correos, además, afecta el privilegio deliberativo de la autoridad, porque obliga a una divulgación prematura de



información. En segundo lugar, se sostiene que se vulneran los artículos 6° y 7° de la Constitución, toda vez que el Consejo para la Transparencia no tiene atribuciones para decidir qué correos son información pública. En tercer lugar, se sostiene que se vulnera el artículo 19 N° 3°, pues no hay un procedimiento adecuado que permita distinguir entre los distintos tipos de correo (entre los públicos y los privados). No hay un procedimiento seguro de apertura. En cuarto lugar, se afirma que se vulnera la igualdad ante la ley, toda vez que se priva a funcionarios del derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Finalmente, se sostiene que se vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, toda vez que los correos electrónicos son una comunicación inviolable, no destinada a dominio público, independientemente del contenido de la información que contengan. El correo electrónico de un funcionario no se transforma en público por usar un servidor institucional. El hecho que no exista un procedimiento seguro de apertura permite una razonable expectativa de privacidad;



II. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

QUINTO: Que el Consejo para la Transparencia renovó en estrados tres argumentos para declarar la improcedencia del presente recurso. Los mismos hizo valer en la STC 2246/2013, los que también fueron rechazados.

El primero de estos argumentos consiste en que la norma no puede ser inconstitucional toda vez que tiene una cláusula de salvaguardia, al establecer que la información es pública "*a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas*". Por lo mismo, el precepto da una salida, a nivel legal, en el marco del artículo 21 de la Ley N° 20.285, que es el que desarrolla las causales para negar la entrega de la información solicitada. En tal sentido, se sostiene, el precepto nunca podrá ser inconstitucional;

SEXTO: Que, al respecto cabe señalar, por de pronto, y tal como se dijo en la STC 2246/2013, que una cosa es que el Consejo para la Transparencia reconozca como lícita una interpretación del artículo impugnado, que permita dejar a salvo los artículos 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución, pero otra cosa es cuestionar la constitucionalidad de parte del artículo 5° de la misma ley. Hay de por medio una aplicación de normas distintas y un conflicto diferente. En efecto, el conflicto planteado en estos autos no puede ser resuelto por una mera interpretación legal, pues se alega que los correos electrónicos que se ordenaron entregar, son comunicaciones privadas. Y, también, que el precepto impugnado excede y contraviene la Carta Fundamental. Ambos asuntos no están en el ámbito de la legalidad, pues son vicios de constitucionalidad. No se alega en el presente requerimiento si estamos o no frente a la configuración de una causal de reserva de las que lista el artículo 19 de la Ley N° 20.285;



SÉPTIMO: Que, enseguida, tal como se dijo en la STC 2246/2013, si hay una interpretación de la ley que se estime inaplicable por ser inconstitucional, esta Magistratura debe eliminarla, aunque sea una posibilidad de aplicación y ello exija proyectar, con cierta base, su posible aplicación. El recurso de inaplicabilidad está diseñado 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, antes de que se dicte sentencia. Por lo mismo, detectada y fundada la contradicción con la Constitución, debe ser marginada de dicho ámbito por este Tribunal, para que esa interpretación no se aplique y resulte violatoria de la Carta Fundamental.

La inaplicabilidad no exige, como en la acción de inconstitucionalidad, que el precepto sea inconstitucional a todo evento y en toda circunstancia

(STC 558/2006, 1710/2010). Basta que haya una interpretación inconciliable con la Carta Fundamental para que esta Magistratura tenga habilitada su competencia para acoger dicha inaplicabilidad. La Constitución sólo exige que el precepto resulte contrario a la Constitución. No demanda una inconstitucionalidad absoluta. Exige una aplicación contraria a la Carta Fundamental. No es de última ratio, como la inconstitucionalidad (STC 558/2006, 1710/2010).

A circular stamp is located on the left side of the page, overlapping the text. It contains the words "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" and "SECRETARIA" around a central emblem.

El Tribunal, por lo demás, debe apreciar cómo elabora su decisión, para darle eficacia a la misma, y que no sea una resolución inútil. Por eso, si bien en algunas oportunidades esta Magistratura se ha conformado con excluir un sentido interpretativo por ser contrario a la Constitución (STC 736/2007, 806/2007 y 815/2008) y en otros ha confiado en la interpretación que le den los jueces del fondo (STC 1340/2009), en sentencias sobre el mismo precepto impugnado (STC 2153/2012 y 2246/2013) en atención a que ha considerado que la inaplicabilidad es la mejor manera de dar eficacia plena a su decisión;

OCTAVO: Que el segundo argumento de improcedencia del Consejo, es que mediante la presente inaplicabilidad se busca impugnar una decisión del mismo Consejo.

No compartimos lo anterior. Aquí no vamos a validar o anular la decisión del Consejo para la Transparencia. No vamos a decidir si se da o no una determinada causal de secreto. No nos vamos a pronunciar sobre si el Consejo actúa o no dentro de sus facultades. No vamos a ponderar hechos ni pruebas. No vamos a evaluar si hay alguna razón que justifique el acceso a los correos solicitados. Todos esos aspectos son materia de examen a propósito de los vicios de legalidad. Lo que vamos a decidir es si un precepto legal se ajusta o no a la Constitución. Vamos a examinar la compatibilidad de un precepto legal específico con la Constitución en un caso concreto (STC 2246/2013);

NOVENO: Que el tercer argumento de improcedencia del Consejo, consiste en sostener que hay otros preceptos que establecen la misma regla de la norma impugnada (artículo 5°, inciso primero, artículo 11 letra c) y d).

Al respecto, cabe señalar que no se discute que el precepto cuestionado fue invocado como fundamento de la decisión. Se dice que hay otros que también justifican dicha resolución. No obstante, para esta Magistratura basta que el precepto legal haya sido invocado en la decisión cuestionada en la gestión pendiente. Eso hace que el precepto se vuelva decisivo en ella, sobre todo si la gestión pendiente es un examen jurisdiccional de esas razones (STC 2246/2013);



III. LOS PRECEDENTES.

DÉCIMO: Que otro aspecto relevante de considerar antes de entrar al fondo del asunto, son los precedentes de esta Magistratura en materia de correos electrónicos;

UNDÉCIMO: Que este Tribunal tiene dos sentencias específicas en la materia. Por una parte, la STC 2153/2012, relativa a los correos del Subsecretario del Interior con la Gobernación Provincial de Melipilla, relativos a los gastos para la reconstrucción derivada del terremoto del 27 de febrero de 2010. Ahí se sostuvo tres cosas que aquí interesan. Por de pronto, que los correos electrónicos eran comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19 N° 5 de la Constitución. También, que dichas comunicaciones estaban protegidas por el privilegio deliberativo. Enseguida, que el inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, excedía lo establecido en el artículo 8° de la Constitución, porque obligaba a revelar más de lo que dicho precepto disponía;

DUODÉCIMO: Que, por la otra, este Tribunal dictó la STC 2246/2013 relativa a correos electrónicos de un Ministro de Estado sobre anteproyecto de ley, donde reiteró la doctrina anterior, y agrega que los Ministros de Estado tienen, en materia de anteproyectos de ley, un

privilegio deliberativo reforzado;

DECIMOTERCERO: Que este Tribunal, por lo mismo, tiene una doctrina en la materia. Ello obliga a quien quiera dar argumentos para cambiarlos, hacerse cargo de los planteamientos del Tribunal. Por lo mismo, la carga argumentativa debe ser profunda, persuasiva e innovativa, porque se trata de desafiar una argumentación consolidada, y no meramente discrepar de ella o formular críticas respecto de su formulación;

IV. PUNTUALIZACIONES.

DECIMOCUARTO: Que continuando con nuestro razonamiento, es necesario realizar una serie de puntualizaciones destinadas a facilitar la comprensión del contexto en que se insertan los correos;

1. Se pidieron datos vinculados a procedimientos administrativos terminados.

DECIMOQUINTO: Que, antes de avanzar más en el presente requerimiento, es necesario explicar brevemente el Programa de reconocimiento al Exonerado Político, toda vez que en relación a ellos se solicitaron los correos electrónicos;

DECIMOSEXTO: Que en el año 1993, se dictó la Ley N° 19.234, que estableció una serie de beneficios previsionales para personas exoneradas por motivos políticos del aparato público, durante el lapso comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. Dichos beneficios consisten en una jubilación por expiración obligada de funciones, en una indemnización de desahucio, en una pensión no contributiva, en un abono de tiempo para poder jubilar. Esta ley tuvo distintas modificaciones (Leyes N°s 19.350, 19.582, 19.881, 20.134);

DECIMOSÉPTIMO: Que para obtener el beneficio, la Ley N° 19.234, estableció un procedimiento administrativo. La primera etapa, consistía en que los ex funcionarios debían presentar una solicitud al Presidente de la



República por intermedio del Ministerio del Interior (artículo 3° y 7°, Ley N° 19.234). La segunda etapa, tenía lugar en el Ministerio del Interior, en que se calificaba la condición de exonerado, y los beneficios que correspondían. Dicho Ministerio actuaba asesorado por la Comisión de Pensiones de Gracia de la Ley N° 18.056 (artículo 10 y 11, Ley N° 19.234). La tercera etapa tenía lugar el antiguo Instituto de Normalización Previsional, a quien le correspondía registrar los abonos y efectuar las reliquidaciones (artículo 10, Ley N° 19.234). Finalmente, se debía dictar un decreto en que se estableciera la calificación y los beneficios.

The logo of the Tribunal Constitucional de Chile is circular. It features a central emblem with a star and a cross, surrounded by the words "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" and "CHILE".

A contar del año 2003, por efecto de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, dicho procedimiento debía llevarse en un expediente (artículo 18), debiendo todo antecedente relativo a ellos debía incorporarse a él (artículo 10 y 17); y los interesados tenían acceso a este expediente (artículo 17);

DECIMOCTAVO: Que, además, los decretos respectivos con los cuales se concluía el procedimiento, los firmaba originalmente el Ministro del Interior, previa delegación de firma del Presidente de la República (D.S. N° 654/1994, Interior). Con posterioridad, mediante D.S. N° 725/1995, Interior, se delegó la firma en el Subsecretario del Interior;

DECIMONOVENO: Que para llevar a cabo esta tarea, se creó en la Ley de Presupuestos del año 1993 el Programa de Reconocimiento al Exonerado Político, inserto en la Subsecretaría del Interior. En la actualidad, dicha entidad se denomina "Oficina de Exonerados Políticos del Ministerio del Interior", que sigue siendo la encargada de la gestión administrativa de los postulantes a los beneficios. Ello no fue controvertido;

VIGÉSIMO: Que, finalmente, cabe señalar que en estrados se sostuvo por el abogado del Ministerio del Interior, que los correos solicitados se refieren a

procedimientos administrativos terminados. Es decir, que tienen resolución definitiva, positiva o negativa, respecto de la condición de exonerados y sus beneficios;

2. Los peticionarios son parlamentarios.

VIGÉSIMOPRIMERO: Que la segunda puntualización relevante de hacerse en este caso, es que los peticionarios son diputados. Su petición se hizo a consecuencia de declaraciones hechas por el Subsecretario en el marco de una Comisión Investigadora, sobre certificados otorgados por parlamentarios a peticionarios en el procedimiento de calificación de exonerados. No obstante que la Constitución les permite solicitar determinados antecedentes al Gobierno (artículo 52, N° 1) letra a)) y la Ley Orgánica Constitucional del Congreso les permite solicitar informes y antecedentes específicos a los órganos de la administración (artículo 9°, Ley N° 18.918), los parlamentarios decidieron recurrir al procedimiento que contempla la Ley N°20.285, sin que eso obste o clausure el empleo de sus prerrogativas, como parlamentarios;



3. Existen instancias de control que operaron o están en curso de hacerlo.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que la tercera puntualización es que las presuntas irregularidades en la calificación de los exonerados, ha motivado la existencia de un informe de auditoría de la Contraloría, de 09.05.2013, y existen procesos penales en curso, tanto en la nueva como en la antigua justicia penal. Además, hubo una Comisión Investigadora en la H. Cámara de Diputados. Operaron, por tanto, distintos mecanismos de control institucionales.

V. CRITERIOS DE INTERPRETACION.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, por otra parte, es necesario enunciar los criterios interpretativos que orientarán nuestra decisión;

1. Funcionarios tienen derecho.

VIGÉSIMOCUARTO: Que el primerio de estos

criterios, es que 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) y en relación a los correos electrónicos en particular (STC 2153/2012; 2246/2013);

2. Sólo ciertos aspectos de las actuaciones de los órganos de la Administración son públicos.

VIGÉSIMOQUINTO: Que, en segundo lugar, 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; 2153/2012; 2246/2013);

3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.

VIGÉSIMOSEXTO: Que el tercer criterio interpretativo, es que para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia una

firma electrónica. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley N° 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico (STC 2153/2012, 2246/2013);

4. La inserción de la publicidad de los actos en nuestro sistema.

VIGÉSIMOSÉPTIMO: Que, finalmente, 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, de las atribuciones de la Cámara de Diputados, 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;

VI. EL PRECEPTO IMPUGNADO VULNERA EL 19 N° 5 DE LA CONSTITUCIÓN.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que ahora estamos en condiciones de hacernos cargo de las objeciones formuladas en el requerimiento. El primero de estos reproches, es que la entrega de los correos electrónicos solicitados por los parlamentarios, fundado en lo que establece el artículo 5° inciso segundo de la Ley N° 20.285, vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución;

VIGÉSIMONOVENO: Que consideramos que existen dos razones para acoger dicho planteamiento. La primera, es que los correos son, efectivamente, una comunicación privada.

Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación



con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban. 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. Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público. 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. 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 lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC 2246/2012, 2153/2013).



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 (STC 2246/2012, 2153/2013);

TRIGÉSIMO: 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 abrirllos. 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 (STC 2246/2012, 2153/2013);

A circular stamp is located on the left side of the text block. It contains the text "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" around the top and "SECRETARIA" around the bottom, with a central emblem.

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. 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. 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.

La regla general, entonces, es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas (STC 2246/2012, 2153/2013);

TRIGÉSIMOSEGUNDO: Que la segunda razón por la cual consideramos que el precepto impugnado vulnera el 19 N° 5 de la Constitución, es que la Ley N° 20.285 no se ajusta a los estándares que la Constitución establece para acceder a las comunicaciones privadas.

El Consejo para la Transparencia sostiene 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 razones ya señaladas en las STC 2246/2012 y 2153/2013;

TRIGÉSIMOTERCERO: Que, en síntesis, estas razones son, primer lugar, que 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°;

TRIGÉSIMOCUARTO: Que, por tanto, existen argumentos suficientes para acoger el primer reproche de inconstitucionalidad presentado en el requerimiento;

VII. EL PRECEPTO IMPUGNADO EXCEDE O CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 8° DE LA CONSTITUCIÓN.

TRIGÉSIMOQUINTO: Que la segunda objeción que se formula respecto del precepto impugnado, es que los

correos electrónicos solicitados no son actos o resoluciones ni fundamentos de las mismas. Tampoco constan en ningún expediente. Por lo mismo, no pueden ser considerados información susceptible de ser entregada en el marco de la Ley N° 20.285;

TRIGÉSIMOSEXTO: Que al respecto cabe señalar que, tal como lo hemos sostenido en las STC 2246/2012 y 2153/2013, 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);

TRIGÉSIMOSÉPTIMO: Que, el precepto impugnado se enmarca dentro de esta tendencia de la ley, toda vez que obliga a entregar "*la información elaborada con presupuesto público*" y también "*toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración*".

Como se observa, el precepto impugnado amplía lo que se puede acceder, vía Ley N° 20.285, 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;

TRIGÉSIMOCTAVO: Que, en contraste, 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;

TRIGÉSIMONOVENO: Que, tal como se indicó en las STC 2246/2012 y 2153/2013, la pregunta que nos debemos formular es si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley N° 20.285. Porque 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);

CUADRAGÉSIMO: 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 ...*";

CUADRAGÉSIMOPRIMERO: Que los correos electrónicos solicitados no se enmarcan dentro de la expresión acto o resolución.



En efecto, de acuerdo al reglamento de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13, 2009, Minseggpres) para 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);

CUADRAGÉSIMOSEGUNDO: Que los correos solicitados no se enmarcan en ninguna de las dos hipótesis, toda vez que los procedimientos administrativos a que eventualmente podrían referirse, estaban concluidos cuando pudieron emitirse;

CUADRAGÉSIMOTERCERO: Que, por otra parte, 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).

Sin embargo, en este caso, los procedimientos administrativos ya estaban afinados cuando pudieron emitirse los correos solicitados. Por lo mismo, no formaron parte de ningún expediente.

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 los expedientes relativos a los exonerados;



CUADRAGÉSIMOCUARTO: Que en el alegato del Consejo para la Transparencia se insinúa que en los correos está todo lo que explica la decisión de la administración. Al respecto, cabe considerar, por una parte, como ya se indicó, que no se controvirtió en estrados que los correos se emitieron en una fecha posterior a la conclusión de los procedimientos administrativos respectivos y que dichos expedientes fueron auditados por la Contraloría. Por la otra, que existe una obligación legal de incorporar al expediente toda actuación, documento o resolución que emita la autoridad en relación a la decisión que debe adoptar (artículo 13 inciso segundo, 17 letras a) y f), 18 inciso tercero, Ley N° 19.880). Por lo mismo, no es discrecional para la autoridad incorporar o no ciertos antecedentes. Si no lo hace, debiendo hacerlo, comete una ilegalidad. Lo mismo sucede si la autoridad decide sin considerar todos los antecedentes pertinentes que obren en el expediente;

CUADRAGÉSIMOQUINTO: Que ante esta Magistratura, no se hizo llegar ningún antecedente concreto relativo a los correos. Por lo mismo, es especulativo pensar que tienen un interés público, que son la base de un "escándalo", como se sostuvo en estrados;

CUADRAGÉSIMOSEXTO: Que, por otra parte, el Consejo para la Transparencia sostuvo en estrados, que no puede considerarse que el precepto impugnado viole el artículo 8°, porque lo que hace es desarrollar y extender el goce del derecho de acceso.

Sin embargo, no podemos compartir lo anterior. En primer lugar, porque el artículo 8° establece el principio de publicidad limitado a los derechos de las personas. Por lo mismo, si la Constitución define un ámbito competencial determinado para la publicidad, es para evitar el roce o el conflicto con derechos de las personas. En segundo lugar, porque tal como lo ha



A circular stamp of the Tribunal Constitucional is located on the left margin. It contains the text "TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" around the top and "SECRETARÍA" around the bottom, with a central emblem.

sostenido esta Magistratura, hay antecedentes claros en la historia fidedigna del artículo 8°, que apuntan a que son sólo esos tres aspectos, y sólo eso, lo que es susceptible de obtenerse vía acceso a la información ("actos y resoluciones", "sus fundamentos" y "los procedimientos que utilicen"). En tercer lugar, en la tesis del Consejo, habrían dos fuentes para la legitimidad de la reserva legal: lo que la Constitución establezca expresamente y todo aquello que desarrolle y extienda el goce de los derechos. Esta doctrina, así formulada, no puede ser compartida por esta Magistratura. Por de pronto, porque el artículo 8° convoca a una ley de quórum calificado para definir la causal de secreto o reserva. Estas leyes, al igual que las orgánicas constitucionales, por definición son excepcionales y tienen un ámbito que abordar estricto, que no puede ser exorbitado. Además, el legislador, en este tipo de disposiciones, no es libre, porque debe abordar las materias propias de ley, y sólo esas, sin que pueda excederse en esta materia. Finalmente, porque en esta tesis se desliza nuevamente, pero con otra formulación, una subordinación de los derechos en aras de la publicidad, ya rechazada por esta Magistratura (STC 1990/2012). Es la publicidad de los actos de la Administración la que está estructuralmente limitada por los derechos de las personas (STC 1990/2012, 2153/2012, 2246/2013);

CUADRAGÉSIMOSÉPTIMO: Que, en consecuencia, el artículo 5° inciso segundo de la ley N° 20.285, excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución.

Y TENIENDO PRESENTE, además, lo dispuesto en e los artículos 6°, 7°, 8° y 19 N° 5 de la Constitución Política de la República y de las normas pertinentes de la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

- 1) QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO.
- 2) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 381.
- 3) QUE NO SE CONDENA EN COSTAS AL REQUIRENTE, POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA DEDUCIR SU ACCIÓN.



El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que: (i) concurre a acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto de la parte impugnada del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285; (ii) comparte lo expresado en los apartados I al IV del voto por acoger; y (iii) considera que el precepto legal impugnado, en el marco de la gestión pendiente, sólo vulnera el artículo 8° de la Constitución Política de la República, en virtud de las argumentaciones siguientes:

I.- EL PRECEPTO IMPUGNADO NO VULNERA EL ARTÍCULO 19 N° 5° DE LA CONSTITUCIÓN

1°. Que, desde el punto de vista constitucional (artículo 8° y artículo 19 N° 5°), lo público y lo comunicado privadamente no responden a una relación binaria en que lo que no es público necesariamente corresponderá a una comunicación privada. Para quien suscribe esta prevención, el carácter público de un documento, en los términos del artículo 8° de la Constitución, depende del contenido de la información. Por el contrario, el carácter privado de una comunicación, en atención al artículo 19 N° 5° de la Norma Fundamental depende del continente o forma en que

la información es notificada o transmitida. Por lo tanto, puede existir una comunicación privada, como, por ejemplo, la transmisión de información vía correos electrónicos (continente), que al mismo tiempo constituya información pública en cuanto a su acceso (contenido);

2°. Que los funcionarios públicos, al igual que los particulares, sí gozan del derecho establecido en el artículo 19 N° 5° de la Constitución, aunque pueden existir excepciones de carácter legal que permitan la interceptación, registro o apertura de comunicaciones privadas, las cuales pueden no afectar por igual a unos y otros, según el caso. En tal sentido, el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, en conjunto con el resto de las disposiciones pertinentes de ésta, posibilita la apertura o registro de comunicación que puede ser privada con el fin de que el órgano público identifique aquella información que es, en principio, pública y, por ende, que puede ser objeto de solicitudes de acceso de acuerdo a los procedimientos y reglas establecidos en la mencionada ley y a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, en las que cabe considerar, también, las excepciones establecidas;

3°. Que, en otras palabras, sí es posible que por ley, de acuerdo al propio artículo 19 N° 5° de la Constitución, una comunicación privada pueda ser interceptada, abierta o registrada. No se trata de un derecho constitucional de carácter absoluto. En este caso, y aun suponiéndose que los correos electrónicos tengan características externas de comunicación privada, cuando este tipo de comunicación se encuentra en poder de los órganos del Estado es legalmente posible que puedan registrarse. Lo anterior es factible en virtud del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285 y el resto de las disposiciones pertinentes de dicha ley, las cuales tienen un nivel de especificidad suficiente para tal fin. Así, pues, es posible concluir que la norma



impugnada no contraviene lo dispuesto en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República;

II.- LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO EN LA GESTIÓN PENDIENTE TRANSGREDE EL ARTÍCULO 8°, INCISO 2°, PRIMERA PARTE, DE LA CONSTITUCIÓN.

4°. Que la factibilidad legal y constitucional de abrir y registrar un correo electrónico, por encontrarse éste en poder de un órgano del Estado, no implica, necesariamente, que sea constitucionalmente posible proporcionar acceso público a la información en él contenida. Así, en este caso, si bien la norma legal impugnada no es incompatible con el artículo 19 N° 5° de la Constitución, estimamos que sí lo es en relación con el párrafo primero, del inciso segundo, del artículo 8° de la Norma Fundamental;

5°. Que la aplicación del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 efectuado por el Consejo para la Transparencia dio lugar a que dicha institución ordenara a la Subsecretaría de Interior la entrega, a quienes han solicitado el acceso, de "una copia digital de los correos electrónicos solicitados, tarjando aquellos antecedentes acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor que puedan contener, o de terceros distintos a los beneficiarios (...)" (fojas 288). El dictamen del Consejo se fundamenta en que "el derecho de acceso a la información no se restringe a los actos o resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación" (fojas 285; énfasis agregado), tal como lo dispone el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285 y, en forma casi idéntica, la primera parte del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución. En efecto, el Consejo reconoce que el derecho de acceso a la información "también se extiende a la información elaborada con presupuesto público y toda otra información



que obre en poder de los órganos de la Administración (...)” (fojas 285; énfasis agregado);

6°. Que el precepto legal impugnado permite en teoría y pareciera haber permitido en la práctica la orden, por parte del Consejo para la Transparencia, de entregar información que excede los parámetros establecidos por la Constitución. La única información cuya publicidad ha sido restringida por el Consejo es aquella que tiene que ver con la vida privada o personal. El Consejo considera potencialmente público todo lo demás, no obstante que en dicha información residual pueden existir antecedentes que no sean de aquellos que la Constitución considera en su regla de publicidad. Es decir, el criterio de distinción utilizado consistió en si la información estaba o no en posesión de la Subsecretaría como órgano de la administración del Estado más que en si se trataba de actos o resoluciones de la entidad, o el fundamento (o procedimiento) de las mismas. En otras palabras, es previsible, en este caso concreto, que se haya ordenado la entrega de información que va más allá de las posibilidades que la Constitución establece. Lo relevante, desde el punto de vista constitucional, como ya se expresó, es atender al contenido de la información más que a la circunstancia de si está o no en poder de algún órgano de la administración del Estado;



7°. Que, asimismo, no hay argumento que se sustente en el texto del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución para reducir la información potencialmente pública a actos formales incorporados en un expediente administrativo. Igualmente, la Constitución no dispone que el fundamento de un acto o resolución de un órgano del Estado necesariamente debe tener un carácter formal. La circunstancia de que la Constitución no establezca una regla asimilable a un “piso mínimo”, sino más bien a un “umbral máximo”, no significa que el legislador no pueda pormenorizar la disposición constitucional con un alcance

tan amplio como lo permita el texto o tenor literal de la Carta Fundamental;

8°. Que, a mayor abundamiento, si se considera que el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución) precede en su ubicación al mandato consagrado en el inciso segundo del aludido artículo 8°, debe concluirse que ambos temas no se encuentran desligados uno de otro. En este sentido, el acceso a información pública constituye, también, una herramienta para avanzar en la consecución de un actuar probo por parte de los órganos del Estado. Debe reconocerse que así como pueden existir reales justificaciones de interés público para la actuación del Estado, también éste puede actuar por motivaciones sustentadas en consideraciones de interés privado ajenas al interés público. En términos generales, lo que forma parte de un expediente administrativo podría no ser más que el maquillaje de una política que busca satisfacer en todo o en parte intereses particulares más que el bien común;



9°. Que el "privilegio" deliberativo no es uno que tenga reconocimiento explícito en la Constitución. Si fruto del proceso deliberativo se ha producido información que sirvió de fundamento a actos o resoluciones del órgano de la administración del Estado concernido, dicha información es, de acuerdo al texto de la Constitución, pública en el sentido de ser susceptible de ser conocida por quien la requiere, sin perjuicio de las excepciones consagradas. La reserva de información de carácter meramente deliberativo no es un asunto que tenga relevancia en la determinación de si una información es o no, en principio, pública. Dicho tema pertenece a un segundo y postrero examen relacionado con las causales de reserva de aquella información potencialmente pública, lo cual es resorte del Consejo para la Transparencia (y, eventualmente, de las cortes de justicia) ponderar y

resolver; y

10°. Que, finalmente, quien suscribe esta prevención no desconoce que la interpretación constitucional expuesta en estas consideraciones puede implicar eventuales dificultades para la ejecución y cumplimiento de la regla constitucional y la legislación derivada. Sin embargo, la eficacia del diseño de acceso a la información pública no puede soslayar la necesaria fidelidad que debe existir con el mandato constitucional.

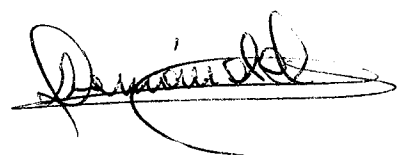
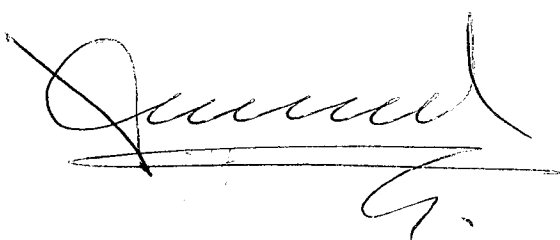
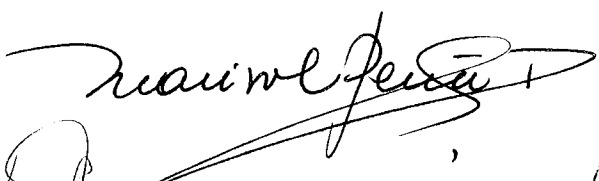
Acordada con el voto en contra del Ministro señor Domingo Hernández Emparanza, quien estuvo por rechazar el requerimiento por los mismos fundamentos desarrollados en voto disidente de la sentencia Rol N° 2246-13-INA, de 31 de enero de 2013.



Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander. La prevención y la disidencia fueron redactadas por sus respectivos autores.

Notifíquese, comuníquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2379-13-INA.





[Handwritten signature]

M^a Lucía Peña

BF



COPIA FIEL DE SU ORIGINAL
TENIDO A LA VISTA



Santiago, 30 de enero de 2014.

[Handwritten signature]

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, la Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Suplente de Ministro señor Alan Bronfman Vargas.

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

[Handwritten signature]