

Santiago, treinta y uno de enero de dos mil trece.

VISTOS:

Con fecha 8 de junio de 2012, de fojas 1 a 94, Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí, deducen requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado -contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública-, en la parte que dispone “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”.

La gestión en que incide el presente requerimiento consiste en la causa sobre reclamo de ilegalidad caratulada “Subsecretaría General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia”, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 2496-2012.

Como antecedentes de la gestión pendiente, cabe consignar que el 21 de julio de 2011 el señor Juan José Soto solicitó a la Subsecretaría General de la Presidencia copia de los correos electrónicos contenidos en la cuenta de correo institucional del Ministro Secretario General de la Presidencia, entre los días 18 y 21 del mismo mes y año, en cuanto se tratare de correos enviados a o recibidos de otros funcionarios públicos y que aludieran al desempeño de la función pública del Ministro, excluyendo correos atinentes a su vida privada.

Dicha solicitud fue respondida por oficio de 18 de agosto de 2011, denegando el acceso a los correos electrónicos, fundado en que ellos no constituían información pública conforme al artículo 8° de la Constitución y en la concurrencia de las causales de secreto o reserva de los numerales 1° y 2° del artículo 21 de la Ley de Transparencia, esto es, cuando la publicidad de la información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido y cuando la misma publicidad afecte los derechos de las personas, en relación con las garantías contenidas en los números 4° y 5° del artículo 19 de la Constitución, a saber, protección de la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Ante ello, con fecha 5 de septiembre de 2011, el solicitante dedujo amparo de su derecho de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, en los autos Rol N° C1101-11, y en el marco de dicho proceso la Subsecretaría efectuó sus descargos y se realizó una audiencia pública con la asistencia de ambas partes. En esa ocasión Juan José Soto manifestó que su interés en la información solicitada era conocer antecedentes respecto al proyecto de ley que perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública. Posteriormente el Ministro Larroulet formuló sus propios descargos, suscribiendo en todo la defensa realizada en su nombre por el Subsecretario y consignando que en el período solicitado había enviado y recibido alrededor de 350 correos electrónicos, ninguno de los cuales se refería al proyecto de ley aludido, y que en todo caso se trataba de comunicaciones personales y privadas, protegidas por el artículo 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución, en relación con el artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia.

Luego, el Consejo solicitó al Subsecretario, como medida para mejor resolver, que indicara el número de correos electrónicos del Ministro en el período solicitado, si concurrían a su respecto otras medidas de reserva, y si dentro de dichos correos existían algunos relativos al proyecto de ley sobre la Alta Dirección Pública. El Subsecretario respondió con fecha 12 de marzo de 2012 indicando que no contaba con atribuciones para entregar esa información al Consejo, pues ello implicaría acceder a comunicaciones privadas del Ministro, violentando sus derechos constitucionales ya aludidos, en circunstancias que la Ley sobre Acceso a la Información Pública no contempla excepción alguna que permita a una autoridad pública -en este caso, el Jefe del Servicio- vulnerar dichas garantías, tanto respecto del Ministro como de los demás funcionarios públicos y terceros que mantuvieron comunicaciones con aquél.

Por resolución de 4 de abril de 2012, el Consejo para la Transparencia acordó acoger el amparo deducido, requiriendo al Subsecretario General de la Presidencia para que, en el plazo de 15 días hábiles, entregara a Juan José Soto "copia de los correos electrónicos que, entre los días 18 y 21 de julio de 2011, el Ministro Cristián Larroulet envió desde su cuenta de correo institucional hacia cuentas de otros funcionarios públicos, así como todos aquellos correos que durante el mismo período recibió en su cuenta de correo institucional desde cuentas de otros funcionarios públicos, que traten de materias propias del desempeño de las funciones públicas del Ministro, excluyendo cualquier e-mail que exponga algún antecedente acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor, o que no diga estricta relación con el desempeño de sus funciones públicas".

Finalmente, el 19 de abril de 2012, el Subsecretario, en representación del Ministerio, y el Ministro, por sí, interpusieron reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia, gestión judicial que se encuentra actualmente pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago y suspendida en su tramitación, conforme a lo ordenado por la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, por resolución de 13 de junio de 2012.

En cuanto al conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura en sede de inaplicabilidad, los requirentes manifiestan que el precepto legal impugnado es de aplicación decisiva en la resolución del reclamo de ilegalidad pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que, precisamente, en base a dicho precepto el Consejo para la Transparencia ha fundado el supuesto carácter de información pública de los mensajes recibidos o enviados a través de casillas de correos electrónicos de autoridades y funcionarios públicos, que dicen relación con el ejercicio de su función. Agregan que, en el caso concreto, la aplicación del precepto legal cuestionado vulnera lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 8° de la Constitución Política, así como las garantías constitucionales establecidas en los N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26° del artículo 19 de la misma Carta Fundamental, en los siguientes términos:

1°. Infracción del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución:

Tanto esta disposición constitucional como los artículos 5° y 10, inciso segundo, de la Ley de Transparencia no consagran un derecho absoluto de acceso a cualquier tipo de información, toda vez que el constituyente y el legislador han limitado este derecho en razón de afectar la publicidad los derechos de las

personas, la seguridad o el interés nacional y el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado.

De tal modo que son públicos los actos y resoluciones de estos órganos, así como sus fundamentos y procedimientos, sólo en la medida que exista un acto administrativo dictado, que se encuentre en el expediente administrativo correspondiente y que constituya él mismo o sirva de base a un acto administrativo terminal, que produzca efectos jurídicos.

Luego, los mensajes generados en los correos electrónicos institucionales que han sido solicitados, no constituyen información pública a la luz de la Constitución y de la Ley de Transparencia, toda vez que no poseen la naturaleza de actos o resoluciones, conforme al artículo 3°, letra a), del Reglamento de la citada ley y al artículo 3° de la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que entiende por acto administrativo “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”, tomando la forma de decretos supremos o resoluciones.

Tampoco pueden calificarse los mensajes generados a través de correos electrónicos como fundamentos o documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial a un acto o resolución administrativa, ya que conforme a las definiciones contenidas en las letras g) y h) del artículo 3° del Reglamento de la Ley de Transparencia, se entiende por sustento o complemento directo “los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre las bases de esos documentos”, y por sustento o complemento esencial “los documentos indispensables para

la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que sean inseparables del mismo”.

Así, los mensajes contenidos en correos electrónicos no se ven alcanzados por el principio de publicidad consagrado en el artículo 8° de la Constitución, pues los correos requeridos en la especie ni siquiera constan en un expediente administrativo, por lo que no han ni pueden haber servido de base para la dictación de una decisión final por la autoridad.

Por otro lado, el Consejo para la Transparencia, en su decisión de amparo, ha vulnerado el sentido y espíritu del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, al arrogarse competencias que no posee y declarar que los correos electrónicos entre funcionarios de la Administración han venido a reemplazar en parte a los documentos administrativos contenidos en formato de papel, en circunstancias que los correos electrónicos son comunicaciones personales entre sujetos que forman o no parte de la Administración Pública, que facilitan su comunicación, que en ningún caso vienen a reemplazar un acto administrativo -entendido como una decisión formal en ejercicio de una potestad pública-, sino que a lo más reemplazarían a las llamadas telefónicas u otras comunicaciones informales que, al igual que los correos electrónicos, se encuentran cubiertas por el privilegio deliberativo de la autoridad, sin que sean accesibles por la vía de la Ley de Transparencia.

Lo dicho ha sido recogido en el voto disidente a la decisión reclamada del Consejero José Luis Santa María, quien menciona que “los correos electrónicos constituyen un espacio para intercambiar opiniones, contrastar datos y sopesar alternativas, permitiendo que los funcionarios y autoridades incluso varíen de opinión y terminen inclinándose respecto de posturas acerca de las cuales

han manifestado dudas, con la tranquilidad de que el contenido de esas comunicaciones electrónicas no afectará la decisión que en definitiva se adopte y se hará pública”.

Por otra parte, no es dable entender, como lo ha hecho el Consejo para la Transparencia, que por el solo hecho de que un órgano de la Administración o un Servicio Público sea el propietario de los computadores y servidores de correos empleados por el funcionario o la autoridad, sea suficiente para dar por información pública el contenido de los correos a la luz de la Ley de Transparencia, levantando su reserva y vulnerando el contenido esencial de los derechos fundamentales a los que se aludirá, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Además, no toda información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública, sino sólo la que tiene la calidad de acto o resolución de la Administración, así como sus fundamentos y procedimientos, pero no todo dato o antecedente en relación con aquéllos. Así se desprende tanto de la historia fidedigna del artículo 8° constitucional y de la Ley de Transparencia como de lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia judicial y administrativa que se cita.

Por otro lado, la decisión del Consejo para la Transparencia vulnera el privilegio deliberativo, que constituye una excepción al acceso a la información con el objeto de fomentar las discusiones abiertas entre autoridades y proteger las políticas y la información frente a una divulgación de información prematura y previa a la decisión, para evitar confundir al ciudadano con opiniones que no constituyan fundamento de la decisión final. Este privilegio se encuentra protegido

por el inciso segundo del artículo 8° constitucional, así como por la letra c) del N° 1° del artículo 21 de la Ley de Transparencia, que autorizan la reserva de la información cuando su publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano, incluyendo los antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de que sus fundamentos sean públicos una vez adoptada. Luego, los fundamentos del acto corresponden a la información documentada en el procedimiento administrativo, pero no se extienden al intercambio de opiniones que permitió adoptar la decisión. Pues bien, los correos electrónicos del Ministro contenidos en su casilla institucional, por esencia, dicen relación con su función deliberativa y, en consecuencia, se encuentran protegidos por este privilegio deliberativo.

2°. Infracción de los artículos 6° y 7° de la Constitución:

El Consejo para la Transparencia fue creado por la Ley N° 20.285 como una corporación autónoma de derecho público, con funciones fiscalizadoras y sancionadoras, y que forma parte de la Administración del Estado, como lo consignó este Tribunal Constitucional expresamente al controlar preventivamente dicha ley en la sentencia Rol N° 1051.

Luego, conforme a la Ley de Transparencia, el Consejo no goza de atribuciones para interpretar que las comunicaciones vía correo electrónico de los funcionarios públicos constituyen información pública, levantando el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas garantizados en el N° 5° del artículo 19 de la Constitución.

3°. Infracción del artículo 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución:

Estos preceptos constitucionales garantizan, respectivamente, los derechos fundamentales al respeto y protección de la vida privada y a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. La primera garantía comprende como aspectos de la vida privada las comunicaciones privadas y los archivos de correspondencia y documentos. La segunda garantía se relaciona estrechamente con la primera y comprende la reserva de las comunicaciones entre ambos comunicantes, es decir, protege tanto al destinatario como al remitente. Ambas garantías están ligadas a la dignidad de la persona, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto y deben quedar al amparo tanto de la ley como de los actos de la autoridad y las conductas de los particulares, cuestión que también alcanza al Consejo para la Transparencia.

Los correos electrónicos están comprendidos en el concepto de "comunicación privada", aun cuando se trate de correos entre funcionarios públicos, en la medida que no se ha establecido legalmente que respecto de estos funcionarios no es aplicable la garantía constitucional de la privacidad de sus comunicaciones. Luego, las garantías de los numerales 4° y 5° del artículo 19 constitucional protegen la privacidad de los mensajes enviados a través de correos electrónicos de funcionarios públicos. Sin embargo, el Consejo para la Transparencia, sobre la base del precepto legal impugnado, ha manifestado que ciertos mensajes de correos electrónicos podrían ser publicitados, por tratarse de casillas institucionales y versar, supuestamente, sobre materias propias del quehacer de la autoridad, estimando así el Consejo que la garantía del artículo 19, N° 5°, de la

Carta Fundamental no sería aplicable a los correos de los funcionarios públicos, pues aquélla protege las comunicaciones privadas y no las públicas, como serían las que involucran a una autoridad o funcionario.

Estiman los requirentes que esta argumentación del Consejo no es correcta. En este sentido, tanto la Dirección del Trabajo como la Contraloría General de la República han confirmado la protección de la correspondencia electrónica en el ámbito laboral, tanto privado como público. Así, la Contraloría ha reconocido que los funcionarios públicos pueden utilizar sus casillas institucionales para comunicaciones personales o privadas, a menos que expresamente la autoridad o jefe superior del servicio lo prohíba. Por su parte, el Tribunal Constitucional, al controlar preventivamente la Ley que Sanciona el Acoso Sexual Infantil, la Pornografía Infantil Virtual y la Posesión de Material Pornográfico Infantil, en su sentencia Rol N° 1894, señaló que los correos electrónicos y la mensajería instantánea vía Internet revisten carácter confidencial.

Ahora bien, la pregunta es si la protección del contenido de los correos electrónicos, ya demostrada, alcanza sólo a los asuntos de naturaleza privada -como sostiene el Consejo- o si también alcanza a las materias propias de las competencias de un funcionario público. Es decir, si la esencia de la protección constitucional se centra en el continente o en el contenido. Concluyen los actores que lo que prevalece es la intención de privacidad. De este modo, utilizar el correo electrónico de un órgano de la Administración del Estado no transforma esa comunicación en pública y no protegida por las garantías constitucionales que resguardan la intimidad, como pretende el Consejo. Así, la Constitución garantiza el continente, esto es, la comunicación privada

entre dos personas –sean funcionarios públicos o no-, por cualquier medio, incluyendo el e-mail, sin ser relevante el contenido de la comunicación –sea que se refiera al ejercicio de sus funciones o a hechos de su vida privada– por lo que su publicidad a terceros vulnera el derecho a la privacidad.

En otro orden de consideraciones, indican los requirentes que si bien el artículo 19, N° 5°, de la Constitución permite interceptar las comunicaciones en la forma determinada por la ley, la Ley de Transparencia, y específicamente el precepto de ella impugnado, no constituye un medio idóneo para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones garantizada constitucionalmente, puesto que el contenido esencial de la garantía en comento debe ser respetado tanto por el legislador como por los órganos del Estado al aplicar la ley y, como ocurre en la especie, limitar derechos fundamentales. Así, la aplicación del precepto cuestionado en la forma pretendida por el Consejo para la Transparencia implica la intervención de la autoridad administrativa en la privacidad del funcionario titular de los correos electrónicos, porque el funcionario recurrido de información tendrá que exponer sus comunicaciones personales al Jefe del Servicio, quien es el llamado a ponderar la aplicación o no de causales de reserva, y, en el evento de que el solicitante recurra de amparo, deberá, además, exponerlas a los funcionarios y Consejeros del Consejo, despojándose así de toda privacidad al funcionario público.

El precepto impugnado tampoco constituye un medio idóneo para levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que aquél no reúne los requisitos de especificidad y determinación exigidos por la Carta Fundamental para interceptar dichas

comunicaciones. En efecto, entre las escasas excepciones en que se permite la intromisión de una autoridad en la privacidad de las personas, se encuentran los procesos criminales en que el juez investiga delitos vinculados a la vida privada; así como los juicios sobre divorcio, tuición de menores o alimentos, en que el juez, asimismo, debe inmiscuirse en la vida privada de las partes. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la restricción a la privacidad derivada de la aplicación del precepto invocado por el Consejo para la Transparencia no sería legítima.

Asimismo, para resguardar los derechos fundamentales bajo análisis, el legislador ha establecido en los casos excepcionales que así lo permiten, y sólo por ley, un acucioso procedimiento de apertura y registro de las comunicaciones, procurando, además, que un órgano jurisdiccional vele por las garantías del afectado, como se aprecia por ejemplo en los artículos 218 y 219 del Código Procesal Penal y en la Ley N° 19.927, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, o en las facultades del Fiscal Nacional Económico en la investigación de ilícitos en el ámbito de la libre competencia, nada de lo cual ocurre en el actuar del Consejo para la Transparencia y el procedimiento de acceso a la información regulado en la Ley sobre Acceso a la Información Pública, que no contempla específicamente la competencia del Consejo para interceptar las comunicaciones realizadas mediante correos electrónicos, ni un debido procedimiento administrativo o penal sancionatorio al efecto, con sujeción a control judicial. En consecuencia, ni un particular ni el Consejo mismo pueden tener acceso a comunicaciones personales y privadas, fundados en las

disposiciones de la Ley de Transparencia, desde que no existe en este cuerpo legal una precisa determinación de cuándo sería admisible limitar el derecho constitucional del artículo 19, N° 5°, de la Constitución, ni de los casos específicos en que ello sería posible, ni un procedimiento aplicable para resguardar la intimidad del artículo 19, N° 4°, de la misma Carta Fundamental.

Agregan los actores que la aplicación del precepto impugnado en orden a divulgar los correos electrónicos requeridos por Juan José Soto vulnera la razonable expectativa de privacidad con que el derecho ha protegido este tipo de comunicaciones, y la confianza que los usuarios han depositado en ese instrumento como una instancia de comunicación de los más variados asuntos relacionados con el ejercicio de su cargo, no susceptible de publicidad. De este modo, a diferencia de lo sostenido por el Consejo para la Transparencia, la publicidad de los correos requeridos no afectaría “meras expectativas o simples intereses de las personas”, sino que vulneraría sus derechos fundamentales.

En este sentido, la cita hecha por el Consejo, en la decisión reclamada, a los decretos supremos del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que reglamentan las comunicaciones electrónicas, como fundamento de la publicidad de las mismas, es errada, pues dichos reglamentos precisamente buscan asegurar estándares mínimos que permitan comunicaciones electrónicas oportunas, seguras y confidenciales.

4°. Infracción del artículo 19, N° 3°, de la Constitución:

La aplicación del precepto invocado por el Consejo para la Transparencia, en orden a limitar sin cortapisas las garantías constitucionales de la privacidad y de la

inviolabilidad de las comunicaciones que sostengan los funcionarios públicos entre sí o con terceros, vulnera el debido proceso, al no contemplar la Ley de Transparencia un procedimiento racional y justo que permita restringir dichas garantías. En efecto, el legislador no ha establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa para poder distinguir el contenido público o privado de los correos electrónicos, limitándose la Ley de Transparencia y el Consejo, conforme a las decisiones que ha adoptado sobre la materia, a dejar esta tarea a cargo del Jefe del Servicio, quien, en la especie, debiera analizar los correos electrónicos del Ministro Larroulet y ponderar su contenido público o privado, afectando su privacidad y sin un proceso establecido por ley para ello. En este sentido, en su voto disidente a la decisión reclamada, el Consejero José Luis Santa María señaló que “es tarea del legislador regular expresamente cuándo y cómo las comunicaciones contenidas en dichos correos pueden ser conocidas, previa solicitud de acceso a la información, por un órgano como el Consejo para la Transparencia, para definir si procede a su respecto la reserva o publicidad”.

5°. Infracción del artículo 19, N° 2°, de la Constitución:

La igualdad jurídica se traduce en la imposibilidad de establecer diferencias entre iguales, consignando el Constituyente que todos quienes se encuentran en una misma categoría o situación deben ser tratados de manera similar por la norma legal, sin que puedan existir entre ellos privilegios ni diferencias arbitrarias, esto es, que no sean razonables y justificadas.

En la especie, la aplicación hecha por el Consejo para la Transparencia del precepto impugnado implica una

evidente discriminación arbitraria y una infracción de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, al privar a un grupo específico -las autoridades y funcionarios públicos- de sus derechos fundamentales a la privacidad, a la inviolabilidad de su correspondencia y al debido proceso, por el solo hecho de tratarse de funcionarios públicos usuarios de casillas electrónicas institucionales, presumiendo arbitrariamente la publicidad de sus comunicaciones, a diferencia de quienes ejercen funciones similares en el sector privado, que se encuentran protegidos en su privacidad por el Código del Trabajo, y sin que la distinción sea respetuosa del principio de proporcionalidad, al despojar el Consejo a los funcionarios públicos de su protección constitucional por el solo hecho de desempeñarse en la Administración del Estado.

Para que la carga impuesta por el Consejo a los funcionarios públicos resulte lícita, no basta que el fin perseguido sea legítimo -como lo es velar por la transparencia de la función pública- sino que además se requiere que las consecuencias jurídicas de la medida sean adecuadas, cuestión que no ocurre en la especie, toda vez que los funcionarios públicos resultan despojados de toda protección constitucional a su privacidad y a la intimidad de sus comunicaciones, en circunstancias que existen otros medios idóneos y proporcionados para garantizar dicha transparencia.

La arbitrariedad de la distinción no radica en que los funcionarios públicos estén sometidos a un escrutinio más riguroso, sino en que ese escrutinio no sea razonable y anule garantías fundamentales. Así la carga impuesta por el Consejo no supera el test de adecuación, necesidad y proporcionalidad.

6°. Infracción del artículo 19, N° 26°, de la Constitución:

Todas las personas, incluidos los funcionarios públicos, están cubiertas por la garantía de la no afectación de sus derechos en su esencia por acto alguno del legislador ni de otra autoridad u órgano público, incluido por cierto el Consejo para la Transparencia. En la especie, el Consejo, al aplicar como lo ha hecho el precepto impugnado, ha conculcado en su esencia las cuatro garantías constitucionales expuestas, al punto de hacerlas irrealizables, ilusorias e impedir su ejercicio, tanto respecto del Ministro Larroulet como respecto de los demás funcionarios públicos y personas que sin serlo han entablado comunicaciones con él por correo electrónico.

Como lo ha consignado el Tribunal Constitucional, es inconstitucional toda interpretación que anule o prive de eficacia algún precepto de la misma Carta Fundamental. En el caso concreto ello ocurre, pues el criterio seguido por el Consejo implica que los derechos constitucionales invocados por los actores ceden por completo ante el derecho de acceso a la información pública de una persona.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 13 de junio de 2012, acogió a tramitación el requerimiento y, por resolución de 4 de julio del mismo año, previo traslado al Consejo para la Transparencia y a Juan José Soto, lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno, la acción de autos fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, sin que éstos hicieren uso de su derecho a formular observaciones.

Asimismo, se confirió el plazo de 20 días al Consejo para la Transparencia y a Juan José Soto, en su calidad de partes en la gestión sub lite, para que formularan sus observaciones.

Con fecha 20 de agosto de 2012, de fojas 495 a 549, el abogado Tomás Jordán Díaz, en representación de Juan José Soto, formuló dentro de plazo las siguientes observaciones al requerimiento, solicitando el rechazo del mismo en todas sus partes:

I. Observaciones generales.

1°. El requerimiento de autos no constituye una acción de inaplicabilidad que cumpla con el estándar establecido en el artículo 93 de la Constitución y en las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, sino que lo pretendido es que esta Magistratura resuelva el conflicto jurídico de fondo pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que en ambas sedes los actores han planteado lo mismo. Así, la acción de autos busca que, en abstracto, este Tribunal declare que todo correo electrónico no es un acto administrativo, que constituye siempre una comunicación privada y que el Consejo para la Transparencia no tiene facultades legales para requerirlos y vulnerar su privacidad, por cuanto ello conculcaría los artículos 6°, 7°, 8° y 19, N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, de la Constitución Política, sin que sea necesario examinar a quién ni cómo se aplica el precepto legal cuestionado para decretar su contrariedad a la Constitución. Sin embargo, no se contiene en el requerimiento un planteamiento de efectos inconstitucionales en el caso concreto que permita al Tribunal Constitucional examinar las consecuencias contrarias a la Carta Fundamental en el caso particular,

y así poder declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado.

En efecto, cotejado el reclamo de ilegalidad con el requerimiento de inaplicabilidad de los mismos actores, se aprecia que éstos pretenden que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre lo mismo que debe resolver la Corte de Apelaciones de Santiago, a saber, que los correos electrónicos no constituyen un acto administrativo y que son comunicaciones privadas; ello antes de entrar a examinar los posibles efectos inconstitucionales del precepto impugnado. Así, y sobre la base de los mismos argumentos, los requirentes pretenden resolver en sede de inconstitucionalidad, con apariencia de inaplicabilidad, lo mismo que en sede de ilegalidad, en circunstancias que este Tribunal Constitucional ha manifestado que no puede de modo alguno prejuzgar sobre la decisión del juez de fondo, ni invadir las facultades del juez de la instancia, por lo que debe inhibirse de conocer una inaplicabilidad que pretende aquello, desde el momento que es la Corte de Apelaciones de Santiago quien debe resolver acerca de si el formato de correo electrónico está dentro de las hipótesis de publicidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia y si el Consejo para la Transparencia ha actuado dentro de la órbita de sus competencias legales.

Por otro lado, el Subsecretario y el Ministro plantean un caso que es anterior a una situación de inaplicabilidad, desde el momento que no hicieron entrega de los correos electrónicos requeridos al Consejo para la Transparencia, descartando así, en los hechos, los conceptos fácticos y jurídicos exigidos por el artículo 93, N° 6°, de la Constitución, para la procedencia de una acción de inaplicabilidad. Distinta sería la situación si se hubieren entregado los correos y el Consejo, luego de

examinarlos, los hubiera declarado públicos. Sólo en ese momento, la publicidad y la aplicación del inciso segundo del artículo 5° de la Ley sobre Acceso a la Información Pública podrían generar efectos inconstitucionales al Ministro.

2°. La Corte de Apelaciones de Santiago ya declaró en otra causa, Rol N° 7932, por sentencia de 9 de mayo de 2011, que son públicos los correos institucionales de los funcionarios públicos, distinguiendo entre correos de orden laboral públicos y privados, asunto que los actores no pueden desconocer. En este sentido, la naturaleza de los correos electrónicos es una cuestión que corresponde resolver al juez de fondo y que escapa a la competencia de este Tribunal. Asimismo, el cuestionamiento relativo a las competencias del Consejo para requerir los correos, consiste en un examen de legalidad de la Ley N° 20.285, que tampoco compete a esta Magistratura, por lo que desde ya deben descartarse las supuestas vulneraciones a los artículos 6°, 7° y 19, N° 3°, de la Carta Fundamental, por constituir meras cuestiones de legalidad, y la pretendida conculcación del artículo 19, N°s 4° y 5°, de la misma, por plantearse en el requerimiento sólo un juicio abstracto a su respecto.

Los actores, en su reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, plantean que los correos electrónicos no son actos ni resoluciones, sino simples medios de comunicación personal entre autoridades y funcionarios y, por ende, comunicaciones privadas; que el actuar del Consejo contraviene la Constitución y la ley; que la decisión de acceso a la información vulnera el artículo 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución, al exigirse una ley específica y determinada para acceder a las comunicaciones privadas y violar la correspondencia, características que no contempla la Ley de Transparencia;

que el actuar del Consejo vulnera el artículo 19, N°s 2°, 3° y 26°, de la Constitución, y que, asimismo, vulnera el principio de confianza legítima. Todos estos argumentos son similares y en parte exactamente idénticos a los planteados en el requerimiento de inaplicabilidad deducido en estos autos ante el Tribunal Constitucional. En consecuencia, lo pedido en sede de ilegalidad es exactamente lo mismo que en la presente inaplicabilidad, lo que carece de toda lógica constitucional.

3°. El precepto legal impugnado de inaplicabilidad no es decisivo en la resolución del asunto, atendido que la Corte de Apelaciones de Santiago, en la única sentencia sobre e-mails que ha dictado y que ya fue citada, afirmó el carácter público de los correos electrónicos de las casillas institucionales de los funcionarios públicos, sin concurrir en tal afirmación el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia. Así, la Corte no estima que este precepto sea decisivo para resolver asuntos sobre e-mails, al tiempo que este Tribunal Constitucional ha entendido que una norma legal es decisiva si su aplicación al caso concreto es necesaria, de modo que si el juez de fondo puede resolver sin concurrencia de esa norma legal, ésta jamás será decisiva.

En la especie, el precepto impugnado no es decisivo ni sustantivo en la resolución del asunto, ni expresa ni tácitamente, pues la Corte de Apelaciones de Santiago ya declaró en el caso anterior citado que los e-mails del Ministerio de Planificación son públicos, sin considerar el precepto cuestionado de inaplicabilidad. En efecto, en dicha sentencia la Corte falló sólo haciendo concurrir de modo complementario y general en el párrafo final del fallo lo dispuesto en los artículos 5°, 10, 11, 16, 21,

28, 33 y 1° transitorio de la Ley de Transparencia, para rechazar el reclamo de ilegalidad deducido.

4°. Se sostiene la improcedencia de parte de los argumentos esgrimidos por los requirentes de inaplicabilidad, por estar expresamente excluidos del asunto de fondo. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, en la gestión sub lite, por resolución de 26 de abril de 2012, tuvo por interpuesto el recurso de reclamación en contra de la decisión de amparo del Consejo para la Transparencia, únicamente en lo que respecta a la causal de reserva fundada en el N° 2 del artículo 21 de la Ley de Transparencia -esto es, la afectación de los derechos de las personas-. Ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28, inciso segundo, de la misma Ley de Transparencia, que expresamente señala que los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información denegada, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del N° 1° del artículo 21 -esto es, la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido-. Luego, las alegaciones de los requirentes acerca del privilegio deliberativo, al haber sido excluidas del asunto de fondo por la Corte de Apelaciones de Santiago, deben igualmente ser excluidas de la presente acción de inaplicabilidad.

II. Observaciones acerca de las infracciones constitucionales invocadas por los requirentes.

1°. No se infringe el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución:

La infracción alegada debe ser descartada en el fondo -no obstante que es un asunto que debe ser resuelto por la Corte de Apelaciones- porque los correos

electrónicos sí pueden constituir un acto administrativo y porque, aunque no constituyan actos o resoluciones, son información pública.

La tesis planteada por los actores en orden a que los correos electrónicos no poseen la naturaleza de actos o resoluciones conforme al inciso segundo del artículo 3° de la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, es antojadiza y errada, pues utiliza una tesis formalista restrictiva para calificar como acto administrativo sólo las decisiones formales de la Administración que contienen declaraciones de voluntad en el ejercicio de una potestad pública, de modo que como los correos electrónicos no revisten tal carácter quedarían fuera de las hipótesis del artículo 8° constitucional y no serían públicos.

Sin embargo, los actores recurren sólo a parte de las disposiciones de la Ley N° 19.880 para fundar su tesis, toda vez que el inciso sexto del mismo artículo 3° de esta ley dispone que “constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”. Así, los actos administrativos pueden ser formales o no, según la forma que adopten. Son formales los que conllevan la dictación de un decreto supremo o resolución y no formales los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento. Luego, es evidente que los correos electrónicos que contengan dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento son un acto administrativo. Así, no es posible a priori y sin examinar el contenido del correo, afirmar que éste no constituye un acto administrativo. La hipótesis de exclusión de los requirentes llevaría a que no serían obligatorias ni producirían efectos jurídicos las órdenes

de autoridad realizadas vía correo electrónico, en contradicción con el principio de “no formalización” del artículo 13 de la misma Ley N° 19.880.

El artículo 8° de la Constitución habla de “actos y resoluciones”, diferenciando así las decisiones formales y las no formales, que pueden igualmente constituir actos administrativos, y cuando un e-mail se encuentre en esta hipótesis, será público conforme al mismo precepto constitucional.

Por otra parte, un correo electrónico aunque no constituya acto administrativo puede igualmente ser información pública a la luz del artículo 8° de la Carta Fundamental, que habilita al legislador para regular por la Ley sobre Acceso a la Información Pública aquella documentación que es pública por enmarcarse en el contenido de dicha norma constitucional, cuestión que es plenamente aplicable en la especie. El artículo 8° constitucional establece un mínimo de publicidad exigible a los órganos del Estado, que incluye la publicidad de los actos y resoluciones y sus fundamentos y procedimientos, pudiendo el legislador fijar democráticamente otras hipótesis de publicidad dentro del marco constitucional. Por ello el artículo 8° de la Carta Fundamental estableció que las normas sobre acceso a la información pública fueran reguladas por ley de quórum calificado.

2°. No se infringe el artículo 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución:

La alegación de inconstitucionalidad de los actores es abstracta y, al sostener la privacidad de todo correo electrónico, independiente de su contenido, incurre en un error, confundiendo el “continente” con el “contenido”, y sin distinguir entre las comunicaciones privadas y las

públicas. Un correo electrónico no puede ser a priori público o privado, pues ello depende de su contenido. En efecto, al proteger la Constitución las comunicaciones privadas, reconoce necesariamente la existencia de comunicaciones públicas. Así, no es posible afirmar la privacidad de toda comunicación vía correo electrónico, a menos que por ley se les hubiera fijado dicho carácter, cuestión que no ocurre en el caso que nos ocupa. La Constitución protege las comunicaciones privadas, es decir, su contenido, independientemente de la vía de comunicación o continente, y transgredir una comunicación privada implica una infracción constitucional, no así el conocimiento de las comunicaciones públicas. En la especie, no habiendo ley que asigne carácter privado a la comunicación vía correo electrónico, el contenido de la comunicación debe ser enjuiciado por la autoridad legalmente habilitada para ello, para establecer si es público o privado, y ello debe realizarse por el Consejo para la Transparencia o por la Corte de Apelaciones, como ha ocurrido en los hechos.

Este razonamiento abarca tres etapas: 1°. La Administración otorga al funcionario público que tiene un vínculo administrativo-contractual con ella, una casilla de correo electrónico como herramienta de trabajo para el desempeño de su función pública, permitiendo dar ejecución a los principios de eficacia y eficiencia y de economía procedimental, contenidos en la Ley N° 19.880; 2°. La utilización de los correos institucionales debe estar enfocada a fines laborales. Sin embargo, pueden exceder dicho ámbito, surgiendo así el imperativo de realizar un juicio de contenido, a fin de permitir el acceso a los correos público-laborales y proteger la intimidad de los contenidos privados; y 3°. Ese juicio de contenido debe efectuarse por el Consejo para la

Transparencia, que se encuentra expresamente facultado para ello conforme al artículo 33, en relación con el artículo 24, de la Ley de Transparencia, que lo obliga a resolver los conflictos jurídicos relativos al acceso a la información pública, conciliando el derecho de acceso a la información con el deber de velar por la reserva de la información que constitucional o legalmente es secreta. Si no se le entregan los correos, como ocurrió en la especie, la Corte de Apelaciones estará facultada para realizar ese examen. Ello ocurrió recientemente en la sentencia de la Corte que se ha venido citando, donde se realizó ese juicio, se distinguió entre el continente y el contenido de los correos, y entre información privada y pública, estimando de este último carácter la relativa a asuntos laborales del funcionario.

3°. No se infringen los artículos 6°, 7° y 19, N° 3°, de la Constitución:

Como se dijo, estas son meras legalidades que deben ser resueltas por la Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que los actores pretenden determinar en sede constitucional, con falsa cara de inaplicabilidad, un asunto de orden legal, esto es si el actuar del Consejo y sus competencias para levantar la privacidad, se ajustan a la Ley de Transparencia y si esta ley garantiza un debido proceso. Se trata de un asunto de interpretación y aplicación de la Ley N° 20.285, que debe ser conocido y resuelto por el juez de fondo.

4°. No se infringe el artículo 19, N° 2°, de la Constitución:

La tesis de los actores es incorrecta, desde que hace concurrir para resolver una supuesta discriminación arbitraria un “término de comparación defectuoso”, pues la comparación exige el supuesto de hecho de que las

personas estén en una posición fáctica o jurídica equivalente, y que la ley o autoridad las haya diferenciado o igualado injustamente. Los requirentes hacen concurrir la calidad de trabajadores, sean públicos o privados, sin distinguir, en circunstancias que tanto desde la perspectiva constitucional como desde la legal ambos tipos de trabajadores son diferentes. Así, la regulación laboral de los trabajadores del sector público parte del artículo 38 de la Constitución, mientras que la de los del sector privado parte directamente del artículo 19, N° 16°, de la misma. Luego sus regulaciones legales son diferentes -Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y Estatuto Administrativo versus Código del Trabajo-, siendo improcedente compararlos. En efecto, los Ministros de Estado y funcionarios públicos están sometidos a un estándar de conducta altísimo, por realizar funciones en pro del bien común, debiendo prevalecer en todo momento los intereses generales del Estado por sobre los suyos particulares. Por eso, por ejemplo, no pueden sindicalizarse, negociar colectivamente ni declararse en huelga, cuestiones que no constituyen diferencias arbitrarias en relación a los trabajadores del sector privado, al tratarse de diversas categorías de trabajadores.

Al no existir supuestos comparables, por la improcedencia jurídica del supuesto de hecho manifestado por los actores, el argumento de la discriminación arbitraria no resiste análisis y no procede efectuar un test de proporcionalidad.

Por resolución de 30 de agosto de 2012, el Presidente del Tribunal ordenó traer los autos en relación, quedando la causa en estado de tabla.

Con fecha 31 de agosto de 2012, de fojas 559 a 602, el abogado Enrique Rajevic Mosler, en representación del

Consejo para la Transparencia, formuló observaciones al requerimiento, instando, asimismo, por su rechazo en todas sus partes. Atendido el estado procesal de la causa, se ordenó únicamente agregar a los antecedentes el escrito aludido.

En esta presentación el Consejo para la Transparencia aborda los siguientes tópicos que determinarían que la presente acción de inaplicabilidad no pueda prosperar:

1°. La norma legal impugnada se ajusta plenamente a la Carta Fundamental y su aplicación en la gestión pendiente no la infringe;

2°. El requerimiento persigue impugnar la decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia;

3°. Existen otros preceptos legales que no han sido impugnados y que llevarían a resolver el asunto de la misma forma, y

4°. La aplicación del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, en el caso concreto, no infringe los artículos 6°, 7° y 8° de la Constitución Política ni los derechos fundamentales invocados por los actores, contenidos en los N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26° del artículo 19 de la misma Carta Fundamental.

En sesión de Pleno del día 27 de septiembre de 2012 se acordó conferir preferencia a la presente causa, agregándose para su vista en la tabla de Pleno del día 4 de octubre de 2012, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Clara Szczaranski C., por los requirentes; Jorge Correa Sutil, por el Consejo para la Transparencia, y Tomás Jordán Díaz, por Juan José Soto.

Y CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

1. Que el señor Juan José Soto Cortés, en representación de la Fundación Ciudadano Inteligente, en julio del año 2011, solicitó a la Subsecretaría General de la Presidencia que le otorgara copia de los correos electrónicos enviados y recibidos por el Ministro Secretario General de la Presidencia, don Cristián Larroulet, desde y hacia su cuenta de correo institucional, entre los días 18 y 21 de julio del mismo año.

La mencionada Subsecretaría, por oficio 1195, de 18 de agosto de 2011, rechazó la solicitud por concurrir, a su juicio, las causales de reserva de acceso a la información del artículo 21, N° 1 y N° 2, de la Ley N° 20.285.

El señor Soto recurrió, entonces, al Consejo para la Transparencia, quien por resolución N° CC 1101-11, de 16 de marzo de 2012, acogió el reclamo, ordenando entregar una copia de dichos correos, siempre que se tratara de materias propias del desempeño de funciones públicas.

Contra esa decisión, la Subsecretaría General de la Presidencia presentó un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 2496/12).

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

2. Que la Subsecretaría General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y el Ministro de dicha cartera piden la inaplicabilidad de una parte 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, lo que se solicita no es un acto administrativo ni fundamento directo o esencial de una decisión. Se pide comunicaciones personales, protegidas por el privilegio deliberativo, que permite fomentar las discusiones francas entre autoridades y funcionarios. Los ciudadanos no pueden presenciar la toma de decisiones que llevan a un acto. La democracia representativa debe poder operar; no puede desaparecer la línea que separa el Estado y la sociedad.

En segundo lugar, la Constitución protege la privacidad de los correos electrónicos, sin que importe si los envía o recibe un funcionario. Los funcionarios no están desprotegidos de privacidad. No se les puede privar de este derecho sin violar la igualdad ante la ley, pues

eso implicaría tratarlos de manera distinta de los privados. Ocupar un cargo público no puede significar una exigencia tan gravosa y desproporcionada, consistente en carecer de toda privacidad.

En tercer lugar, la norma impugnada carece de especificidad y determinación. El procedimiento de apertura de las comunicaciones es reglado en nuestro sistema y exige rigurosos requisitos. Las competencias del Consejo para la Transparencia son generales y no diseñadas para este propósito. De ahí que utilizar esta norma para revelar correos, afecte el debido proceso, pues el legislador no reguló con suficiente exhaustividad cuándo y cómo dicho Consejo puede ordenar la apertura de una comunicación privada.

De ahí que, a juicio de los requirentes, el precepto impugnado, en la gestión concreta, afecte el artículo 19, N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, de la Constitución;

II. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

4. Que, antes de entrar al análisis del requerimiento formulado, resulta preciso despejar algunos asuntos que fueron alegados como de previo y especial pronunciamiento, durante los alegatos de la presente causa.

En primer lugar, el Consejo para la Transparencia sostuvo que hay una interpretación posible, que hace conciliable el precepto impugnado con la Constitución. Ello se demuestra, afirmó, por dos razones. De un lado, en el voto de minoría de la decisión del Consejo para la Transparencia que ordenó entregar los correos. Dicho voto realiza una interpretación conciliable de preceptos legales con la Constitución. Del otro, nunca se alegó que existiera un privilegio deliberativo. Y que si se hubiera alegado, se habría aceptado. Por lo mismo, el recurso de inaplicabilidad sería improcedente;

5. Que, al respecto, cabe partir por hacer una precisión. Por una parte, que efectivamente la decisión del Consejo para la Transparencia fue de dos votos a uno. El cuarto integrante de dicho organismo colegiado se abstuvo de participar. Sin embargo, el voto de minoría de dicha decisión tiene que ver con un asunto de interpretación legal. Por de pronto, porque se refiere a si el Consejo para la Transparencia tenía o no potestades para ordenar acceder a los correos. Enseguida, porque razona sobre la base de si se da o no una determinada causal de denegación de acceso en la petición respectiva. Y, finalmente, porque tiene que ver con la calificación de ciertos hechos. La interpretación realizada en dicho voto no tiene que ver con asuntos constitucionales.

Por otra parte, la autoridad requerida alegó el privilegio deliberativo. Ello se demuestra a fjs. 7, 20 y 37 de la resolución del propio Consejo para la Transparencia. Sin embargo, el Consejo consideró que la autoridad no la había acreditado;

6. Que, a continuación, una cosa es que el Consejo para la Transparencia reconozca como lícita una interpretación del artículo 21 de la Ley N° 20.285, que permita proteger el artículo 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;

7. Que, por lo demás, 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).

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 esta oportunidad considera que la mejor manera de dar eficacia plena a su decisión es declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado;

8. Que, en segundo lugar, se sostiene que estamos en presencia de un vicio de legalidad, ajeno a la competencia de esta Magistratura. Por lo mismo, si este Tribunal emite un pronunciamiento, estaría invadiendo las competencias del juez del fondo.

Al respecto, cabe señalar que, efectivamente, esta Magistratura tiene potestades expresas y taxativas (STC 464/2006), asignadas por la Carta Fundamental. De ahí que no conozca de todo conflicto constitucional (STC 591/2007). Claramente el recurso de inaplicabilidad no es un medio idóneo para conocer de una ilegalidad (STC 1314/2009).

Sin embargo, esta Magistratura tiene una larga tradición a la hora de distinguir el vicio de legalidad del vicio de inconstitucionalidad, tanto en controles preventivos y abstractos (STC 260/2000, 465/2006, 480/2006, 464/2006) como en controles represivos y concretos (STC 513/2006, 980/2007, 1141/2009). Mientras uno infringe la Constitución, el otro infringe la ley. El parámetro de referencia es distinto. En uno es la Carta Fundamental y en el otro, la norma legal. El parámetro de referencias que tiene en cuenta el Tribunal Constitucional al resolver una inaplicabilidad, es sólo la Constitución (STC 1284/2009). Asimismo, mientras en uno se analiza un acto administrativo, en el otro, el objeto de análisis es la ley.

En materia de inaplicabilidad, esta Magistratura ha señalado que son problemas de legalidad determinar la

correcta aplicación de un precepto legal (STC 1141/2009) o cuestiones de interpretación o de conflictos de leyes (STC 513/2006, 980/2007).

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.

No estamos, entonces, discutiendo lo mismo que 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. El conflicto en el recurso de inaplicabilidad 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;

9. Que, en tercer lugar, se alega que el precepto no es decisivo, porque hay otras normas que permiten fundar la decisión del Consejo para la Transparencia.

Sin embargo, 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;

10.Que, finalmente, se alega que esta Magistratura no puede legislar. Y si afirma que los correos son comunicaciones privadas, se agrega, este Tribunal estaría invadiendo el ámbito del legislador.

Al respecto cabe señalar que la mecánica de la acción de inaplicabilidad implica, necesariamente, interpretar la Constitución, pues lo que se alega es una contradicción de la aplicación de un precepto legal con ella.

En esa tarea, esta Magistratura debe fijar el sentido y alcance de ciertos términos o fórmulas constitucionales. Pero eso no significa legislar. Por de pronto, porque desde el punto de vista formal, este tipo de sentencias, a diferencia de una ley que tiene efectos generales, produce efectos sólo en el juicio en que se dicte. Por lo mismo, vincula a sujetos muy acotados. Además, porque el efecto de la sentencia es supresivo. Lo que se busca con la inaplicabilidad es sacar del universo normativo que debe considerar el juez al momento de resolver, un determinado precepto;

III.EL PRECEDENTE DE LA CAUSA ROL 2153.

11.Que, por otra parte, el 11 de septiembre del presente año, esta Magistratura emitió la STC 2153/2012, en que acogió la inaplicabilidad de la misma norma

invocada en estos autos. En la gestión pendiente se discutía en aquella oportunidad la legitimidad de la decisión del Consejo para la Transparencia, en el sentido de ordenar la entrega de correos intercambiados entre dos autoridades.

Si bien la sentencia de inaplicabilidad sólo produce efecto en el caso concreto en el que se dicta (artículo 92, Ley N° 17.997), esta Magistratura ha sostenido que, por la certeza o seguridad jurídica, es conveniente mantener la razón decisoria establecida en fallos anteriores sobre la misma materia. Ello obliga a que el cambio de doctrina deba producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que lo justifiquen (STC 171/93; 1572/2010);

12.Que, en estrados, el Consejo para la Transparencia sostuvo que existen razones para no resolver en la presente causa de manera sustantivamente idéntica a lo hecho en la sentencia rol 2153/2012. El Consejo se funda en lo siguiente:

Por de pronto, sostiene que no se plantea un alegato igual, pues en la causa anterior se pidió la inaplicabilidad total; en cambio, en la presente, se pide la inaplicabilidad parcial. También lo funda en que la resolución impugnada en la gestión pendiente es distinta, pues en aquélla habría unanimidad, no así en la decisión del Consejo de entregar los correos en la presente causa. También se sustenta en que la autoridad no habría alegado el privilegio deliberativo;

13.Que antes de hacernos cargo de dicho alegato, valoramos que el debate en esta sede se centre en la aplicación o no de las razones jurídicas establecidas en un precedente. Eso permite ordenar la discusión, generar

un método de análisis y mantener cierta coherencia argumentativa en el tiempo.

Sin embargo, en la forma de plantear la discusión, es necesario puntualizar que este Tribunal no es una instancia de discusión académica, sino que un órgano jurisdiccional. Tampoco somos una instancia de apelación de nuestras propias sentencias. Lo que debemos discutir en este caso es si cabe o no aplicar el precedente, no si debemos cambiarlo.

Asimismo, consideramos que la STC 2153/2012 fue precisa y clara al resolver lo que se sometió a conocimiento de esta Magistratura. Por lo mismo, no es ésta la instancia para pedir puntualizaciones.

Finalmente, no nos haremos cargo de si nuestras sentencias son o no un retroceso respecto de interpretaciones que ha sostenido el Consejo para la Transparencia. Desde luego, porque ése es un asunto de mérito; no es un alegato jurídico. Enseguida, el Tribunal Constitucional no es responsable de que se hayan interpretado ciertas disposiciones en un determinado sentido. Esta Magistratura ha emitido pronunciamientos en la medida que ha sido llamada a pronunciarse. Y mediante esas decisiones ha construido una doctrina en la materia. A continuación, en muchas oportunidades esta Magistratura emite resoluciones que no coinciden con las expectativas de quienes concurren ante ella. Pero es parte de las reglas del juego establecidas por la Constitución que este Tribunal determine el sentido y alcance de los preceptos constitucionales. Y, por lo mismo, precise el alcance del artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución;

14.Que, haciéndonos cargo de lo alegado por el Consejo, cabe señalar, en primer lugar, que en ambas

causas se pidió la inaplicabilidad parcial del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285. De hecho, en la STC 2153/2012, la inaplicabilidad se concedió en los términos solicitados.

En segundo lugar, tampoco es efectiva la diferencia de quórum entre ambas decisiones del Consejo para la Transparencia, que ordenaron entregar correos electrónicos. En la decisión del Consejo, Rol C 406-11, la decisión fue dos a uno, existiendo una disidencia. En la decisión del Consejo, Rol C 1101-11, también la decisión fue dos a uno.

En tercer lugar, tal como ya se indicó, la autoridad recurrida alegó el privilegio deliberativo. Sin embargo, el Consejo lo desechó porque no se acreditó. De hecho, agrega en su decisión que si se hubiera comprobado, lo habría acogido;

15.Que no se dan, en consecuencia, las razones por las cuales esta Magistratura no deba seguir lo establecido en la causa Rol 2153/2012, y que lo obliguen a replantear lo resuelto en esa oportunidad.

Sin embargo, queremos dejar sentado, aunque no se alegaron, que sí hay diferencias en los supuestos de ambas gestiones. Mientras en la primera los correos involucraban a un Subsecretario y a un Gobernador, y se referían a un proceso de rendición de cuentas de dineros públicos, reglado en la ley, en la presente causa los correos involucran a un Ministro de Estado y no se refieren a actos administrativos, sino a anteproyectos de ley, cuyo procedimiento de tramitación se encuentra desregulado, tal como lo veremos.

Pero dichas diferencias no son razones para cambiar los fundamentos de lo decidido. Al contrario, creemos que hay razones adicionales para ratificar y perseverar en lo

resuelto en aquella oportunidad, como se examinará más adelante. Con todo, dadas dichas diferencias, hay aspectos de dicho precedente que no se ajustan al presente caso; por lo mismo, aunque lo ratificamos, no pueden reiterarse en esta oportunidad;

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

16.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 la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico y, finalmente, que los correos que se piden son del Ministro de Estado encargado de llevar adelante la agenda legislativa del Gobierno;

1. Los funcionarios tienen derechos constitucionales.

17.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);

18.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);

19.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° 18.834) 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;

20.Que, por lo mismo, estas restricciones o limitaciones -que deben ser de alcance acotado- a los derechos de los funcionarios exigen, no los test generales que esta Magistratura ha diseñado, sino variables específicas. 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;

VIGESIMOPRIMERO. Que lo anterior es plenamente aplicable a los Ministros de Estado. Si bien éstos no son, técnicamente, funcionarios propiamente tales, tienen muchas obligaciones y derechos como tales. Y, desde luego, tienen los derechos que la Constitución garantiza a toda persona, independientemente de la naturaleza de su vínculo laboral;

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

VIGESIMOSEGUNDO. 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 por 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, 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, 1990/2012, 2153/2012). 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, 2153/2012).

En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen 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). Desarrollando lo anterior, esta Magistratura ha sostenido que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7°, 19 N° 3° y 63 N° 18°), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento administrativo. Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo (STC 2153/2012). Del mismo modo, ha afirmado que, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de 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 (STC 2153/2012). Asimismo, los correos electrónicos que sean actos administrativos, para ser públicos, tienen que estar en un expediente administrativo (STC 2153/2012).

En cuarto lugar, dicho derecho no tiene carácter absoluto (STC 634/2007, 1732/2011, 1800/2012, 2153/2012). 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, 2153/2012). 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).

Finalmente, el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución no establece, como lo hace el inciso primero

respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza (STC 1990/2012);

VIGESIMOTERCERO. 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). Lo anterior 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 asignadas 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;

VIGESIMOCUARTO. Que esta razón es consistente con otras 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 Nacional (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. Estos celebran sus acuerdos privadamente (artículo 81, Código Orgánico de Tribunales);

VIGESIMOQUINTO. 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;

VIGESIMOSEXTO. 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 son el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, el debate en el Congreso Nacional, 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 deben 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. La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.

VIGESIMOSÉPTIMO. Que, por otra parte, 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;

4. Los Ministros de Estado y sus funciones.

VIGESIMOCTAVO. Que un último elemento de interpretación importante de considerar, es la especial naturaleza de los correos involucrados en la presente gestión, pues se trata de correos de un Ministro de Estado; pero no de cualquier Ministro de Estado, sino de aquél encargado de la agenda legislativa del Gobierno;

VIGESIMONOVENO. Que nuestras constituciones siempre han hecho alusión a los Ministros de Estado. Sin embargo, no siempre los han denominado de igual manera. El reglamento constitucional provisorio de 1812 los denominaba “secretarios” (artículo XIV). Las constituciones de 1818 (artículo 10), de 1822 (artículo 124), de 1823 (artículo 21) y la de 1828 (artículo 86) los denominaban “Ministros Secretarios de Estado”. La Constitución de 1833 los denominó “Ministros del Despacho” (artículo 82 N° 6). Es la Constitución de 1925 la que los designa con su actual denominación de “Ministros de Estado” (artículo 72 N° 5). El cambio de denominación buscó modificar su rol. Como explica José Guillermo Guerra (La Constitución de 1925; Ediciones Establecimientos Gráficos Balcells, Santiago, 1929, p. 397), la expresión “Ministros del Despacho” manifestaba *“el propósito de los constituyentes de 1833, de*

asignarles la categoría de simples secretarios del Presidente de la República, especializados en ciertos ramos del servicio público. La costumbre les dio, andando el tiempo, el calificativo de “Ministros de Estado”, que importa un verdadero ascenso en su categoría política”.

Fue, asimismo, la Constitución de 1833 la que estableció que el número de Ministros debía ser determinado por la ley (artículo 84). Las constituciones anteriores establecían ellas el número de secretarios de Estado. Así, la de 1812 hablaba de dos (artículo XIV). Por su parte, las de 1818 (artículo 10), de 1822 (artículo 124), de 1823 (artículo 21) y de 1828 (artículo 26) hablaban de tres (STC 2367/2013). Como consecuencia de dicho mandato se dictó, en 1837, la primera Ley Orgánica de Ministerios, que estableció que los Secretarios de Despacho serían cuatro. En 1887 se dictó la Ley de Reorganización de los Ministerios. Para esa fecha había siete Ministros de Despacho. La Constitución de 1925 mantuvo el modelo de la de 1833 y encargó a la ley definir el número de Ministerios (artículo 73). En 1927 se dictó el D.F.L. N° 7912, que organizó las Secretarías de Estado. A esa fecha había nueve Ministerios. La Constitución de 1980 ratificó ese sistema (artículo 33, inciso segundo). En el año 2011, se modificó el D.F.L. N° 7912, por la Ley N° 20.502, y se listaron los Ministerios, estableciendo un orden de subrogancia del Presidente de la República. A esa fecha, los Ministerios ascendían a veinte. Además, existen, como se sabe, dos jefes de servicio con rango de Ministro de Estado: la Directora del Servicio Nacional de la Mujer y el Director del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes;

TRIGÉSIMO. Que ninguna de las constituciones previas a la de 1980 daba una definición del rol de los Ministros

de Estado, como lo hace nuestro actual artículo 33. De ahí que la doctrina se esforzara en encontrar una definición. Así, bajo la Constitución del 33, Manuel Carrasco Albano (Comentarios sobre la Constitución Política de 1833; Ediciones Imprenta y Librería del Mercurio; Valparaíso, 1958, p. 157) señalaba que el Ministro era *“un secretario del Presidente que está a cargo de uno de los departamentos en que se divide la administración del Poder Ejecutivo, que autoriza los decretos de éste y que es responsable por cada uno de ellos”*. De manera muy similar lo definía Alcibiades Roldán (Elementos de Derecho Constitucional de Chile; 3a. edición; Ediciones Imprenta Lagunas, Santiago, 1924, p. 400), indicando: *“son los jefes superiores de los departamentos en que se agrupan los diversos ramos o servicios de la administración pública”*. Durante la vigencia de la Constitución del 25, Rafael Raveau (Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado; Editorial Nascimento; Santiago, 1939, p. 318) expresaba que los Ministros son *“los individuos que ayudan al jefe de Estado en sus tareas administrativas”*. Para Jorge Mario Quinzio (Manual de Derecho Constitucional; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1969, p. 443), los Ministros de Estado son *“asesores del Presidente de la República, que son consultados en todo lo que concierne a la secretaría que tienen a su cargo y que deben autorizar las órdenes de aquél”*.

Nuestro actual artículo 33 define a los Ministros de Estado como *“colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y la administración del Estado”*;

TRIGESIMOPRIMERO. Que la definición que contiene el mencionado artículo parte por destacar que los Ministros son colaboradores del Presidente de la República. Con

esta expresión se busca resaltar que los Ministros no son meros ejecutores de la voluntad de quien los nombra (Estévez Gazmuri, Carlos; Elementos de Derecho Constitucional; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1949, p. 300). Durante la vigencia de la Constitución del 33, Jorge Huneeus (La Constitución ante el Congreso, tomo II, Segunda edición; Ediciones Imprenta Cervantes, 1881, p. 171) señalaba que los Ministros serían *"simples amanuenses del Presidente, si éste pudiera dar órdenes por sí solo"*. Comentando el actual texto, Alejandro Silva Bascuñán (Tratado de Derecho Constitucional, tomo V; Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 100) destaca que *"al declararlos colaboradores y no secretarios, pone de manifiesto el constituyente la adhesión profunda y leal que el Jefe del Estado debe esperar de sus Ministros, que no son, por lo tanto, simples secretarios suyos, como se los llama, por ejemplo, en Estados Unidos"*. El mismo autor agrega que la proyección de colaborar *"es mucho más intensa que la derivable de la atribución de simple asesoría, la cual, por su lado, da tan sólo el propósito de aconsejar o ilustrar con su dictamen"*. Concluye este autor señalando: *"No hay, pues, en síntesis, en la colaboración, simple apoyo en orden a la preparación y determinación de lo que se decide por quien ejerce la atribución, sino coparticipación en la sustancia misma de lo que se resuelva. Sólo así se explican los diversos tipos de responsabilidad en que incurre un Ministro de Estado con relación al acto del Presidente."*;

TRIGESIMOSEGUNDO. Que la Constitución agrega que esa colaboración es directa e inmediata. Con el primer calificativo ("directa") se establece que la colaboración de los Ministros es sin intermediarios. De ahí que los Ministros despachan los asuntos en reuniones directas con el Presidente. Los Ministros tratan cotidianamente con

él, reciben sus llamados, asisten a reuniones con él, le reportan e informan sobre la marcha de sus carteras, por escrito o verbalmente, etc., y reciben instrucciones y órdenes directamente. En cambio, hay otros órganos que no tienen ese contacto presencial y que están intermediados por el Ministro del sector. Por ejemplo, un jefe de servicio, también colaborador, está inserto en un Ministerio; por lo mismo, llega al Presidente por el conducto del Ministro. Excepcionalmente tiene un trato directo con él. Lo mismo sucede con los intendentes, quienes, a pesar de ser los representantes naturales e inmediatos del Presidente en la respectiva región, actúan por órdenes e instrucciones que les imparta el Presidente directamente o “a través del Ministerio del Interior” (artículo 2º, letra a), Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional).

Con el segundo calificativo (“inmediato”) se establece el carácter cercano o contiguo de ese vínculo. Por de pronto, esto se manifiesta en actos de confianza del Presidente: estas autoridades son de su exclusiva confianza (artículo 32 N° 7 de la Constitución); lo subrogan cuando tiene un impedimento temporal, de acuerdo al orden de precedencia legal (artículo 29); responden los oficios de fiscalización dirigidos al Presidente (artículo 52 N° 1, letra a); deben concurrir personalmente a las sesiones especiales que la Cámara o el Senado convoquen en asuntos de su cartera (artículo 37). Enseguida, se expresa en que asumen ciertas cargas: responden individual o solidariamente de los actos que firman (artículo 38); son acusables constitucionalmente (artículo 52 N° 1, letra c); pueden ser interpelados por la Cámara de Diputados (artículo 52 N° 1, letra b); no pueden ser candidatos a diputados o senadores (artículo 57 N° 1);

TRIGESIMOTERCERO. Que, asimismo, la colaboración directa e inmediata de los Ministros de Estado es en las dos funciones que la Constitución le encomienda al Presidente de la República en su artículo 24. Es decir, la labor de gobierno o de conducción o dirección y la labor de administración o de satisfacción de las necesidades públicas. No ha querido la Constitución dejar que la colaboración se restrinja a una de estas áreas. Pero eso no significa que se confundan. Así, por ejemplo, todo lo que tenga que ver con la participación en la función legislativa, en la conducción de las relaciones internacionales, se enmarca dentro de la función de gobierno. En cambio, todo lo que tenga que ver con la cobertura de las carencias de modo regular, continuo y sistemático, es propio de la labor administrativa;

TRIGESIMOCUARTO. Que, como consecuencia de todo lo que acabamos de señalar, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece, por una parte, que los Ministerios son *“los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores”*. Dichos sectores *“corresponden a los campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones”*. Por la otra, señala que *“los Ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta”*;

TRIGESIMOQUINTO. Que, por otra parte, históricamente, el complejo orgánico de la Administración, compuesto por órganos de distinta naturaleza (Ministerios, servicios públicos, intendencias, gobernaciones, municipios, etc.), era

entendido desde una perspectiva vertical. Había órganos superiores y órganos inferiores. La Administración era comprendida como una estructura jerárquica. Sin embargo, en la actualidad, a ese componente piramidal se suma una mirada horizontal. Los órganos tienen asignada una competencia; están obligados a ejercerla; pero sus cometidos deben ser llevados a cabo coordinadamente;

TRIGESIMOSEXTO. Que la coordinación es reconocida por la Constitución como principio de la organización de los órganos de la administración del Estado (artículos 33, 114, 118 y 123).

Tiene dos niveles en los que opera.

Por una parte, opera al interior de cada órgano. Así, por ejemplo, a los subsecretarios, en los Ministerios, les corresponde “coordinar la acción de los órganos y servicios públicos del sector” (artículo 24, Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado).

Por la otra, se lleva a cabo tanto a nivel nacional (artículo 24, Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado) como local (artículo 10, Ley Orgánica de Municipalidades; artículos 24, letra m), 109 y 110 de la Ley Orgánica Constitucional de Gobierno y Administración Regional);

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que dicha coordinación es, en primer lugar, un modo de ejercer competencias que permite el ejercicio conjunto de las competencias propias; por lo mismo, no implica ni privar ni compartir potestades. En la coordinación tampoco hay jerarquía o dependencia entre los órganos que se coordinan, sino que una articulación simultánea o sucesiva de las facultades propias. Como dice la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 10, *“la coordinación deberá efectuarse sin alterar las*

atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos."

En segundo lugar, la coordinación es un principio de organización de los órganos de la administración que busca que actúen con unidad y coherencia en el logro de sus fines. Busca que, en su acción, los órganos eviten "la duplicación o interferencia de funciones" (Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, artículo 5°).

En tercer lugar, la coordinación, en nuestro sistema jurídico, es también un deber para la Administración. De acuerdo al artículo 5° de la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado, *"los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente"*;

TRIGESIMOCTAVO. Que no es de extrañar, entonces, que la Constitución también contemple la posibilidad de que el Presidente de la República encomiende a uno o más Ministros de Estado la coordinación de la labor que corresponde a los secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional (artículo 33, inciso tercero).

En virtud de esta facultad, el Presidente de la República ha encomendado a Ministros de Estado diversas tareas de coordinación. Por ejemplo, mientras Carabineros e Investigaciones dependían del Ministerio de Defensa, el Presidente de la República encomendó al Ministro del Interior coordinar la labor de los Ministros encargados de la Seguridad Pública (D.S. N° 48/92, Interior; 320/94, Interior; 954/2003, Interior);

TRIGESIMONOVENO. Que, sin perjuicio de esta coordinación administrativa, el legislador, mediante la Ley N° 18.993, de 1990, creó el Ministerio Secretaría

General de la Presidencia. Este tiene como antecedentes el Comité Asesor de la Junta de Gobierno (D.L. N° 460/1974), el Comité Asesor Presidencial (Ley N° 18.071) y la Secretaría General de la Presidencia (Ley N° 18.201).

La labor básica de este Ministerio está definida en la ley. El artículo 1° de la Ley N° 18.993 señala: *"Créase el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República que constituirá la Secretaría de Estado encargada de realizar funciones de coordinación y de asesorar directamente al Presidente de la República, al Ministro del Interior y a cada uno de los Ministros, sin alterar sus atribuciones, proveyéndoles, entre otros medios, de las informaciones y análisis político-técnicos necesarios para la adopción de las decisiones que procedan."*

CUADRAGÉSIMO. Que, como se observa, se trata de un Ministerio que tiene dos roles esenciales. Por una parte, la labor de coordinación dentro del Gobierno en los asuntos programáticos de la gestión del Ejecutivo (artículo 7°, Ley N° 18.993). Por la otra, es un Ministerio encargado de asesorar directamente al Presidente de la República. Así lo señalan diversas disposiciones de su estatuto legal (artículos 1° y 2°). Por lo mismo, puede realizar estudios y análisis de corto y mediano plazo, relevantes para las decisiones políticas, y someterlos a consideración del Presidente de la República (artículo 3°). Como consecuencia de ello, puede actuar "Por orden del Presidente de la República" (artículo 3°, letra c));

CUADRAGESIMOPRIMERO. Que una de las labores más importantes de esta Cartera es su participación en la agenda legislativa del Gobierno. En tal virtud, revisa y estudia los anteproyectos de ley; hace seguimiento de los

proyectos de ley en trámite parlamentario; lleva un archivo de las iniciativas legales en trámite y de su estado de avance (artículo 7°, Ley N° 18.993); elabora los decretos promulgatorios de las leyes y efectúa la numeración correlativa de las mismas (D.S. N° 7, 1991, Minsegespres); sirve de enlace con el Tribunal Constitucional en todo lo que dice relación con la tramitación de los proyectos de ley que según la Constitución deben someterse a su consideración (artículo 42, Ley N° 18.997; artículo 7° D.S. N° 7, 1991, Minsegespres); elabora informes periódicos referidos a las relaciones del Gobierno con el Congreso; coordina reuniones periódicas entre las autoridades del Gobierno y las autoridades parlamentarias (artículo 11, D.S. N° 7, 1991, Minsegespres);

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, entonces, al solicitarse correos de un Ministro de Estado, que además de colaborar, como todo el que ocupe tal tipo de cargo, con el Presidente de la República, en materia de gobierno y administración, lo asesora directamente en el ejercicio de su función legislativa, se está injiriendo dentro de una de las funciones más típicas del Presidente de la República, pero también de las más sensibles;

V.SE AFECTA NEGATIVAMENTE LA INVIOLEABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS.

1. La controversia.

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, luego de formulados esos criterios interpretativos, 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. Los correos electrónicos.

CUADRAGESIMOCUARTO. Que, antes de entrar al análisis del artículo 19 N° 5° de la Constitución, hay que señalar que 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);

CUADRAGESIMOQUINTO. Que, enseguida, hay que señalar 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, y 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, Minsegespres);

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

CUADRAGESIMOSEXTO. Que, puntualizado lo anterior y 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 Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Editorial Jurídica, 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 y, muy relevante para nuestro análisis, 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;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO. 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;

CUADRAGESIMOCTAVO. 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);

CUADRAGESIMONOVENO. 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;

QUINCUGÉSIMO. 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;

QUINCUAGESIMOPRIMERO. 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 emisor 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 confiere 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);

QUINCUAGESIMOSEGUNDO. 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 precave 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;

QUINCUAGESIMOTERCERO. 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 en este ámbito. 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;

QUINCAGESIMOCUARTO. 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, y que es necesario obrar en ese sentido porque no hay otro camino menos invasivo. La norma, por lo mismo, debe tener ese propósito específico, y no otro distinto o diseñado para otros efectos.

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, a 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);

QUINCAGESIMOQUINTO. 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). Nótese que la norma se refiere a *“comunicaciones informáticas”*. 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 anticompetencia, 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 Corte de Apelaciones, puede ordenar a Carabineros o Investigaciones que registre e incaute 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). Nótese que alude a *“comunicaciones informáticas”*. 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);

QUINCUAGESIMOSEXTO. 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 definidos por esta Magistratura, que apartándose del test general de determinación y especificidad, ha exigido test específicos, como las 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);

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que, de este modo, el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando sea necesario porque no hay otra alternativa disponible y lícita; 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;

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

QUINCAGESIMOCTAVO. 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;

a. La primera razón de la vulneración constitucional.

QUINCAGESIMONOVENO. Que 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 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.

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 (Alvarez

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;

SEXAGÉSIMO. Que no obsta a lo anterior que los correos de que se trata sean de funcionarios públicos o de los Ministros de Estado, 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. Más todavía si en este caso se piden respecto de una información altamente valiosa, y de acceso restringido, como la relativa a un anteproyecto de ley.

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 móvil, 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 móvil 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 esos propósitos. 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 Minseges, 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 asignado 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;

SEXAGESIMOPRIMERO. 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 de esto 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);

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Estas 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, más todavía tratándose de anteproyectos de ley, 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°;

SEXAGESIMOTERCERO. Que hay que considerar que los correos de que se trata, son de un Ministro de Estado. No se trata, en consecuencia, de cualquier autoridad. Se

trata de un colaborador inmediato y directo del Presidente de la República.

Además, se trata de correos que comprometen la función medular de la Secretaría General de la Presidencia, como es la preparación de anteproyectos de ley.

Volveremos sobre esto más adelante;

b. La segunda razón de la vulneración constitucional.

SEXAGESIMOCUARTO. 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 monopólica, 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°;

SEXAGESIMOQUINTO. Que, en estrados, se afirmó que este test era severo y estricto. Consideramos que así debe ser, por los bienes jurídicos involucrados.

También, que se construía sobre escuchas telefónicas. Sin embargo, varias de las normas aluden a registro de comunicaciones informáticas.

Asimismo, se sostuvo que el hecho de que se pudiera reclamar de las decisiones del Consejo para la Transparencia, permitía la intervención judicial que el test exige. Al respecto, nos sorprende que sea el propio Consejo para la Transparencia el que reconozca que no bastan sus atribuciones para decretar este tipo de acceso; pero demuestra la coincidencia sustantiva con lo razonado por esta Magistratura;

c. La tercera razón de la vulneración constitucional.

SEXAGESIMOSEXTO. Que una tercera 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, STC 2153/2012).

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;

SEXAGESIMOSÉPTIMO. Que a lo anterior cabe agregar que el artículo 8° de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y ésta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad. No cabe configurar, entonces, un test de proporcionalidad cuando la Constitución resolvió, por anticipado, el conflicto. No cabe intermediar un test que balancee esta causal con la publicidad. De ahí que, cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la publicidad. De lo contrario, los derechos contrapuestos a la publicidad serían excepciones relativas. Cabe agregar que un test en tal sentido, incorporado durante la tramitación de la Ley N° 20.285, fue expresamente eliminado durante su paso por el Senado;

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

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

1. La controversia.

SEXAGESIMONOVENO. Que el requirente 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”*;

SEPTUAGÉSIMO. 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 Cépeda, 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);

SEPTUAGESIMOPRIMERO. Que el Consejo para la Transparencia ha reconocido esta situación. En la decisión C1101-11, que constituye el acto reclamado en la gestión pendiente, 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;

SEPTUAGESIMOSEGUNDO. 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. Dos criterios de análisis.

SEPTUAGESIMOTERCERO. 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;

SEPTUAGESIMOCUARTO. Que, enseguida, en estrados se sostuvo que el hecho de que la norma impugnada exceda el precepto constitucional, no se traduce en que lo infrinja.

Al respecto, cabe señalar que la Constitución definió en el artículo 8° lo que debía ser público: los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución, en consecuencia, estableció un ámbito o un conjunto de materias. En ese ámbito, no se establece que “toda información” es pública.

La relevancia de lo anterior es que cuando la Constitución establece un ámbito, define una competencia. En consecuencia, todo exceso en ese espacio normativo, es una infracción constitucional. Esto es tan claro que es un vicio en el actuar de los órganos de la administración *“todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades”* (artículo 2º, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

No comparte, entonces, este Tribunal que el exceso de competencia no sea un vicio, en este caso de constitucionalidad, por ser la Constitución la que definió las materias que podían ser públicas;

SEPTUAGESIMOQUINTO. Que el Consejo para la Transparencia alega, asimismo, que el exceso se justifica porque lo que se busca con el acceso a los correos electrónicos es asegurar la probidad administrativa.

No compartimos lo anterior.

En primer lugar, porque la Constitución trata en incisos diferenciados la probidad de la publicidad. Una en el inciso primero; la otra, en el inciso segundo.

En segundo lugar, hay un par de diferencias centrales entre la probidad y la publicidad. Por una parte, mientras la probidad exige siempre la *“preeminencia del interés general sobre el particular”*, (artículo 52, inciso segundo, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), la publicidad tiene un énfasis distinto, pues se sacrifica cuando hay derechos de particulares involucrados. Por la otra, mientras la Constitución establece que la probidad no deja espacios francos o libres, al señalar que rige para los órganos del Estado en forma *“estricta”* y en *“todas sus actuaciones”*, la publicidad sí admite

excepciones por la vía de las causales de reserva o secreto.

En tercer lugar, porque la Constitución diferencia los ámbitos en el artículo 8°. Mientras en el inciso primero se establece un principio de probidad, al que todo órgano debe dar estricto cumplimiento, en el inciso segundo se refiere a la publicidad, y el legislador orgánico, controlado por esta Magistratura, ha regulado diferenciadamente ambas materias. Así, la probidad es asegurada en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado a través de una serie de instituciones, como las conductas prohibidas (artículo 62), las inhabilidades (artículo 54), las declaraciones de intereses y de patrimonio (artículos 57 y siguientes). Mientras que la publicidad se regula, entre otros preceptos, en la Ley N° 20.285 y en la Ley N° 19.880, con instituciones distintas a las que buscan cautelar la probidad.

En cuarto lugar, porque si la Constitución acotó los aspectos que son públicos en el inciso segundo del artículo 8°, no fue porque en el inciso primero se hubieran ampliado. En el inciso primero no hay alusión a la materia.

En quinto lugar, acceder o no a un correo, no es asunto de probidad, sino de publicidad. Y lo que se discute en la gestión pendiente es si existe o no causal para negar el acceso a ellos.

Finalmente, si estuviéramos en el ámbito de la probidad, el Consejo para la Transparencia no tendría competencia para haber ordenado a la autoridad entregar sus correos, porque su competencia tiene que ver con el acceso a la información (artículo 32, Ley N° 20.285), pero no con la probidad;

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

SEPTUAGESIMOSEXTO. Que, establecido lo anterior, entremos al fondo del cuestionamiento. 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, 2153/2012), 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);

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO. 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);

SEPTUAGESIMOCTAVO. 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;

SEPTUAGESIMONOVENO. 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;

OCTOGÉSIMO. 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);

OCTOGESIMOPRIMERO. 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 ...*”;

OCTOGESIMOSEGUNDO. 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° impugnado, 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, precisando correctamente conforme a lo que establece el precepto constitucional.

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;

OCTOGESIMOTERCERO. Que tampoco puede sostenerse que los correos electrónicos 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. Estos conceptos apuntan a manifestaciones de voluntad, incompatibles con el carácter de borrador de un anteproyecto de ley. Además, respecto del Ejecutivo, estas expresiones tienen que ver con actos administrativos, no con borradores de proyectos de ley.

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. Pero para ello es esencial que, por una parte, exista algún procedimiento reglado; y por otra, un expediente, en que se anexen los eventuales documentos, informes u observaciones. Nada de esto existe en un anteproyecto de ley. Estos no tienen un procedimiento reglado; ni existe la obligación de llevar un expediente. Toda la información se ordena en la exposición de motivos con que, en la eventualidad de que el anteproyecto se transforme en proyecto, se remita al Congreso Nacional la iniciativa de ley. Los parlamentarios deciden en base al texto definitivo, no en base a borradores. La información que ponderan es la que formalmente se les da a conocer en la exposición de motivos o en las intervenciones de los Ministros al momento de discutir los proyectos. Eso es lo que vale. Además, existe una razón de lógica. El anteproyecto no puede ser el fundamento de sí mismo.

Si los anteproyectos, entonces, no se encuentran comprendidos en el artículo 8°, no pueden estarlo sus anexos, como son los correos vinculados a ellos;

OCTOGESIMOCUARTO. Que se trate de la entrega de correos electrónicos vinculados a un anteproyecto de ley, emana de que así lo precisó el abogado de don Juan José Soto en estrados. Este señaló que no estaba solicitando

todos los correos electrónicos del Ministro Secretario General de la Presidencia, sino todos aquellos vinculados a la reforma legal de la Alta Dirección Pública. Por lo demás, así lo había indicado durante la tramitación de la solicitud de acceso ante el Consejo para la Transparencia, como consta en el número 6 de la resolución de ese organismo, que ordenó entregar los correos en la audiencia que se llevó a cabo el 18 de enero de 2012;

OCTOGESIMOQUINTO. Que el hecho de que se trate de información vinculada a un anteproyecto de ley, es de enorme importancia para lo que esta Magistratura debe resolver. En primer lugar, porque se trata de solicitar, justamente, información respecto de un anteproyecto de ley.

Los anteproyectos de ley se distinguen, desde luego, porque son un borrador de una iniciativa de ley. Como tal, es un escrito que se puede cambiar infinitas veces, porque por definición es provisional. Sólo cuando se transforma en proyecto de ley adquiere el carácter de definitivo y completo. Eso sucede cuando el Ejecutivo lo ingresa a la Oficina de Partes de la Cámara respectiva del Congreso. Ahí se transforma de anteproyecto en proyecto. Mientras es anteproyecto no tiene todo el contenido definitivo. Tampoco puede tener la forma de un proyecto de ley, con articulado. Como anteproyecto puede consistir, por ejemplo, en una simple minuta con las ideas fundamentales destinadas a convertirse en un texto organizado como proyecto de ley. Enseguida, no está sujeto a ningún procedimiento reglado. No hay trámites obligatorios que defina alguna norma, que deba seguirse dentro de la Administración. Su tramitación interna se sujeta a prácticas, que puede o no regular cada Gobierno. La forma de expresar comentarios a su respecto pueden ser

los informes, las reuniones. Distinto es que requiera conformidades políticas, programáticas, financieras. No hay expedientes donde consten o se agrupen los informes o las opiniones, ni documentos que deban pedirse o hacerse. A continuación, no hay obligación de enviar un anteproyecto al Congreso Nacional. En tal sentido, puede archivar y desarchivar muchas veces. La decisión de enviarlo no está sujeta a escrutinio, debate o votación, porque es una decisión del Presidente de la República. Otra característica de los anteproyectos es que su acceso es restringido, aun dentro del Ejecutivo. Sólo conocen de ellos las personas u organismos a quienes el Presidente o el Ministro encargado de impulsarlos, estima pertinente dárselos a conocer. Incluso el destinatario final de un anteproyecto, si llega a transformarse en proyecto de ley (el Congreso Nacional), está excluido de conocerlo en esta etapa. Finalmente, el contenido de un anteproyecto y la oportunidad de su ingreso, son discrecionales. Con excepción de las leyes periódicas de tipo constitucional (el Presupuesto de la Nación) o legal (salario mínimo, reajuste del sector público), pueden o no enviarse, y definirse libremente la fecha de ingreso al Congreso. Dicha discrecionalidad se proyecta a la Cámara de origen, pues salvo que la Constitución indique una obligatoria, puede ser cualquiera;

OCTOGESIMOSEXTO. Que, entonces, el conocimiento singular, por una persona determinada, de los antecedentes vinculados a un anteproyecto de ley, constituye un privilegio, pues se trata de una información aún no divulgada, cuyo conocimiento puede influir de diversa manera, por lo decisivo del dato. Acceder a esa información sería una ventaja estratégica. Lo anterior explica que cuando se difunden, de manera reglada, en otros países anteproyectos de normas legales,

no se hace a favor de un sujeto específico, sino de modo general. Todas las personas obtienen la información. Además, se regula la posibilidad de formular observaciones, con la ponderación consiguiente de dichas respuestas.

También, el conocimiento de esos antecedentes puede entorpecer la elaboración del anteproyecto, por muy diversas razones, como la exposición prematura o la difusión de un texto que no es definitivo. Asimismo, el conocimiento de un anteproyecto puede rigidizar posiciones. La elaboración de este tipo de iniciativas requiere máxima flexibilidad para coordinar distintas competencias de órganos públicos, así como diferentes intereses que puedan ser afectados. Implica también ajustar la agenda programática del Gobierno; calzar el anteproyecto con la planificación legislativa.

Finalmente, no hay que olvidar que el anteproyecto no tiene aún una decisión. Es un borrador dentro del Gobierno. Y cuando se envía al Congreso, es sólo una propuesta, que éste puede cambiar o rechazar;

OCTOGESIMOSÉPTIMO. Que, en segundo lugar, el conocimiento singular de un anteproyecto por un particular, sería una desconsideración con el Congreso, que es el destinatario final de los proyectos de ley. Una vez que el Gobierno decida el envío del anteproyecto, éste gozará de máxima publicidad. El texto irá acompañado de un mensaje en el que se explicarán las razones que lo justifican. Los Ministros tendrán que concurrir al Congreso a dar explicaciones sobre el sentido y alcance de lo que se propone. Transformado en proyecto de ley, el Congreso se convierte en el foro privilegiado de discusión de las iniciativas legales. Por lo mismo, no tiene sentido iniciar una discusión previa a la que naturalmente debe darse en el Congreso. Pero entregarle a

un particular el texto, sin que un parlamentario tenga ese acceso, no es una manera correcta de entender la colaboración y la lealtad entre dos poderes del Estado;

OCTOGESIMOCTAVO. Que, en tercer lugar, hay que considerar también que la potestad legislativa en nuestro sistema constitucional no es de los Ministros de Estado. En efecto, cuando la Constitución aborda los distintos aspectos de esta potestad, siempre lo hace mencionando al Presidente de la República. Ni siquiera usa la expresión “Ejecutivo”. Baste examinar el artículo 32 N° 1, cuando define como atribución exclusiva del Presidente de la República *“concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución”*. Lo mismo sucede cuando la Constitución establece la cámara de origen para los mensajes (artículo 65, inciso primero), la iniciativa exclusiva (artículo 65, incisos tercero y cuarto, y artículo 67), las insistencias (artículos 68, 70 y 71), la sanción (artículos 32 N° 1 y 72), el veto (artículo 73), la promulgación (artículos 32 N° 1, 72 y 75), las urgencias (artículo 74). En todos estos casos, la Constitución atribuye la potestad al Presidente de la República.

Así, por lo demás, lo ha interpretado esta Magistratura, la que ha señalado que las facultades legislativas que la Constitución le entrega al Presidente de la República son atribuciones privativas de éste. Por lo mismo, estas facultades no pueden delegarse. Cuando el constituyente ha querido que los Ministros intervengan en el ejercicio de la función legislativa, en representación del Presidente de la República, lo ha señalado expresamente. De ahí que se haya objetado la posibilidad de que los Ministros pudieran presentar indicaciones a los proyectos de ley (STC 122/1991).

Baste contrastar esta potestad legislativa con la exigencia que en materia administrativa hace la Constitución respecto de la intervención de los Ministros de Estado. Mientras los reglamentos y decretos del Presidente de la República deben firmarse por el Ministro respectivo, porque sin este esencial requisito *“no serán obedecidos”* (artículo 35), nada dice la Constitución de los proyectos de ley. La práctica hace que éstos lleven la firma de los Ministros cuyas competencias sectoriales son afectadas por la iniciativa. Sin embargo, es completamente lícito que los proyectos de ley sólo lleven la firma del Presidente de la República. La Constitución no establece ningún requisito respecto a que los proyectos deban llevar dicha firma ministerial. Incluso la Ley Orgánica del Congreso Nacional sólo exige que las iniciativas que impliquen gastos lleven un informe financiero, donde se explique dicho gasto, la fuente de los recursos que demande la iniciativa y la estimación de su posible monto (artículo 14, Ley N° 18.918). Pero nada dice sobre firma de Ministros;

OCTOGESIMONOVENO. Que lo anterior tiene relevancia en lo que se analiza, y explica cómo el exceso competencial del artículo 5° de la ley, al ir más allá de lo establecido en el artículo 8° constitucional, afecta la distribución de funciones de nuestro sistema. En efecto, los correos que se solicitan tienen que ver con un anteproyecto de ley que se materializará eventualmente en un proyecto de ley, ejercicio de una potestad exclusiva del Presidente de la República. Por lo mismo, se está solicitando acceder a asuntos que caen directamente bajo la esfera de sus atribuciones. El Ministro puede ayudar a preparar la decisión que a aquél le corresponda tomar. Pero se está perturbando el

ejercicio de atribuciones que corresponden al Jefe de Estado, de acuerdo a nuestra Constitución.

El Presidente de la República debe tener el máximo de flexibilidad en esta materia, por el compromiso de la facultad de gobierno en la que se enmarca la potestad legislativa. En ella, el Presidente manifiesta su rol de conductor de los destinos del país. Por lo mismo, las actuaciones que tengan que ver con ese ámbito, deben contar con un grado de publicidad que no lo afecte negativamente.

La Constitución, en su artículo 8º, expresamente contempla como causal de secreto o reserva si la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado.

Para este Tribunal, todo lo que tenga que ver con la publicidad, vía derecho de acceso, durante la etapa de preparación de los proyectos de ley o fase prelegislativa, afecta negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República. Una vez que el proyecto ingrese al Congreso, la publicidad será máxima. Y ahí las personas podrán formular todos sus pareceres ante los que tienen que decidir. Es decir, ante los parlamentarios. Se trata, en consecuencia, de una restricción a la publicidad transitoria. No se genera un espacio inescrutable o excluido del escrutinio ciudadano;

NONAGÉSIMO. Que, entonces, el exceso en que incurre el precepto impugnado, impacta en el ejercicio de una potestad que no está entre las que deben ser afectadas por el derecho de acceso. El vicio de incompetencia desordena el delicado equilibrio de atribuciones que nuestra Carta Fundamental consagra;

NONAGESIMOPRIMERO. Que este Tribunal considera, en consecuencia, que efectivamente la parte impugnada del

inciso segundo del artículo 5° 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, ya que 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 142, debiendo oficiarse al efecto.

Se previene que el Ministro señor Francisco Fernández Fredes sólo concurre a lo resuelto por la argumentación consistente en que el precepto impugnado excede lo previsto en el artículo 8° de la Constitución. Por lo mismo, no comparte lo establecido en los considerandos 43° a 69° de la presente sentencia.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza,

quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, por las razones que a continuación se indican:

1°. Que identificar el conflicto constitucional es el primer modo de interpretar una solución al caso específico. Por lo mismo, nos centraremos, en parte importante de esta disidencia, en perfilar una argumentación que parte de ejes muy diversos que la sentencia y que revela algunos de los potenciales problemas que se devienen en la aplicación de estos criterios jurisprudenciales;

2°. Que abordaremos en esta disidencia la cuestión relativa al conflicto constitucional interpretando la regla de la inviolabilidad de las comunicaciones, el derecho de acceso a la información pública y el privilegio deliberativo como excepción al deber de publicidad de los actos de la Administración del Estado. Con posterioridad, realizaremos la aplicación al caso concreto con algunas derivaciones propias del fallo;

I.- El conflicto constitucional: la fuente normativa del privilegio deliberativo y la ineficacia reguladora de la inviolabilidad de las comunicaciones

3°. Que en este caso se ha acogido el requerimiento, de manera parecida que en el precedente de la STC Rol N° 2153, con una argumentación que se asienta en la tesis fuerte de los derechos fundamentales del Ministro de Estado, especialmente el artículo 19, N° 5, de la Constitución, esto es, la inviolabilidad de las comunicaciones aplicados a sus correos electrónicos. El camino argumentativo de los derechos, como lo sostuvo Ronald Dworkin, es que éstos son triunfos frente al Estado. De esta manera, según el mismo autor, un derecho moral o fundamental será triunfo cuando una meta o valor colectivo no sea razón suficiente como para impedirle a

un individuo hacer lo que le parezca y, por ende, justificar el perjuicio o afectación que entrañaría su derecho o libertad amagado por el bien colectivo. (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 3° reimpresión, 1997, pp. 37, 276-292). ¿ Por qué el bien colectivo de la transparencia no abarca el conocimiento de los correos electrónicos de un Ministro de Estado relativos a un proyecto de ley en su etapa de preparación ?, ¿ Es un triunfo contra el Estado el invocar los derechos fundamentales del Ministro de Estado ? Este es un caso paradójico que produce consecuencias igualmente paradójales. Se prefiere el lenguaje fuerte de los derechos fundamentales para cautelar las decisiones de un hombre de Estado. La Constitución, ¿acaso no le entrega al Ministro de Estado herramientas propias de las potestades públicas para deliberar y reflexionar previamente y libre de presiones acerca de la mejor orientación de las decisiones públicas? Esta es la esencia del voto de minoría, verificar cómo el conflicto constitucional está mal planteado y ofrece soluciones que generarán dificultades en la política legislativa democrática. Pero antes de desarrollar este punto explicaremos el alcance de la inviolabilidad de las comunicaciones y analizaremos el privilegio deliberativo en la Constitución a objeto de verificar cómo la aproximación sobre los mismos asuntos da un resultado diferente;

i) La inviolabilidad de las comunicaciones como derecho fundamental

4°. Que, la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho fundamental cuyas características son necesarias de explicar con mayor latitud, para que su aplicación al caso de la difusión de los correos

electrónicos no termine desfigurando el derecho ni desprotegiendo esta modalidad de comunicación.

Por lo mismo, parece fundamental identificar los bienes jurídicos protegidos (libertad y secreto), qué comunicaciones protege la inviolabilidad (directa o indirecta), la naturaleza del medio técnico (y su vulnerabilidad), la temporalidad de su protección (actividad o resultado), los límites de este derecho fundamental (abrir, interceptar o registrar) las garantías que cautelan este derecho (reserva de jurisdicción o reserva legal) y los efectos de su vulnerabilidad (secretos o reservas, deberes de mantenimiento de los mismos). A partir de este análisis es fundamental coordinar este derecho con otros colindantes;

5°. Que los bienes jurídicos protegidos por la inviolabilidad de las comunicaciones son: la libertad y el secreto. Una comunicación privada se sostiene en dos bienes jurídicos: la libertad y el secreto. La libertad, entendida como ausencia de intromisiones, en el desarrollo de un diálogo entre dos o más personas y el secreto de la comunicación caracterizado por su condición de inviolabilidad. La vida privada tiene por condición la existencia de esa libertad y el secreto es la garantía instrumental que refuerza la propia forma en que se despliega la comunicación;

6°. Que resulta fundamental identificar el tipo de comunicación que se protege. Ahora bien, la Constitución en su artículo 19, N° 5, asegura *“la inviolabilidad (...) de toda forma de comunicación privada. (...) Sólo puede (...) las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”*. En síntesis, toda comunicación se garantiza

pero no toda comunicación posee la misma inviolabilidad. Hay dos problemas que plantea el texto constitucional: si lo protegido es la comunicación directa o no y verificar qué entenderemos por el alcance de la expresión “comunicación privada”.

La comunicación de la que se predica esta característica requiere distinguir entre la comunicación privada personal directa y la indirecta. La comunicación personal directa es aquella desarrollada presencialmente entre dos personas, o sencillamente, una conversación. En cambio, la comunicación personal indirecta es aquella que se produce entre dos personas pero mediadas por un elemento tecnológico que la facilita, sea teléfono, fax, mensajería electrónica, telégrafo o correo electrónico, entre las tantas posibilidades que la Constitución cubre.

Parecería un contrasentido afirmar que se debe distinguir puesto que la Constitución no sólo no distingue entre este tipo de conversaciones sino que aquella desarrollada *intuito personae* debería tener una protección reforzada. En línea de principio la conversación interpersonal se protege sola puesto que es menos vulnerable al ejercicio de un tercero inexistente. No escapa a estos jueces que es plausible su vulneración mediante métodos intrusivos que afecten la libertad de la comunicación personal que se realiza actualmente. Sin embargo, deben existir acciones conscientes dirigidas a violentar tal secreto, cuestión que no se puede descartar pero que no resulta una condición habitual de la comunicación como sí lo es la vulnerabilidad mediante el medio técnico;

7°. Que, por lo mismo, el énfasis histórico de esta inviolabilidad se manifiesta, especialmente, en la vulnerabilidad añadida que tiene el hecho de conversar

indirectamente a través de un medio técnico puesto que se trata de cautelar “toda forma de comunicación privada”. “El vocablo *comunicación privada* se refiere a todo tipo de comunicación epistolar, telefónica, radiográfica, fax, email, entre otros” (Humberto Nogueira, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Cecoch, Librotecnia, tercera edición, 2010, p. 867)

En tal sentido, la comunicación es “todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico”. (Javier Jiménez Campos, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 20, Mayo- Agosto de 1987, p. 42) El riesgo de la intromisión radica en el hecho de que no controlamos el medio de desplazamiento del mensaje, desde el envío de una carta, de un telégrafo, de un fax, de una llamada telefónica o de un mensaje o correo electrónico;

8°. Que es particularmente relevante identificar cuáles son los riesgos y vulnerabilidades de la comunicación mediante correos electrónicos. En este caso el control del medio técnico reside normalmente en un tercero, esencialmente en empresas públicas o privadas que prestan el servicio de mensajería electrónica o informática. Ese tercero, en el caso de los correos electrónicos, tiene un significativo poder, según lo describe un experto informático:

“Es posible por tanto, que quien posea los privilegios del administrador de un computador: Revise los correos electrónicos almacenados en un computador. Configure un servidor de correo para almacenar una copia de los correos entrantes y salientes, copia que después puede ser revisada por él mismo o por un tercero. Intervenga, detenga o desvíe el despacho de un correo

electrónico, cuando dicho correo cumpla o no cumpla, ciertas condiciones predeterminadas. Por ejemplo, que detenga todos los correos enviados a la Universidad de Chile, o que envíe un aviso al administrador cada vez que un mensaje de correo electrónico se adjunta con un archivo de sonido, o que no permita la recepción de mensajes que superen un cierto tamaño, o que no permita el envío de mensajes a una cierta dirección electrónica.

También es posible que quien posea los privilegios del administrador: Haga copias de respaldo de los correos electrónicos para garantizar que la pérdida de un mensaje, sea transitoria, recuperando la copia almacenada. Revise, a través de programas automáticos, las bitácoras del correo electrónico para generar estadísticas de las recepciones y envíos de los usuarios de dicho servidor. Revise, a través de programas destinados para tal efecto, los correos electrónicos que transitan por el servidor buscando virus computacionales. De ser encontrados, dichos correos son rechazados para evitar la infección de los destinatarios, y devueltos al remitente con un aviso alertando sobre el problema.

Todas estas acciones, pueden ser realizadas por el administrador de un computador sin que el remitente, o el destinatario de los mensajes, tenga plena conciencia de que son realizadas." (Eduardo Rodríguez Silva, "El correo electrónico", *Revista Chilena de Derecho Informático*, N° 3, 2003, Universidad de Chile).

Por tanto, más allá del derecho de acceso a la información pública ejercido por los ciudadanos, el principal riesgo sobre el proceso de comunicación vía e-mail es el adecuado control de la administración y soporte de los servidores de correos electrónicos. Por lo mismo, tal es el sentido del delito establecido en el

artículo 4° de la Ley N° 19.223, que castiga al *“que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado.”*;

9°. Que la comunicación personal indirecta tiene un problema adicional, puesto que la conversación queda, normalmente, documentada por escrito. Ese reflejo material transforma y activa el otro bien jurídico de la comunicación: esto es ejercida sin dificultad la libertad de comunicación se traslada el dilema jurídico desde la libertad a la protección del secreto, cuestión que veremos más adelante;

10°. Que el otro problema anunciado es que la garantía constitucional abarca la protección de *“toda forma de comunicación privada”*. Es evidente que el alcance de la comunicación entre privados, cualquiera sea el título por el cual se reivindica la condición de particular, es plena respecto de éstos.

La interrogante a responder es si esta plenitud de garantía abarca por igual a todos los agentes de la comunicación de la misma manera que la que se produce entre privados. Así la comunicación mediante correos electrónicos entre particulares y funcionarios públicos o entre éstos últimos entre sí, ¿se da en el marco exclusivo del derecho constitucional reconocido en el artículo 19, N° 5, de la Constitución ?;

11°. **Que hay que precisar qué es lo constitucionalmente protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones.** Eso nos lleva a especificar qué es exactamente lo resguardado por esta inviolabilidad. Lo protegido por este derecho es el proceso de comunicación mientras éste se realice. Esa conversación es la que es

necesaria de garantizar mediante una protección espacial de intangibilidad. La fortaleza de este derecho se logra transformando en invulnerable el medio a través del cual se realiza, sin importar nada el contenido de lo comunicado. “Lo que se considera constitucionalmente digno de protección es la limitación de acceso en sí misma, con independencia de cualquier consideración material. En otras palabras, lo decisivo no es el contenido (lo que se guarda en el domicilio o lo que se transmite en la comunicación), sino el continente (poder guardarlo o transmitirlo sin que lo sepan los demás incluido el Estado).” (Luis María Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Thomson, Segunda edición, 2005, p. 305) Es la limitación de acceso en sí misma, con independencia de cualquier consideración material. Por lo mismo, la intromisión ilegítima e inconstitucional consiste en intervenir en el proceso de transmisión sin una causa admisible constitucional y legalmente;

12°. Que no basta el análisis del derecho sin estudiar los límites de la inviolabilidad de las comunicaciones. La inviolabilidad de las comunicaciones tiene límites desde el mismo momento en que la Constitución autoriza que “*las comunicaciones y documentos privados (pueden) interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*” (artículo 19 N° 5 de la Constitución). La interceptación, apertura o registro dan cuenta de verbos rectores que protegen la actividad comunicativa. La apertura de las cartas es la más antigua de las formas en que se protegió este derecho pero aún en ese caso protegía la actividad comunicativa que no se perfeccionaba hasta que el propio titular abriese su correspondencia. La interceptación cautela que no se

interfiera el medio técnico que permite la comunicación, sea mediante la suspensión, intervención o retención de los mensajes durante una transmisión de los mismos. Por ende, la interceptación sólo apunta al proceso de comunicación entre personas determinadas con lo cual también alcanza al secreto de las comunicaciones el de la identidad de los comunicantes. Finalmente, la expresión registro es ambigua por su polisemia conceptual. Son quince las definiciones que contiene el Diccionario de la Real Academia Española para referirse a ella. Las más aplicables serían: (2) *Examinar algo o a alguien, minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto.* (9) *Contabilizar, enumerar los casos reiterados de alguna cosa o suceso.* (10) *Inscribir mecánicamente en un disco, cilindro, cinta, etc., las diferentes fases de un fenómeno.* (11) *Grabar (imágenes o sonidos).*” (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22^a Edición). La primera expresión no es aplicable, puesto que corresponde al cacheo personal o a la indagación sobre una cosa. Las otras refieren a la actividad de grabar una conversación, a monitorear las acciones individuales de comunicación (con quiénes conversa, en qué horarios y circunstancias, etc.) En síntesis, el registro es aplicable al monitoreo de las comunicaciones de una persona, en el entendido que la identificación de sus conversaciones, y, sobre todo, de sus redes comunicativas, constituye una de las expresiones más completas de la invasión en la intimidad de una persona;

13°. Que el contenido constitucionalmente protegido del derecho y sus límites deben estar robustecidos por las garantías frente a la inviolabilidad de las comunicaciones. “Las comunicaciones y documentos privados (pueden) interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”. La regla

general es que el derecho tiene un amplio margen de acción con la sola salvedad de que el legislador defina los casos susceptibles de interceptación, apertura o registro y configure la forma en que esta limitación lícitamente deba realizarse.

La trayectoria histórica de este derecho en Chile nos indica que la garantía que fortalecía esta inviolabilidad era la reserva legal, esto es, que la previa determinación legislativa permitía la interceptación, apertura o registro de la comunicación (Ver artículos 147 de la Constitución de 1833, artículo 10 N° 13 de la Constitución de 1925 y artículo 19 N° 5 de la Constitución vigente). Con ello, se desmarca de la garantía de la reserva de jurisdicción que está presente en otros ordenamientos constitucionales.

La garantía de reserva de jurisdicción es más reforzada que la garantía de reserva legal, porque importa una doble habilitación para intervenir en las comunicaciones, primero legal y después judicial. Junto a la habilitación legal simple, se exige un control judicial preventivo que acredite la existencia de una motivación suficiente que autorice limitar esta libertad.

El camino constitucional chileno importa que la "forma" que autoriza la intervención haya sido entregada a una determinación legal previa. Ella puede o no coincidir con la autorización de un juez. Lo anterior, es fundamental, puesto que la actuación judicial se caracteriza como una garantía razonable, que puede ir acompañada de otros procedimientos;

14°. Que los derechos no se entienden aisladamente sino que en un contexto constitucional complejo, que

obliga a examinar el vínculo de la inviolabilidad de las comunicaciones con otros derechos fundamentales. La inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho específico dentro del complejo de derechos que garantizan diversos aspectos del respeto a la vida privada. Este vínculo no es indiciario de que toda vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones implique, a su vez, una violación del derecho al respeto de la vida privada. Así, por ejemplo, la interceptación telefónica de una llamada intrascendente constituye violación del artículo 19 N° 5 pero no así del artículo 19 N° 4 de la Constitución. Por ende, la clave es identificar y especificar un conjunto adecuado de las relaciones jurídicas en derechos que están sometidos a nuevas formas tecnológicas que desafían sus contenidos y garantías como es el caso de esta causa.

En una perspectiva asociada al desarrollo tecnológico, es evidente que las formas en que pueda adoptarse esta intervención pueden llevarnos a una vulneración de un derecho diferente. Por ejemplo, una conversación personal con otra persona dentro de mi hogar, que es monitoreada por sistemas intrusivos de detección de la conversación, constituye una vulneración de la inviolabilidad del domicilio y no de la comunicación.

Si lo protegido es la comunicación mientras ésta se desarrolla su garantía se perfecciona hasta el mismo momento en que ésta concluye. Así, por ejemplo, lo comunicado entre dos personas satisface en plenitud el ejercicio de la inviolabilidad de las comunicaciones, pero si una de ellas manifiesta a terceros su contenido deberá verificarse el derecho fundamental nuevo transgredido. Si difunde un secreto personalísimo, será el derecho al respeto a la vida privada, o si lo

difundido es una creación o innovación tecnológica, podrá ser el artículo 19 N° 25 de la Constitución el que se estime vulnerado. Por tanto, es clave identificar un nuevo derecho que se abre a partir de la difusión no consentida de una comunicación;

15°. Que los efectos de la violación de secretos dependerán del estatuto constitucional de la comunicación. En la materia existen dos aproximaciones diferentes para regular el secreto violado. Por una parte, está el estatuto penal y por la otra la dimensión constitucional del secreto que se debe diferenciar. Veamos a la dimensión punitiva del Estado;

16°. Que los delitos que protegen el proceso de comunicación son de índole diversa. Es así como en materia propia del Código Penal, el legislador sanciona *“al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grave o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público. Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior. (...) Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas”*. (Artículo 161-A del Código Penal). Asimismo, se sanciona al que *“maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones”* (artículo 36 b) de la Ley N° 18.168).

En una dimensión similar, la Ley N° 19.223 establece como delito la conducta del que, con ánimo de “conocer indebidamente la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda al él” (artículo 2°) La misma ley sanciona al que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, según ya vimos;

17°. Que, por el contrario, la explicación más relevante tiene que ver con los efectos de un secreto vulnerado en la esfera propiamente constitucional. En primer lugar, es esencial indicar que entre los comunicantes no existe tal secreto. Podrá vulnerarse la confianza personal pero no puede argüirse un secreto específico entre ambos salvo que se trate de ejercicios propios de estatutos especiales, como el secreto profesional o confesional. En segundo lugar, si existe consentimiento de los titulares de la comunicación hacia terceros en la difusión de lo comunicado, no puede estimarse vulnerado ningún derecho. En tercer lugar, el secreto protegido es formal porque no depende de su contenido. Por tanto, mientras se desarrolle la comunicación y ésta es interceptada, normalmente nos encontraremos frente a un hecho delictivo que cautela la libertad de comunicación bajo las expectativas del secreto, según ya lo vimos. En cuarto lugar, el continente es lo protegido pero también alcanza al contenido cuando éste es aprehendido ilegítimamente. En quinto lugar, hay un problema con la difusión de la manifestación escrita de la comunicación hecha por los propios comunicantes, sea en una carta, un fax o un correo electrónico.

¿Qué pasa cuándo lo comunicado quedó expresado en un testimonio físico y éste es develado a terceros ? Dependerá de la naturaleza del bien jurídico o derecho

afectado con su revelación. Aquí el secreto garantizado es meramente formal, mientras se desarrolle la comunicación. Pero si analizamos actos posteriores, ¿hay algún secreto que proteger? Aquí es donde la distinción entre los titulares de la comunicación vuelve a diferenciarse. En el caso de los privados dependerá de los derechos afectados. En cambio, en el caso de particulares que se vinculan con el Estado o en las comunicaciones entre funcionarios públicos la naturaleza de la reserva resultante protege otros bienes jurídicos muy distintos a los propiamente personales. Por ejemplo, la Ley 19.882 sobre Alta Dirección Pública o la Ley 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios establecen restricciones a las comunicaciones en relación a las licitaciones y a concursos públicos para llenar plazas vacantes. Si el secreto es institucional la hipotética comunicación que necesariamente lo antecede también es de interés público y de efectos institucionales;

18°. Que esta explicación dogmática de la inviolabilidad de las comunicaciones nos ilustra el conflicto constitucional planteado por la mayoría en esta sentencia. Intelectualmente uno puede distinguir en un derecho fundamental su contenido constitucionalmente protegido, los límites al ejercicio de los mismos y la garantía que cautela el derecho (Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 10-23, 70-93 y 117-168).

La sentencia se manifiesta en exceso desnaturalizando el derecho en su triple dimensión. En cuanto al contenido constitucionalmente protegido del derecho, el sentenciador extiende su ámbito mucho más allá del proceso de la comunicación y mientras ésta se

realiza, abarcando explícitamente al resultado de una comunicación ya producida y terminada, como acontece con el caso de los correos electrónicos alojados en el servidor de un Ministerio. Asimismo, desnaturaliza los límites de la inviolabilidad de las comunicaciones mucho más allá de los supuestos normativos que autorizan a “abrir, interceptar o registrar”, puesto que sitúa el ejercicio de solicitudes de acceso a la información como una potencial modalidad de apertura que generaría una vulneración de los contenidos de los mensajes que se reproducen en los correos electrónicos, los cuáles califica autoritativamente como documentos privados. Finalmente, se excede también en cuanto a los supuestos normativos para garantizar la “forma y casos” en que puede producirse el conocimiento de estos documentos. Todos los ejemplos legislativos que manifiestan modalidades de conocimiento se desenvuelven en el ámbito penal. Con ello, transforma la regla de publicidad de lo comunicado en el estándar de cumplimiento más alto, fuera de toda duda razonable, de plena convicción moral para autorizar su conocimiento. O sea, ¿ sólo habría solicitudes de acceso a la información imputando actos delictivos a las autoridades ? ¿ Acaso no está tornando imposible el ejercicio del artículo 8° de la Constitución bajo un parámetro tan exigente ? Simplemente hay que recordar que el ámbito de desenvolvimiento de la dimensión de las cuestiones de transparencia es el derecho administrativo donde el ejercicio no es binario y donde, incluso, en el derecho administrativo sancionador se aplican reglas penales con matices;

ii) El derecho de acceso a la información pública, sus límites y su desarrollo normativo

19°. 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 dónde es fundamental identificar su colisión con otros derechos, bienes o principios;

20°. Que en el caso *sub lite* se plantea una eventual colisión entre la inviolabilidad de las comunicaciones del artículo 19 N° 5 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*. Adicionalmente, hay que recordar el vínculo de este derecho, en relación con el

artículo 5 inciso segundo de la Constitución, con el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección.” De la misma manera, el Pacto de Derechos Civiles Y Políticos reconoce esta libertad dimanada del artículo 19.2 que establece que “*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.”;*

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;

21°. 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 los 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”;

22°. 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 realizar los jueces del fondo, puesto que no han sido requeridos los artículos 10, 11 a) y 21 del mismo cuerpo legal, que establecen normas análogas;

23°. 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, los principios de publicidad y transparencia, establece un piso mínimo a partir del cual el legislador debe desarrollarlos, lo que efectivamente ocurre con la Ley 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 una regla 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 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°;

iii) El privilegio deliberativo como excepción transitoria de la regla de publicidad

24°. Que, según lo vimos, la Constitución incorpora el principio de transparencia dentro de las Bases de la Institucionalidad, como una directriz constitucional para todos los órganos de la Administración del Estado. La naturaleza de esta norma constitucional es amplia y admite plenamente el desarrollo legislativo. Lo anterior, es válido no sólo para el principio en sí mismo, sino que también para las excepciones que pueden ser concretizadas por el legislador. No se puede predicar amplitud de la norma constitucional que establece el principio y negarla para el mismo precepto que configura las excepciones. Tampoco al revés como parece hacerlo la sentencia. Evidentemente que esta amplitud no puede confundirse con la necesaria interpretación del alcance del principio de transparencia como el de la máxima divulgación y extensión y las excepciones deban ser interpretadas restrictivamente. Justamente, ahí está en discusión de cómo un enunciado normativo constitucional se transforma en norma jurídica. Las disposiciones constitucionales, en su principio y en su excepción, son enunciados que manifiestan un conjunto importante de normas jurídicas que deben ser determinadas por el legislador o por la interpretación constitucional;

25°. Que es perfectamente plausible no derivar únicamente al legislador el desarrollo de las excepciones

al principio de transparencia. Es evidente que éstas parten desde una expresa noción constitucional. Habría que remontarse pues a su base constitucional indicada en el inciso segundo del artículo 8°, cuando se sostiene que “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 (...)”. Bajo esta fórmula existen muchas posibilidades de afectar el cumplimiento de funciones de un órgano administrativo. La legislación comparada y chilena se han puesto, por ejemplo, en la hipótesis de que un *maremágnum* de solicitudes simultáneas que impedirían el ejercicio habitual del servicio. Tal es el caso del artículo 21 N° 1, literal c), de la Ley N° 20.285 que permite denegar total o parcialmente la información *“tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”*;

26°. Que, en esta sentencia adquiere enorme relevancia la excepción al principio de publicidad denominado “privilegio deliberativo”. Normalmente se explica por su concretización en el artículo 21, N° 1, literal b) de la Ley de Acceso a la Información Pública que establece la posibilidad de denegar total o parcialmente el acceso a la información *“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 adoptadas”*. Su basamento está indicado en el artículo 8 inciso segundo de la Constitución antes mencionado. Podemos definir el “privilegio deliberativo” como aquella potestad de la autoridad pública para resolver un asunto,

eximiéndose temporalmente de su deber de publicidad respecto del acto y sus fundamentos, con el objeto de propiciar la libre búsqueda de una solución de política pública.

En tal sentido, “el privilegio deliberativo tiene por objeto: (i) fomentar las discusiones abiertas entre autoridades y entre éstas y sus subordinados o superiores sobre asuntos administrativos y elaboración de políticas; (ii) proteger la información frente a una divulgación prematura previa a la decisión, para evitar así la confusión del ciudadano que no podría resultar de la divulgación de razonamientos y opiniones que no se hayan utilizado como fundamento para la decisión final, y (iii) proteger de una prematura revelación las políticas de actuación, hasta su definitiva adopción” (Rams Ramos, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Editorial Reus, Madrid, 2008, pp.55-56 citado por Luis Cordero Vega, Informe en Derecho sobre la improcedencia del acceso a la información pública en el caso de correos electrónicos);

27°. Que, por tanto, el privilegio deliberativo cumple un papel instrumental en la libre determinación de los actos de gobierno. Pero esta dimensión es transitoria puesto que transcurrido el lapso a partir del cual se adopta la decisión vuelve a pesar el deber de publicidad. “El acceso a la información pública es un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración. Esta característica se explica a partir de los propios cimientos del ejercicio del gobierno representativo: la representación democrática tiene carácter temporal, y el ejercicio de funciones públicas en nombre de la representación otorgada por el pueblo

soberano está abierta al refrendo o escrutinio de la población en cuyo nombre se gobierna, a través del voto. En este sentido, la publicidad de los actos de gobierno constituye el mejor factor de control -o bien de legitimación- del ejercicio del poder por parte de los representantes" (Víctor Abramovich y Cristián Courtis, "El acceso a la información como derecho", *Anuario de Derecho a la Información*, 2000, www.CEDHA.NET);

28°. Que, la legitimidad del privilegio deliberativo se sostiene en la difusión pública posterior de la decisión, difusión de buena fe, con la completa identificación de los fundamentos y, por cierto de la decisión. Como dicen autores nacionales "Es indudable que el conocimiento que se dé a los administrados de las decisiones adoptadas por el poder público favorece la aceptación de aquellos. Esto sobre todo cuando se proporciona información ex-ante de la adopción de la decisión. Desde otro ángulo, dar a conocer las decisiones a los administrados cuando éstas alteran su situación jurídica constituye una exigencia del debido proceso, pues permite ejercer el derecho a defensa mediante la impugnación de la actuación. (Jorge Bermúdez Soto, Camilo Mirosevic Verdugo, "El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXI, Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2008);

II.- Aplicación de estos criterios al caso concreto

29°. Que, en concepto de estos Ministros disidentes, configurado el conflicto constitucional según las normas que hemos interpretado cabe analizar un conjunto de consideraciones que se aplican a este caso y que pueden ser perfectamente extendidos a cuestiones similares;

30°. Que no compartimos el modo en que se aplica la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones puesto que ésta se perfeccionó plenamente en la satisfacción de los bienes jurídicos que preserva cuando se realizaron las comunicaciones del Ministro Secretario General de la Presidencia mediante correo electrónico. Esas comunicaciones se realizaron con plena libertad, bajo la expectativa de privacidad que el mismo usuario le dotaba y quedaron alojados en el servidor del Ministerio respectivo. Mientras duró la acción de la comunicación ningún ciudadano intervino en ellas, las interceptó, abrió o registró, salvo el administrador del servidor del propio Ministerio;

31°. Que como sostuvimos en el examen conceptual de la garantía, terminada la comunicación son otras garantías o derechos fundamentales los que definen el marco de la situación creada con el registro físico del correo electrónico. Antes de terminada la acción de comunicación virtual por e-mail se protegía todo el espacio intangible del correo electrónico. Por tanto, se protegía plenamente el continente del medio por su riesgo y vulnerabilidad. Sin embargo, terminada la acción de comunicar, el estatuto constitucional de sus resultados pasa a depender del contenido;

32°. Que tan claro es este asunto que, frente a esta pregunta, el Tribunal Constitucional chileno ha tenido tres sentencias con dos respuestas muy diferentes. Por una parte, está la STC 2153, que sostiene que lo protegido por toda comunicación privada es el continente. Y, en cambio, las STCs Roles N° 2351 y N° 2395 sostienen que una comunicación entre funcionarios públicos o entre éstos y particulares se califica según su contenido.

Si el estatuto constitucional aplicable es exclusivamente el artículo 19, N° 5, de la Constitución

habría una primacía del continente. Es así como esta Magistratura ha sostenido que:

“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)” (STC 2153, c. 35°)

En cambio, si lo que predomina es la distinción del contenido, esta Magistratura ha indicado que:

“8° Que, en la especie, consta que la Subsecretaría de Transportes denegó el acceso a los correos electrónicos solicitados invocando la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, establecida por el numeral 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental, y también en virtud de lo dispuesto por el numeral 5° del artículo 21 de la Ley N° 20.285. Por otra parte, denegó el acceso a los oficios solicitados invocando el numeral 1° del mismo artículo 21, a cuyo efecto adujo que hoy la entrega de dichos antecedentes afectaría la eficacia del servicio;

9° Que, en su momento, la parte requirente, al contestar la solicitud de acceso a información, señaló que los correos electrónicos “...constituyen antecedentes que servirán de base para la evaluación y posterior adopción de las determinaciones que corresponden a la autoridad para velar por la continuidad de los servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de

Santiago", es decir, reconoció que son elementos y antecedentes fundantes de la decisión de órganos de la Administración del Estado"

10° Que, a la luz del inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, que dispone que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen", según la propia Subsecretaría de Transportes, los correos solicitados en el caso sub lite constituyen información de aquella a que se refiere el estatuto constitucional del principio de publicidad, sobre todo teniendo en cuenta que los contratos a que se alude en la gestión invocada fueron finalmente modificados" (STC Rol N° 2351 y reiterada en el fondo por la STC Rol N° 2395);

33°. Que, de esta manera, el propio Tribunal Constitucional está confrontado con sus propias sentencias respecto del alcance del artículo 8 y del artículo 19 N° 5 de la Constitución. Aquí reside el núcleo de la deliberación constitucional de esta causa puesto que lo razonable es distinguir según el contenido: habrá comunicación susceptible de conocimiento público en razón de la materia tratada y la forma en que se incardina en un acto administrativo, sea formalmente tal, sea como procedimiento o sea como fundamento del mismo acto. Por el contrario, si afirmamos que lo protegido es el continente, el legislador cada vez que incorpora una hipótesis de conocimiento de la conversación mixta entre empleados públicos y particulares o solamente entre funcionarios públicos, estaría desarrollando excepciones basadas en el artículo 8° de la Constitución y no en la dimensión extraordinaria del artículo 19 N° 5 del texto fundamental. Por tanto, existe libertad para comunicarse entre funcionarios públicos pero la naturaleza del secreto resultante se desplaza hacia la dimensión

institucional del artículo 8 y no puede asimilarse a una conversación simple entre privados. Dicho de otra manera, la comunicación privada protegida entre privados es un derecho subjetivo y la comunicación entre funcionarios públicos está protegida por la dimensión objetiva del derecho de inviolabilidad y que se manifiesta en un conjunto de reglas que amparan el actuar del Estado del cual son integrantes esos funcionarios públicos. En tal sentido, el estatuto de la publicidad vela por el conocimiento de la comunicación institucional y de interés público;

34°. Que no resulta lógico aplicar un estatuto privatista, esto es, entender que los correos electrónicos son siempre documentos privados, para que después muten en antecedentes propios del privilegio deliberativo. Tal alquimia es innecesaria e inconveniente.

Innecesaria porque, según lo vimos, existe fundamento constitucional para defender la etapa previa de una decisión pública sin recurrir a la retórica de triunfo de los derechos. El discurso de los derechos debilita la dimensión constitucional del privilegio deliberativo. No es razonable sostener que las comunicaciones son privadas, secretas e inviolables para posteriormente protegerlas por la decisión pública que entrañan. O es una cuestión privada siempre, respecto de la cual existe libertad para comunicarse con quién le parezca a uno. Pero lo privado no puede devenir en una cuestión propia de una decisión pública. Sería una privacidad instrumental para la protección de las potestades públicas de un Ministro de Estado.

Inconveniente porque significa construir limitaciones al legislador que están más allá del artículo 8 de la Constitución. Si todo el momento previo

a una decisión pública es amparado como un ejercicio de documentos privados, esto es de correos electrónicos, serían simplemente inconstitucionales las leyes o proyectos de leyes que identificaran intereses públicos previos al período de toma de decisión. Por ejemplo, el largo ejercicio por obtener una ley de lobby tendría un severo obstáculo en el impedimento de conocer el desarrollo previo de una decisión. A veces en la política y en el derecho constitucional se requiere resolver un conflicto de interés, el que abarca informaciones muy anteriores a la propia definición pública de un asunto. Por lo mismo, hay interés en saber no lo que dice una autoridad con quien le parezca, en el marco de una deliberación, no interesa por ser privado el correo electrónico de con quién se comunica, sino que simplemente importa con quién se reúne. Hay ciertas deliberaciones que la publicidad y los conflictos de interés exigen que se sepa no el contenido de lo discutido, sino que el hecho de quiénes se comunican, sea por mail, presencialmente, en un espacio público o cerrado. El riesgo de privatizar la etapa previa de una decisión es la potencial inconstitucionalidad sobre una pre-decisión que puede entrañar un conflicto de interés, un riesgo de probidad o simplemente un vínculo normal que una autoridad desea que se conozca o difunda. También va en el interés público que la decisión sea adoptada bajo formas que no entrañen ningún vicio potencial;

35°. Que la propia Constitución identifica acciones que deben ser llevadas a la luz previamente a una decisión, por ejemplo, relativos a conflictos de interés para que el legislador pueda *“considerar otras medidas apropiadas para resolverlos”* (artículo 8 inciso tercero de la Constitución). O la actuación de parlamentarios como *“agente en gestiones particulares de carácter*

administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza (...) sea que actúe por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que forme parte” (artículo 60 incisos segundo y tercero de la Constitución) Si éstas gestiones o conflictos de interés, o la trama de ellos, quedarán reflejados, total o parcialmente, en correos electrónicos ¿ sería inconstitucional su difusión por tratarse de documentos privados ?;

36°. Que, a nuestro entender, la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido, consiste en diferenciar la 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;

37°. 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, el tipo y 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;

38°. 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;

39°. Que, sin perjuicio del debate sobre la invocación concreta o no del privilegio deliberativo en la causa *sub lite*, hay un elemento que es fundamental para rechazar el requerimiento puesto que la calificación del contenido de la información fue realizada por la propia autoridad requerida de acceso a la información. En la vista de la causa se hizo presente las afirmaciones del Ministro Secretario General de la Presidencia que sostienen que *“No tengo ningún problema, no tengo nada que ocultar, aquí hay un valor superior que la Constitución consagra y que estamos defendiendo. En su caso, ¿le daría lo mismo mostrar sus e-mails? Por supuesto, no tengo ningún problema”* (Diario La Tercera, 15 de Enero de 2012);

40°. Que en el estatuto constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones analizamos que, si la persona consiente en su difusión, se desafecta la garantía de la inviolabilidad. Esas informaciones escapan del control del usuario por su propia voluntad. Si bien aquí no podemos calificar si existe voluntad real o presunta de dar a conocer los correos electrónicos, cuestión que está en la órbita del sistema de control del acceso a la información pública, sí cabe reivindicar el conocimiento personal que tiene el Ministro Secretario General de la Presidencia acerca de los alcances jurídicos de sus afirmaciones, máxime si su función pública reside en la elaboración de la agenda legislativa del gobierno (artículo 6 de la Ley 18.993 que creó el Ministerio Secretaría General de la Presidencia);

41°. Que, por ende, si la cuestión planteada por el Subsecretario General de la Presidencia, en el nombre del Ministro, era promover el requerimiento ante el Tribunal

Constitucional con el objeto de defender “un valor superior que la Constitución consagra”, esto es, la defensa de los derechos fundamentales de un Ministro de Estado, simplemente esto se ha vuelto una tautología. No es del caso volver a explicar por qué estos Ministros disidentes entienden el estatuto constitucional del derecho al acceso a la información pública, la inviolabilidad de las comunicaciones y el privilegio deliberativo como excepción a la difusión pública de un correo electrónico;

42°. Que por todo lo razonado precedentemente estos disidentes nos pronunciamos por el rechazo al presente requerimiento de inaplicabilidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander, la prevención, el Ministro que la suscribe, y la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2246-2012-INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente subrogante, Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

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

Se certifica que los Ministros señora Marisol Peña Torres y señor Iván Arostica Maldonado concurrieron a la vista y al acuerdo del fallo, pero no firman por encontrarse en comisión de servicio en el extranjero, la primera, y con permiso, el segundo.