



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Análisis de jurisprudencia constitucional relativa a la Ley N° 20.285
sobre Acceso a la Información Pública

Memoria para optar al grado de licenciado en derecho

Francisco José Geisse Schüler

Benjamín Ian Martínez Jimenez

Profesor Guía: David Ibaceta Medina

Santiago

Julio de 2024

Tabla de contenido

ABREVIATURAS	5
RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN	8
Capítulo 1: El Derecho de Acceso a la Información Pública, concepto, regulación internacional, constitucional, legal y reglamentaria	12
1.1. Concepto de Derecho de Acceso a la información.....	13
1.2. Ley de transparencia	18
1.2.1. Antes de la ley de transparencia	19
1.2.3 Dictación Ley 20.285	25
1.2.4 El control preventivo de la Ley de Transparencia	27
1.2.5. Ámbito de aplicación	29
1.2.5.1. Aplicación General	30
1.2.5.3. Aplicación en los demás Órganos.....	32
1.2.5.4. Consejo para la Transparencia.....	33
1.2.5.5. Transparencia Activa	34
1.2.5.6. Transparencia Pasiva.....	35
1.2.5.7. Sistema Recursivo	39
1.3. Derecho de Acceso a la Información Pública y su regulación Internacional	41
1.3.1. Panorama Mundial.....	42
1.3.2 Panorama Regional.....	46
1.4. DAIP Regulación Constitucional	51
1.4.1. Proyecto de Reforma Constitucional.....	54
1.4.2. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad	55

1.5. DAIP Regulación Reglamentaria	58
2.1. Derecho a la vida privada.....	60
2.2. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.	63
2.3. Situación de los correos electrónicos de los funcionarios públicos.....	65
2.4. Postura CPLT.....	70
Capítulo 3: El Tribunal Constitucional y el análisis jurisprudencial sobre la publicidad	71
3.1. Tribunal Constitucional	71
3.1.2. Efectos de la Sentencia.....	77
3.1.3. El Precedente en el Tribunal Constitucional.....	78
Capítulo 4: Análisis de las sentencias.....	81
4.1 Análisis cuantitativo.....	82
4.3. Análisis en particular de las Sentencias del TC sobre el DAIP. Fichas	97
Capítulo V: Conclusiones	277
I. Interpretación de la muestra recopilada.....	277
BIBLIOGRAFÍA.....	281

ABREVIATURAS

C.A.:	Corte de Apelaciones
CAP.:	Capítulo
C.A.D.H.:	Convención Americana de Derechos Humanos
Corte I.D.H.	Corte Interamericana de Derechos Humanos
C.I.D.H.	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
C.P.L.T	Consejo para la Transparencia
C.P.R	Constitución Política de la República
C.S.	Corte Suprema
D.A.I.P.	Derecho de Acceso a la Información Pública
ED.	Edición, editor
IBÍDEM.	Misma obra y distinta página
ÍDEM.	Misma obra e igual página
L.T.	Ley de Transparencia
Nº	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
OP. CIT.	En la obra citada.
P.	Página
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
PP.	Páginas

T.C.

Tribunal Constitucional

TT.II.

Tratados Internacionales

RESUMEN

La realización de esta memoria se justifica en tanto existe escasa literatura relacionada con el criterio que han tenido los Ministros del Tribunal Constitucional al momento de resolver acciones constitucionales que impugnan normas de la Ley 20.285. Es relevante dar cuenta de la manera que han razonado los ministros desde que se dictó la ley, sobre todo considerando el rol que cumple al facilitar el acceso a la información pública en el sistema democrático.

La Ley 20.285 de DAIP, promulgada el 11 de agosto de 2008, regula en el derecho interno el DAIP, ya reconocido en diversos TTII y en la Constitución Política de 1980, la que luego de la reforma del 2005 sumó en su artículo 8°, inciso segundo, el principio de publicidad -afirmación discutida a nivel jurisprudencial-.

Este trabajo comenzará definiendo el Derecho de Acceso a la Información Pública, tanto su regulación internacional como nacional. Posteriormente, en el segundo capítulo se analiza el Derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Luego , el presente trabajo aborda el funcionamiento del Tribunal Constitucional, su organización, funciones y, principalmente, aquello sobre lo que esta investigación trata, es decir, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional al momento de fallar, entre el año 2011 y 2023, requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los que la infracción constitucional invocada en cada caso fue la vulneración de las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la publicidad, a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, respectivamente.

INTRODUCCIÓN

En un Estado democrático de Derecho como el nuestro, el cual se ha visto en cuestionamiento en los últimos años, debido a las diversas manifestaciones, cuyo punto culmine fue el llamado “Estallido Social”, nos fuerza a los operadores jurídicos a buscar la forma en la cual se pueda dar soluciones a las problemáticas presentes de la sociedad. En directa relación con lo anterior, es que es necesario tener claridad respecto a la transparencia de la función pública, ya que a falta de esta o bien frente a su opacidad, se ha demostrado que la corrupción permea en nuestras instituciones.

Precisamente, la normativa en la materia se ha generado a propósito de grandes casos de corrupción en las altas esferas públicas, lo que ha permitido un notable avance en los últimos 20 años respecto a la publicidad.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Transparencia, se encontraban ciertas normas sectoriales que mencionan escuetamente el concepto de publicidad, tales como la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa o el DFL 19.653.

El contexto en el cual se dio la discusión y la dictación de la Ley de Transparencia, fue uno muy convulsivo socialmente con la llamada “Revolución Pingüina”, pero los principales hitos que marcaron la dictación de la mencionada Ley son la Reforma Constitucional del año 2005 y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Claude Reyes VS el Estado de Chile”. Estos hechos fueron relevantes en el contexto de la dictación de la mencionada ley.

También es necesario dilucidar en qué consiste la Transparencia, el Derecho de Acceso a la Información Pública y la Publicidad, conceptos que se utilizan como sinónimos, pero que poseen diferencias que son relevantes para entender de forma

cabal aquellos elementos que deben reunirse para que el Estado propenda al fortalecimiento de estos conceptos en las instituciones.

La Ley 20.285, según lo establecido en su artículo primero, vino a “regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”¹ Además, se creó el Consejo Para La Transparencia, órgano el cual fue una de las mayores innovaciones en la materia, ya que este fiscaliza el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado y resuelve los reclamos ciudadanos por vulneración de obligaciones de transparencia activa o por denegación de información de los órganos sometidos a su fiscalización.

Desde la entrada en vigencia de la Ley, el Consejo para la Transparencia ha conocido un total de 88.852 casos, los cuales se dividen entre 72.064 amparos y 16.788 reclamos. A su vez, los casos judicializados de los mismos son 1.594, de los cuales se han efectuado 132 recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de alguna de sus normas.

La presente investigación se abocará en el estudio de la tendencia jurisprudencial del TC al fallar requerimientos de inaplicabilidad en los que se impugnen normas de la LT, y en los que se invoque como infracción constitucional la vulneración a los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la CPR, que consagran el derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, respectivamente.

La hipótesis de la investigación radica en que la tendencia jurisprudencial a la fecha ha sido acoger la vasta mayoría de estos requerimientos de inaplicabilidad. Sostenemos que esta tendencia está sujeta a cambios dependiendo de la composición

¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20.285: Sobre acceso a la información pública. Artículo 1º.

del Tribunal, considerando el importante componente político que opera como una variable en este tipo de decisiones jurisdiccionales.

En razón de lo anterior, el **objetivo general** de este trabajo apunta a analizar, a la luz de la jurisprudencia del TC entre los años 2011 y 2023, los razonamientos abordados y decisiones que éste ha adoptado en relación a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los que se haya alegado la vulneración del derecho a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas al aplicar, en un caso concreto, determinados artículos de la LT.

Adicionalmente, los **objetivos específicos** de esta investigación consisten en

- Conocer la LT, definirla, saber su ámbito de aplicación y mecanismos de tutela que consagra.
- Investigar y comprender la doctrina, el derecho comparado, los TTII la regulación nacional, constitucional y legal sobre el derecho de acceso a la información pública.
- Definir y caracterizar los aspectos más relevantes del derecho a la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones.
- Recopilar, sistematizar y examinar la jurisprudencia del TC sobre requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los que se alegue vulnerado el artículo 19 N° 4 y 5 de la CPR con ocasión de la aplicación de determinados artículos de la LT al caso concreto.
- Sistematizar y cuantificar el número de fallos que acogen y rechazan los requerimientos de inaplicabilidad que han sido sometidos al conocimiento del TC.
- Examinar los razonamientos del TC para acoger o desestimar los requerimientos.
- Evaluar los razonamientos del TC para acoger o rechazar las acciones de inaplicabilidad.
- Conocer los alcances del principio de publicidad establecido en el artículo 8° de la CPR.

Con el fin de llevar a cabo los objetivos mencionados, el **primer capítulo aborda el DAIP** en la regulación internacional, constitucional, legal y reglamentaria, para luego explicar lo que es regulado por la LT y **los mecanismos de tutela administrativa y jurisdiccional** que contempla, finalizando con **una caracterización de los requerimientos de inaplicabilidad**.

Luego, en el segundo capítulo se analiza el **derecho constitucional a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas**, consagrados en el artículo 19 N° 4 y 5 de la CPR respectivamente, refiriéndonos en detalle a los TTII que los contemplan. En este capítulo también se aborda la situación de los correos electrónicos de los funcionarios públicos en Chile.

Más adelante, En el capítulo tercero se comienza caracterizando al Tribunal Constitucional, sus atribuciones y funciones, para posteriormente analizar pormenorizadamente los **argumentos del TC** esgrimidos en las sentencias sobre requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que versan sobre el Derecho de Acceso a la Información.

En el capítulo cuarto se hará un análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias recopiladas. Además, este capítulo contiene una sistematización de las sentencias recopiladas en forma de fichas.

Para finalizar, el capítulo quinto presenta la conclusión del trabajo realizado.

Capítulo 1: El Derecho de Acceso a la Información Pública, concepto, regulación internacional, constitucional, legal y reglamentaria

En el presente capítulo abordaremos el concepto de acceso a la información pública, comparándolo con conceptos afines tales como la transparencia y la publicidad. Posteriormente, contextualizaremos y caracterizaremos los aspectos normativos del derecho de acceso a la información pública con la finalidad de comprender el panorama legal, el cual nos servirá de base para el desarrollo de nuestra investigación. En este sentido, nos centraremos en aquellos antecedentes previos a la dictación de la Ley de Transparencia y en su regulación internacional como nacional en la materia.

1.1. Concepto de Derecho de Acceso a la información

Para efectos de comprender el concepto de derecho de acceso a la información pública, es menester distinguirlo del derecho de acceso a la información. Estos, si bien se relacionan entre sí, tienen pequeñas -pero no por eso menos importantes- diferencias, las cuales intentaremos abordar.

Como primera aproximación hacia un concepto de derecho de acceso a la información, y en palabras de Ernesto Villanueva, es “ aquel derecho que comprende el acceso a los archivos, documentos, y registros; y la decisión de determinar por qué medio se lee, escucha o contempla; en tanto la facultad de informar contemplaría dentro de sí la libertad de expresión y de imprenta, como también aquella referida a la constitución de sociedades y empresas informativas”. ²

Por su parte, el Derecho de acceso a la información pública, en palabras del mismo Villanueva, es “ aquel que posee toda persona para acceder a datos, registros y todo tipo de información que se encuentre en manos del Estado, ya sean entidades públicas o empresas privadas que ejerzan gasto público o bien quienes ejerzan actos de autoridad, con las excepciones que disponga la ley”. ³ Por lo tanto, podemos colegir que entre estos conceptos hay una relación de generalidad a particularidad, en el cual el concepto de derecho de acceso a la información contiene dentro de este el derecho de acceso a la información pública.

Ahora bien, respecto al derecho de acceso a la información, históricamente se ha entendido comprendido como parte del derecho a la libertad de expresión, pero dada la evolución en las últimas décadas sobre la materia se ha ido configurando como un

² Villanueva, E. (2003) Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica. México: Universidad Autónoma de México. p 16.

³ *Ibidem*. p 24.

derecho independiente, el cual se relaciona fuertemente con el establecimiento de sistemas democráticos y de principios como la transparencia y la publicidad. ⁴

Normativamente, en la ley 20.285, en su artículo 10, inciso 2º señala: “ 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.”⁵ Por su parte, el artículo 1º de la ley 20.285 señala: “ la presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.”⁶ Se concluye que para comprender el concepto de derecho de acceso a la información pública, debemos precisar las diferencia que hay entre este y los conceptos de transparencia y publicidad.

⁴ Moreno Carrasco, D. (2015). Acceso a la información pública y correos electrónicos de los funcionarios en Chile. *Revista Chilena de Derecho y tecnología*. Centro de estudios en Derecho informático. Universidad de Chile. p 244.

⁵ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op. Cit. Artículo 10,, inciso 2º.

⁶ *Ibidem*. artículo 1º.

1.1. Distinción entre Derecho de Acceso a la Información Pública, Publicidad y Transparencia

Es preciso señalar que es usual en nuestro medio se confundan estos conceptos, debido que a menudo se emplean las expresiones “derecho de acceso a la información pública”, “transparencia” y “publicidad” como sinónimos. Lo anterior se podría deber, en parte, a que la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (LAIP), en su artículo primero, menciona estos tres conceptos, pero haciendo una lectura más profunda de dicho artículo, se puede inferir que estos no significan lo mismo, pero si tienen una relación estrecha entre sí.

El diccionario de la Real Academia Española define **transparencia** como: “Dicho de un cuerpo: a través del cual pueden verse los objetos claramente”.⁷ En el mismo sentido, Delpiazzo, a su vez, señala que esta es “un modo de hacer las cosas” que “deje ver” o “traslucir” para poder ser observados por la ciudadanía⁸, en el contexto jurídico por lo tanto hace referencia a un actuar por parte del Estado el cual pueda ser conocido por todos sus ciudadanos. En razón de las definiciones entregadas, podemos sostener que la transparencia es claramente un concepto mucho más amplio que el derecho de acceso a la información pública. Es más, y en palabras de la profesora Gladys Camacho: “la precede y la favorece de modo directamente proporcional, por lo que a mayores niveles de transparencia habrá más acceso a la información pública”.⁹

Por su parte, **la publicidad** es otro concepto que se conecta con el principio de transparencia y con el derecho de acceso a la información. La publicidad, según la

⁷ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha Consulta: 20 de mayo de 2024].

⁸ Delpiazzo, C. (2003) “Control social de la Administración y transparencia”. *Ius Publicum*. p 46.

⁹ Camacho Cepeda, G. (2018). Sobre la transparencia, el derecho de acceso a la información pública y los deberes de publicidad. su diferencia conceptual y práctica. *Revista de Derecho público, Universidad de Chile*. pp 79-80.

definición del Diccionario de la Real Academia Española significa “cualidad o estado de público”; y público significa “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos.”¹⁰

Desde un enfoque jurídico, y en palabras de Fernández: “con ello, se persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos, vale decir, que cualquier persona pueda acceder a dicha información a raíz de que en el Estado Democrático y constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con transparencia, el cual permite y promueve que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos.”¹¹

De lo expuesto deducimos, por tanto, que la publicidad hace referencia a notificar o avisar, es decir, dar a conocer o comunicar. En la misma línea, lo explicó el profesor **Rolando Pantoja**, en la tramitación de la Ley 20.050 de Reforma Constitucional, cuando se discutía el tenor del nuevo artículo 8° CPR, manifestando que respecto de la publicidad:

“A nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos. Sólo excepcionalmente la Constitución establece el secreto. Ello ocurre tratándose de las discusiones o deliberaciones de tratados internacionales –cuando así lo exija el Primer Mandatario- y de la correspondencia privada”.¹²

Además, explicó que, “si bien la ley de probidad administrativa había ampliado el sentido de la publicidad, comprendiendo dentro de esta el dar a conocer y tener

¹⁰ Real Academia Española. op. cit. (Fecha de consulta: 23 de mayo de 2024.)

¹¹ Fernández, M. (2013) El principio Constitucional de publicidad. . Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. p 257.

¹² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (2008). Historia fidedigna de la Ley 20.285. p 143.

siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración, se entiende que esta está referida estrictamente a los actos formales de la Administración”.¹³

De lo expuesto, queda demostrado que, entre los conceptos de publicidad y transparencia, hay un vínculo en razón de que la transparencia es un término mucho más amplio que el de publicidad. Siguiendo el razonamiento expuesto y en palabras de la profesora Camacho, “el concepto de transparencia es un concepto mucho más amplio que el de publicidad, el primero conlleva la idea de permanente transformación, para así poder evitar que la función Estatal actúe de forma silenciosa y, en consecuencia, prevenir los casos de corrupción por parte de los funcionarios públicos”.¹⁴

En relación al derecho de acceso a la información pública, éste en los últimos años se ha ido configurando como un derecho autónomo. Sin embargo, la discusión medular que se relaciona con nuestra investigación radica en los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de inaplicabilidad y en la manera en la cual el tribunal ha interpretado si este derecho se encuentra consagrado en el artículo 8° CPR.

En conclusión, y como acertadamente explica la profesora Camacho: “los conceptos como transparencia, derecho de acceso a la información pública y publicidad tienen un significado y alcance que no es igual, pues estos poseen finalidades diferentes, pero al mismo tiempo son conceptos que se relacionan entre sí y son interdependientes uno del otro”.¹⁵

En consonancia con lo expuesto, se puede señalar que la transparencia es un concepto más amplio, el cual rodea y comprende a los demás conceptos. Mientras más amplio y profundo sea el alcance de la transparencia mayor propensión habrá para la publicidad y para favorecer el acceso a la información pública.

¹³ *Ibidem*. p 144.

¹⁴ Camacho Cepeda, G. Op. Cit., p 81.

¹⁵ *Ibidem*, pp 90-91..

1.2. Ley de transparencia

La entrada en vigencia de la Ley de Transparencia y Acceso a la información pública en abril del año 2009 marcó un hito en el ordenamiento jurídico nacional, debido a que ésta estableció un sistema que consagra el derecho de todo ciudadano a solicitar información a la administración, regulando, desde la solicitud misma, hasta las sanciones por denegar la información. Este derecho de acceso a la información tenía dos objetivos, en primer lugar, servir al control de la gestión de los recursos estatales y a la lucha contra la corrupción, y junto con ello, hacer más efectiva la participación ciudadana en los asuntos y debates públicos. Así, y en palabras de Aliaga, “la principal idea que está detrás del primero de estos fines es la rendición de cuentas, la cual permite a los ciudadanos conocer cómo se están ejecutando las acciones de la Administración que van en beneficio de todos.”¹⁶

¹⁶ Aliaga Medina, V. (2015). Acto administrativo e información pública: los criterios del Consejo para la Transparencia . Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/5108>, pp 6-7.

1.2.1. Antes de la ley de transparencia

Para comprender la trascendencia y el cambio que marcó la dictación de la Ley de Transparencia, debemos hacer una breve revisión de nuestro marco normativo previo al año 2008.

Antes de la dictación de la ley, las normas fundamentales en la materia eran la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, la que introdujo en la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración (LOCBGAE) dos artículos que incorporaban un principio de publicidad de los actos de la administración y normas de acceso respecto a ellos, las cuales fueron posteriormente refundidas por el DFL 19.653. Estas normas fueron insuficientes para lograr un cambio sustancial en la materia, debido principalmente a que se carecía de un eficaz órgano fiscalizador en la materia.

También, es fundamental destacar la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, que introdujo el actual artículo 8° de la Constitución, que establece el principio de publicidad de los actos y resoluciones del Estado -lo que es discutido cómo lo analizaremos más adelante-. Si bien la reforma no contempló expresamente un derecho de acceso a la información, sino que solo se limitó a constitucionalizar lo que se había incorporado en la Ley Orgánica, añadió una base constitucional a la idea de un derecho implícito al acceso a la información contenido en la Carta fundamental.¹⁷

¹⁷ Vial, T. (2009). La ley de transparencia y acceso a la información pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información. Revista Anuario Derecho Público UDP. p 10.

1.2.2 Caso Claude Reyes VS Estado de Chile

Además, un hito en la materia lo constituye el caso “Claude vs Chile”, a propósito del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el Estado Chileno había violado el derecho de acceso a la información consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana y, de ese modo, incumplió la obligación general de adoptar sus disposiciones de derecho interno en la materia.

Los hechos que dieron origen al caso se remontan al año 1998, cuando hubo una respuesta parcial del Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, a una solicitud de acceso a la información pública por parte del economista Marcel Claude Reyes, respecto un inversionista interesado en el desarrollo de un proyecto de alto impacto forestal en el sur de Chile.

Lo anterior motivó el reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago en sede de protección. El argumento presentado por parte de Claude fue el siguiente:

“Conforme lo exige el artículo 20 de la Constitución política de Chile, la afectación del derecho de acceso a la información pública se fundamentó directamente en la libertad de expresión, garantizada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución”.

La Corte de Apelaciones, a su vez, declaró inadmisibile la acción por “manifiesta falta de fundamento” esto, por no encontrarse el derecho taxativamente explicitado entre aquellos establecidos por el artículo 20 de la Constitución.

Con posterioridad, se presentó un recurso de reposición, el que fue denegado, y un recurso de queja ante la Corte Suprema, el cual corrió la misma suerte. Una vez agotados todos los recursos internos en Chile y en conformidad a lo señalado en los artículos 41 y siguientes de la Convención Americana de Derechos Humanos, los abogados hicieron uso del procedimiento de Queja individual activando la protección

internacional de derechos fundamentales que consagra el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.¹⁸

El 8 de julio de 2005, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda contra el Estado de Chile, con el objeto de que la Corte declare que el Estado era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 sobre libertad de pensamiento y expresión y 25 de Derecho a la protección judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar disposiciones de Derecho Interno) de la misma, en perjuicio de los tres ciudadanos chilenos denunciados.

Junto con lo anterior, señaló que la negativa del comité de Inversiones Extranjeras a la solicitud de información se dio sin una justificación válida de acuerdo a la legislación chilena y que el Estado no otorgó a los denunciados un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del Derecho al acceso a la información y no aseguró los derechos de acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública.¹⁹

A su vez, el Estado de Chile argumentó ante la Corte que la omisión de entrega de información se basó en que esta afectaba el interés público colectivo de proteger y dar garantías a la inversión extranjera en Chile, ya que no podía darse el caso de que las empresas extranjeras tuvieran que hacer pública de esa forma información financiera, potencialmente muy relevante en relación a su competencia y, por lo tanto, su entrega podría inhibir el proceso de inversión extranjera. De igual forma, sostuvo que hasta el año 2002 el Comité de Inversiones Extranjeras mantuvo el criterio de entregar sólo información de la cual era titular y la práctica de no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora.

¹⁸ Consejo para la Transparencia (2016). A 10 años del fallo Claude Reyes: Impacto y Desafíos. Ediciones Consejo Para la Transparencia. p. 49.

¹⁹ Idem.

En la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó el primer reconocimiento jurisdiccional claro al acceso de la información pública a partir de la libertad de expresión, el derecho a buscar y recibir información del artículo 13 CADH, en lo medular de la sentencia señala que:

“Respecto de los hechos del presente caso, la Corte considera que el Artículo 13 de la Convención, al garantizar expresamente los derechos de “buscar” y “recibir” “información”, protege el derecho de toda persona de solicitar acceso a la información que está bajo el control del Estado, con las excepciones reconocidas bajo el régimen de restricciones en la Convención. Por consiguiente, dicho Artículo engloba el derecho de los individuos de recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de proporcionarla en tal forma que la persona pueda tener acceso para conocer la información o recibir una respuesta motivada cuando, por alguna razón reconocida por la Convención, el Estado limite el acceso en el caso particular. La información debe ser proporcionada sin necesidad de comprobar interés directo ni relación personal para obtenerla, exceptuándose los casos en los cuales sea aplicable una restricción legítima. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.²⁰

La Corte Interamericana consideró que el Estado de Chile no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática, debido a que la autoridad encargada de responder la solicitud de información no adoptó una decisión escrita fundamentada que pudiera permitir conocer cuáles fueron las razones para restringir el acceso a tal

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2006, “ Caso Claude Reyes con el Estado de Chile. considerando 77.

información en el caso concreto. Asimismo, sostuvo que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales, creaba un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se generaba inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo.

Por último, ante los diversos elementos probatorios aportados al expediente, la Corte llamó la atención sobre las prácticas de secreto de la gestión pública en el Estado de Chile entre las que se incluyen la omisión de respuesta de los funcionarios públicos a las solicitudes de información, y ordenó que en un plazo razonable se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados” sobre la normativa que rige este derecho, que incorpore los parámetros convencionales que deben respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información”.

El Tribunal Regional condenó al Estado de Chile, declarando su responsabilidad internacional por la violación de los derechos señalados, y ordenando que el Estado:

- a) Entregara la información originalmente solicitada por los denunciantes o adoptara una decisión fundamentada al respecto;
- b) Adoptara las medidas necesarias para garantizar el derecho de acceso a la información bajo el control del Estado; y,
- c) Realizará la capacitación a los órganos, autoridades y agentes públicos encargados de atender las solicitudes de acceso a la información, que incorporará los parámetros convencionales que debieran respetarse en materia de restricciones al acceso a dicha información.

El caso tuvo un impacto extraordinario, produjo efectos inmediatos y se convirtió en un catalizador para la adopción de la Ley de Acceso a la Información Pública en Chile y la creación del propio Consejo para la Transparencia, lo cual se había impulsado hace años por parte de las organizaciones de la Sociedad Civil.²¹

²¹ Consejo para la Transparencia. Op. Cit., p 48.

1.2.3 Dictación Ley 20.285

La moción parlamentaria fue presentada por los senadores Jaime Gazmuri Mujica (Partido Socialista) y Hernán Larraín Fernández (Unión Demócrata Independiente), con fecha 4 de enero del 2005.

Podemos destacar algunos pasajes importantes del texto presentado por los parlamentarios. Entre estos se pueden mencionar que: “ Este derecho constituye un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a las vez que facilita la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos.”²²

En la misma línea, “La publicidad de los actos de gobierno, permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, no sólo por medio de una comparación de los mismo con la ley, sino también ejerciendo el derecho de petición. Se trata, entonces, de un control en manos de los ciudadanos que, junto a los otros controles ideados en el marco del Estado de Derecho, contribuyen a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción, pues el carácter multifactorial de la corrupción exige otros medios que junto con los tradicionales del derecho penal permita ampliar el efecto preventivo de las acciones estatales y de los ciudadanos.”²³

Basándose en la moción de los senadores Gazmuri y Larraín, la Presidenta Michelle Bachelet ingresó a la Cámara de Diputados una indicación sustitutiva total a la moción e impulsaba con urgencia la tramitación del proyecto de Ley sobre “Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”, que derivó en la Ley 20.285 de agosto de 2008.

²² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Sesión Ordinaria N° 23, Moción Parlamentaria Boletín N° 3773-06.

²³ Idem.

El texto aprobado por el Congreso fue remitido a la Presidenta de la República el 4 de marzo de 2008 y el 7 de marzo el Ejecutivo manifestó no tener observaciones.

Conforme a ello, el 11 de marzo el Senado remitió la iniciativa de ley al Tribunal Constitucional, para los efectos de lo establecido en el artículo 93 No 10 de la Constitución Política. El 10 de julio, el Tribunal Constitucional emitió sentencia de constitucionalidad.

Finalmente, el 15 de julio del mismo año, el Senado informó a la Presidenta de la aprobación del proyecto de ley, “iniciado en Moción de los Senadores señores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández”, el que fue publicado en el Diario Oficial, el 20 de agosto de 2008 bajo el número 20.285.²⁴

²⁴ Consejo para la Transparencia. Op. Cit. p. 52.

1.2.4 El control preventivo de la Ley de Transparencia

El Tribunal Constitucional, al hacer el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley, no reparó en muchos aspectos, debido a la limitada competencia que posee. Principalmente, se concentró en la naturaleza y funciones del Consejo Para la Transparencia (en adelante, CPLT), el organismo público creado para controlar que la Administración del Estado cumpla con sus obligaciones de transparencia activa y pasiva.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República. Del mismo modo, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el CPLT y por lo mismo no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo. En relación con el Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido CPLT. Mismo razonamiento respecto del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, esto por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa-implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”. Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia.²⁵

Para finalizar, es necesario señalar que en materia constitucional, mediante los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, al Tribunal Constitucional le ha tocado una relevante participación, debido a que su jurisprudencia ha ido delineando los criterios constitucionales de gran importancia, lo cual abordaremos más en profundidad en un capítulo siguiente, en donde desarrollaremos el aporte de la

²⁵ Viera Gallo, J. (2013) El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. p191.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública.

1.2.5. Ámbito de aplicación

Esta ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.²⁶

La ley se divide en siete títulos:

- Título I: Normas Generales,
- Título II: De la publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado,
- Título III: De la transparencia activa,
- Título IV: del Derecho de Acceso a la Información de los órganos de la Administración del Estado,
- Título V: del Consejo Para la Transparencia,
- Título VI: infracciones y sanciones, y título VII: disposiciones transitorias.

En función del órgano estatal que se trate, la LT establece una aplicación distinta de sus disposiciones, principalmente y en palabras de Vial: “Respecto al reconocimiento o no del derecho de acceso a la información por parte de las personas (transparencia pasiva) y respecto a si el órgano estatal está sujeto o no a la supervigilancia del Consejo para la Transparencia.”²⁷

²⁶ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285.Op.Cit. artículo 1º.

²⁷ Vial, T. Op. Cit., p. 116.

1.2.5.1. Aplicación General

Las normas que se establecen en la Ley N.º 20.285, en particular en su artículo 2º, señalan el régimen de aplicación general que este posee sobre ciertos órganos. Este expresa que: “Las disposiciones de esta ley serán aplicable a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.”.²⁸ Respecto a los organismos señalados, estos se encuentran sujetos absolutamente a las normas de esta ley, además que se encuentran bajo la tutela del Consejo para la Transparencia.²⁹

²⁸ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. Artículo 2º.

²⁹ Centro de Estudios Públicos/ Chile 21/ Espacio Público/ Libertad y Desarrollo. (2018) Transparencia, acceso a información pública y gestión de la información en el Estado.. pp. 8-9.

1.2.5.2. Aplicación Especial

Por otra parte, el mencionado artículo señala: “La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1º precedente.”³⁰

³⁰ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. Artículo 2º.

1.2.5.3. Aplicación en los demás Órganos

En el inciso tercero y cuarto, del mencionado artículo se expresa que: “También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley, a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50 % o mayoría en el directorio. Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1º precedente.”³¹

Respecto a estos órganos, podemos destacar que los poderes legislativos, judicial, el Tribunal Constitucional, Justicia Electoral, la Contraloría General de la República, el Banco Central y el Ministerio Público tienen una regulación diferente, estos tienen obligaciones de transparencia activa especial y un derecho de acceso a la información que no queda bajo la esfera del CPLT.

En razón de lo anterior, los reclamos por denegación del derecho de acceso a la información pública deben ejercerse ante la Corte de Apelaciones, salvo en el caso del Poder Judicial y del Poder Legislativo, en cuyo caso los reclamos se realizan ante entidades internas. En los casos señalados son sus respectivas leyes orgánicas las que mandatan las obligaciones sobre transparencia y acceso a la información.

Es importante señalar que a todas estas entidades se les aplica el artículo 7 de la Ley de Transparencia, el cual establece la información que se debe publicar por transparencia activa.³²

³¹ Idem.

³² Centro de Estudios Públicos/ Chile 21/ Espacio Público/ Libertad y Desarrollo. Op.Cit.pp. 8-9.

1.2.5.4. Consejo para la Transparencia

La creación de este órgano fue una de las principales innovaciones de esta ley, Éste Consejo se define, según el artículo 31 de la L.T., como: “una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio.”³³ A su vez, el artículo 32 de la ley señala que: “tiene por objeto promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.”³⁴

Este organismo posee como misión institucional garantizar el derecho de las personas a conocer la información que de acuerdo con la ley se define como pública. Si bien este organismo despliega actividades preventivas vinculadas a la promoción de una cultura de transparencia, una de sus actividades de mayor relevancia ha constituido la vigilancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, particularmente a través de la resolución de los reclamos ciudadanos por vulneración de las obligaciones de transparencia activa o por la denegación de información por parte de los organismos públicos sometidos a su fiscalización.³⁵

Desde el año 2009, el CPLT y las Cortes de Apelaciones, conociendo de recursos de ilegalidad frente a la negativa de entregar información por parte de algún organismo de la Administración Pública, fijado el contorno de ese derecho y aportado al contenido de aquellas causales de reserva o secreto. Al resolver las reclamaciones, la jurisprudencia de las Cortes, por regla general, se ha inclinado por fortalecer el derecho de acceso a la información pública, consolidando de esta manera los principios que inspiraron la reforma constitucional del año 2005 y la dictación de la Ley de Acceso a la información pública.

³³ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. Artículo 31.

³⁴ Ibidem, Artículo 32.

³⁵ Camacho Cépeda, G. (2015). El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho Público, (74), p. 213.

1.2.5.5. Transparencia Activa

En primer orden, debemos mencionar el procedimiento de “información activa”, el cual se establece en el artículo 7 de la Ley N° 20.285, este señala: “ Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2º, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos (...)”.³⁶

Dicho artículo establece la “transparencia activa” la cual consiste en una acción positiva de cada organismo de publicar obligatoriamente cierta información establecida por ley durante los primeros diez días de cada mes.

Entre la información se debe publicar podemos mencionar: las estructura orgánica del servicio, los actos administrativos que tengan efectos sobre terceros, el personal contratado, el presupuesto, las compras efectuadas, entre otras.³⁷

³⁶ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. Artículo 7º.

³⁷ Centro de Estudios Públicos/ Chile 21/ Espacio Público/ Libertad y Desarrollo.Op.Cit.pp. 9-10.

1.2.5.6. Transparencia Pasiva

El segundo mecanismo es por medio del procedimiento administrativo de acceso a la información pública o también llamado “transparencia pasiva”. Este, se establece en el título IV de la ley, en su artículo 10, éste señala: “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.”³⁸

Éste opera tras la solicitud por parte de toda persona al órgano de la administración del Estado, si la solicitud no reúne los requisitos, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contados desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición.

En caso que el órgano de la Administración requerido no sea competente para ocuparse de la solicitud de información o no posea los documentos solicitados, enviará de inmediato la solicitud a la autoridad que deba conocerla según el ordenamiento jurídico, en la medida que ésta sea posible de individualizar, informando de ello al peticionario. Cuando no sea posible individualizar al órgano competente o si la información solicitada pertenece a múltiples organismos, el órgano requerido comunicará dichas circunstancias al solicitante.

La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, deberá pronunciarse sobre la solicitud, sea entregando la información solicitada o negándose a ello, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos del artículo 12.³⁹

La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de

³⁸ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. Artículo 10º.

³⁹ *Ibidem*. Artículo 14.

secreto o reserva que establece la ley. En estos casos, su negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Además, deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso motiven su decisión. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades, dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.⁴⁰

Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo. Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa. Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.⁴¹

Junto con lo anterior, es necesario referirnos al Amparo del Derecho de acceso a la información, el cual se da ante el Consejo Para La Transparencia. Una vez se cumple el plazo para entregar la información requerida, o si se negó su acceso, el interesado puede recurrir al Consejo, señalando la infracción cometida y acompañando los medios de prueba con que se cuente. La reclamación deberá presentarse dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información

⁴⁰ *Ibidem*. Artículo 16.

⁴¹ *Ibidem*. Artículo 20.

o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de información.⁴²

El consejo notificará la reclamación al órgano de la administración del Estado correspondiente y al tercero involucrado, si lo hubiere, mediante carta certificada. La autoridad reclamada y el tercero, en su caso, podrán presentar descargos y observaciones al reclamo dentro del plazo de diez días hábiles, adjuntando los antecedentes y los medios de prueba de que dispusieran. El Consejo, de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba.⁴³

La resolución del reclamo se dictará dentro de quinto día hábil de vencido el plazo a que se refiere el artículo 25, sea que se hayan o no presentado descargos. En caso de haberse decretado la audiencia a que se refiere el mismo artículo, este plazo correrá una vez vencido el término fijado para ésta. La resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información, fijará un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido. La resolución será notificada mediante carta certificada al reclamante, al órgano reclamado y al tercero, si lo hubiere. En la misma resolución, el Consejo podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI, el que se instruirá conforme a lo señalado en esta ley.⁴⁴

En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21. El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal

⁴² *Ibidem*. Artículo 24.

⁴³ *Ibidem*. Artículo 25.

⁴⁴ *Ibidem*. Artículo 27.

invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20. El reclamo deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.⁴⁵

⁴⁵ *Ibíd.* Artículo 28.

1.2.5.7. Sistema Recursivo

Respecto al sistema de recursos frente a las decisiones del Consejo, es necesario comprender que este conlleva la búsqueda del equilibrio adecuado entre la revisión judicial de las decisiones del Consejo, por un lado, y la prevención del riesgo de que los recursos interpuestos supongan una dilación excesiva en el acceso efectivo a la información solicitada. En efecto, el derecho de acceso debe materializarse con celeridad para asegurar su eficacia y sentido.

La ley concede el recurso de ilegalidad para reclamar ante la Corte de Apelaciones en las siguientes hipótesis:

- a) Por todo solicitante de información disconforme con la decisión del Consejo que rechace total o parcialmente el amparo deducido;
- b) Por el tercero que se hubiese opuesto en tiempo y forma a la revelación de información que pudiese afectar sus derechos, cuando el Consejo hubiese consentido en la entrega de dicha información desechando dicha oposición;
- c) Por los órganos de la administración que impugnen decisiones del Consejo, pero solamente en los casos en que dicho órgano rechace la invocación de las causales contenidas en el artículo 21 N° 3 y 4°, relativas a la seguridad de la Nación y al interés nacional; o en el numeral 5 del mismo artículo, referido a reserva dispuesta por ley de quórum calificado.

En efecto, importa destacar que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 28 de la ley, “los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”.⁴⁶

Otro mecanismo indirecto que se ha dado en la práctica y que se utiliza frente a las decisiones de las Cortes de Apelaciones, es el recurso de queja ante la Corte Suprema

⁴⁶ Idem.

para corregir faltas o abusos graves cometidas por los jueces en la dictación de resoluciones jurisdiccionales y hacer efectiva su responsabilidad disciplinaria.

1.3. Derecho de Acceso a la Información Pública y su regulación Internacional

En cuanto a la regulación internacional, para efectos de comprender de manera íntegra cómo se aborda el derecho de acceso a la información pública en el derecho comparado, estudiaremos el panorama regional y mundial en la materia.

Se ha entendido el derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, siendo formado doctrinariamente en un comienzo en la década del setenta por organismos e instituciones de promoción y protección a los derechos humanos, como un movimiento de carácter no gubernamental y que perseguía, entre otros objetivos, la construcción de sociedades más representativas y justas. Este movimiento dio paso a partir de la década de los noventa al campo denominado de la transparencia, accountability y lucha contra la corrupción.⁴⁷

⁴⁷ Moreno Carrasco, D. Op. Cit. p. 245.

1.3.1. Panorama Mundial

El estudio del derecho internacional en la materia es uno de los pilares fundamentales en el reconocimiento del derecho de acceso a la información, debido a que su consagración en instrumentos internacionales, y en particular en nuestro caso en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, ha sido una fuente fundamental para las directrices que ha debido cumplir nuestro país.

Compartimos la opinión de Moreno González, quien señala que: “aunque en no pocos Estados el Derecho de acceso no está reconocido como fundamental, en el derecho internacional y supranacional se ha venido desarrollando en los últimos años una tendencia cada vez más consolidada que le otorga el máximo valor y rango jurídico. Hasta tal punto que, en torno a aquel, y siguiendo a Mendel (2003b, pp. 41-74), existe un verdadero consenso sobre su naturaleza fundamental.”⁴⁸

Los principales instrumentos de carácter internacional en la materia, son el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos reconocen el derecho de acceso a la información como una de las libertades interrelacionadas que comprenden la libertad de expresión en sentido amplio.⁴⁹

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoció el derecho de acceso a la información como parte de la libertad de opinión y expresión. El artículo 19 reconoce que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión y que este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y

⁴⁸ *Ibíd.* p.100.

⁴⁹ Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. (2007). Reforma al artículo 6º constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos. p. 9.

recibir información y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.”⁵⁰

Con posterioridad, la Declaración fue complementada con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su artículo 19 establece que nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones, y declara el derecho de toda persona a la libertad de expresión, la que 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.”⁵¹ Pero, sin duda alguna el aporte más importante de la norma citada es que reconoció de forma expresa límites al ejercicio de las libertades, considerando “deberes y responsabilidades especiales”.⁵²

Asimismo, en el sistema interamericano y en el sistema europeo de Derechos Humanos también se reconoce el derecho de acceso a la información. En el panorama Europeo, es importante mencionar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales de 1950, el cual, junto con el reconocimiento de los derechos, crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de derechos humanos, órganos a cargo de su interpretación y aplicación.

Como primera aproximación hacia la regulación internacional de éste derecho debemos estudiar el aporte de la principal organización en la materia, La Organización de Naciones Unidas (ONU).

El hito el que dio nacimiento al desarrollo de la materia se dio en marzo de 1993, fecha en la cual la Comisión de Derechos Humanos de la ONU creó la relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, esto, con la finalidad de determinar el contenido de estas libertades. A partir de los informes del Relator en

⁵⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. Artículo 19.

⁵¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Artículo 19.2.

⁵² *Ibidem*. Artículo 19.3.

1997, la Comisión de Derechos Humanos le solicitó su profundización en la dimensión del derecho relativa a la búsqueda de información. De esta forma, ya en su informe anual de 1998., el relator afirmó que el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye: “ El derecho de buscar, recibir e impartir información impone una obligación positiva sobre los Estados para asegurar el acceso a la información, particularmente respecto a la información que está en manos del Gobierno en todo tipo de sistema de almacenamiento y recuperación...”⁵³

En el mismo sentido, el informe de 1999 manifestó un especial interés por el acceso a la información pública, subrayando la introducción de este derecho en diversas constituciones nacionales y su emergente regulación, sus conflictos y restricciones.

El señalado informe estableció que: “El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. (...) El titular de la información es el individuo que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos.” “Contar con procedimientos que garanticen el acceso a la información en poder del Estado contribuye al control de la gestión estatal y es uno de los mecanismos más eficaces para combatir la corrupción.”⁵⁴

Esta atención fue aún más intensa en el Informe del año 2000, el cual se ha llamado coloquialmente, “normas de la ONU”. Ahí´, como principio de una posible futura resolución, se dio la afirmación contundente de que el acceso a la información pública era un derecho fundamental, sometible a restricciones excepcionales, en particular:

“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas

⁵³ Comisión de Derechos Humanos, 54º periodo de sesiones; 28 de enero de 1998, Organización de Naciones Unidas.

⁵⁴ Comisión de Derechos Humanos, Op.Cit., 55º periodo de sesiones, 29 de enero de 1999, O

previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”⁵⁵

Con posterioridad, destaca la Declaración Conjunta sobre acceso a la información y sobre la legislación que regula el secreto de diciembre de 2004, En esta los relatores asumían en buena medida los principios antes afirmados y se detallaba el contenido y garantías de este derecho. De esta forma, en la declaración se reconocía el derecho humano como fundamental, la publicidad activa, la presunción de que toda la información es accesible, las excepcionales limitaciones a este derecho, la necesidad de cumplir normas mínimas de gestión de archivos, el derecho al recurso, entre otras.

Finalmente, hay que tener en cuenta la Declaración conjunta de 9 de Diciembre de 2006, la cual si bien trataba sobre ataque a periodistas, en ella se subrayó la gran importancia de la Sentencia del caso “Claude Reyes” y otros de la Corte Interamericana.

⁵⁵ Comisión de Derechos Humanos, Op.Cit., 56º periodo de sesiones, 18 de enero de 2000.

1.3.2 Panorama Regional

Por su parte, a nivel regional, mencionaremos los tratados que reconocen la libertad de expresión. Entre estos encontramos a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la cual establece en su artículo 4º que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”⁵⁶

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual estableció como mecanismos para exigir el respeto de los derechos a la CIDH y a la Corte IDH. El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos surge para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos de las Américas. Es en el año 1948, con la adopción de la Carta de la organización de los Estados Americanos, que se comienza la construcción de una nueva institucionalidad, a las cuales le siguieron la suscripciones de convenciones, tratados y protocolos interamericano-vinculantes para los Estados.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13 declara que:

“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 de su elección.

El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley por ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o

⁵⁶ Organización de los Estados Americanos,, IX Conferencia Internacional Americana: Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Bogotá, Colombia.

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”⁵⁷

A su vez, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido este derecho por medio de la acción e interpretación de los diferentes órganos en el marco de la Comisión Americana de Derechos Humanos, configurándose como un modelo mundial básico en la materia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría para la Libertad de Expresión, ha desempeñado un importante rol en lo que se refiere al apoyo y la promoción del Derecho de Acceso a la Información Pública, esta también ha prestado asesoría a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se puede destacar la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, la cual fue aprobada por la CIDH en el año 2000, cuyo principio N°4 reconocía:

“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”⁵⁸

Posteriormente, en el informe del relator en el año 2003, se le dedicó más de cuarenta páginas al acceso a la información pública. Pero sin lugar a dudas, el hito más relevante en la materia a nivel regional lo fue el caso Claude Reyes VS Chile (del cual ya hablamos latamente en otro capítulo), debido a que éste supuso la culminación de la regulación del acceso a la información pública en los Estados.

En la misma línea, la Asamblea General de la OEA en su resolución de junio de 2006 señalaba que “Reafirmar que toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es requisito indispensable para al funcionamiento mismo de la democracia”.⁵⁹ En el mismo sentido,

⁵⁷ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969, San José, Costa Rica. artículo 13.

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 108º Período ordinario de Sesiones, 2000.

⁵⁹ Organización de los Estados Americanos, resolución N°36, 2006.

los Estados miembros de la OEA pidieron la preparación de una Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información para facilitar la adopción por los Estados del marco legal necesario, la cual fue aprobada en junio de 2010 por la Asamblea General.⁶⁰

Finalmente, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen un elemento de vital relevancia, ya que este cuenta con competencia tanto jurisdiccional y consultiva. Respecto a su primera función está conocer y resolver demandas individuales por vulneración de derechos humanos, a solicitud de la CIDH o de los Estados parte de la Convención que hayan reconocido jurisdicción a la Corte.

Es relevante traer a colación el artículo 68.1 de la CADH el cual declara que: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.⁶¹

La Corte, realizó una interpretación extensiva del artículo 13 de la CADH, señalando que por medio de la estipulación expresa de los derechos a “buscar” y “recibir” información, la norma ampara el derecho de toda persona para solicitar el acceso a la información que se encuentran bajo el control del Estado, de acuerdo con el régimen de restricciones que la CADH establece.⁶² Para la Corte IDH, el Derecho de Acceso a la Información brinda a las personas tanto el derecho a recibir esa información y la obligación del Estado de suministrar, como el derecho a recibir una respuesta fundada cuando por alguna razón amparada por la CADH el Estado limite el acceso a ella.⁶³

Otro punto que destacar del rol de la Corte IDH es que esta ha establecido la existencia de principios enfocados en garantizar el ejercicio pleno y efectivo del derecho de acceso a la información, estos son los principios de máxima divulgación y buena fe.

⁶⁰ Federación Iberoamericana de Ombudsmán, (2015). XIII Informe Sobre Derechos Humanos, Transparencia e información pública, p66.

⁶¹ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Op. Cit. Artículo 68.1.

⁶² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2006, “ Caso Claude Reyes con el Estado de Chile. Op. Cit. parrafo 77.

⁶³ Idem.

El principio de máxima divulgación, consiste en aquel que establece como principio rector del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, este se encuentra en el mencionado artículo 13 de la CADH. Este mandata a diseñar un régimen donde la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general, sometida a estrictas y limitadas excepciones; a partir de este derivan consecuencias tales como que toda decisión negativa al acceso debe ser motivada, siendo el Estado quien tiene la carga de la prueba, y que ante una duda o falta de norma debe primar el derecho de acceso a la información.⁶⁴

Demostración de lo anterior es que nuestra normativa recoge el principio transcrito. En efecto, el artículo 11 literal d) de la LAIP señala como parte de los deberes de los órganos de la Administración del Estado el reconocimiento expreso del principio de máxima divulgación, los órganos “ deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.”⁶⁵

El segundo principio reconocido por la Corte es el de buena fe, este consiste en que los Estados deben interpretar la ley de forma tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso a la información, que aseguren su estricta aplicación, que otorguen los medios de asistencia necesarios a quienes solicitan el acceso, que promuevan una cultura de transparencia, que coadyuven a transparentar la gestión pública y que actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional.⁶⁶

Éste también ha sido recogido en nuestra normativa, en específico en el artículo 11 letra f) de la LAIP, que establece que los órganos de la Administración del Estado deben, en sus mecanismos y procedimientos, facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.⁶⁷

⁶⁴ Droguett González. C. G. 2020. El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. p. 95.

disponible en: (<https://webproxy.uahurtado.cl:2831/cloudLibrary/ebook/info/9788413368887>.)

⁶⁵ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. artículo 11, letra d).

⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión. (2010). Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. p.5.

⁶⁷ Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 20.285. Op.Cit. artículo 11, letra f).

En síntesis, el Derecho Internacional ha sido en gran parte el gestor y promotor de la consagración del derecho de acceso a la información pública, ya sea por medio de Organizaciones de carácter mundial o regional; y estos han instado a los Estados para que adopten la legislación correspondiente, constituyéndose, así como la fuente más importante en la materia.

1.4. DAIP Regulación Constitucional

El primer antecedente que podemos encontrar respecto al reconocimiento del derecho a la libertad de información se encuentra en el año 1812 (previo a la independencia Chilena), el cual a través del Reglamento Constitucional Provisorio del Pueblo de Chile, se consagraba la libertad legal de la imprenta e instó como un deber del Gobierno y el Senado que establecieran reglas para que la libertad no decayera en una autorización nociva.

Posteriormente, en 1818, la Constitución Provisoria reconoció la libertad para publicar ideas a todo hombre. En 1822, se promulgó una nueva Constitución la cual respaldó el ejercicio de la libertad de imprenta dentro de sus límites; a las cuales le siguieron las Constituciones de 1823, 1828, y de 1833.

Luego, ya en el siglo XX, por su parte, la Constitución política de 1925 establecía reglas muy generales, en particular relativas a la publicidad de procesos electorales, de las actuaciones de los órganos colegiados e igualmente ciertas garantías del proceso penal.

Después, en 1973, la Junta de Gobierno dictó el Acta Constitucional N° 3, en la cual se aseguró como derecho constitucional a todas las personas la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en su ejercicio.

Finalmente, La constitución de 1980, en su texto primitivo establecía breves referencias al principio de publicidad, entre las cuales podemos señalar el “sistema electoral público”, la tutela de la “vida pública” y la contabilidad de los partidos políticos debía ser pública.⁶⁸ Años más tarde, y ad- portas de la vuelta a la democracia, en 1989, la Ley N° 18.825, modificó el artículo 5° de la Constitución, agregando el inciso segundo, el que establecía el deber de los Órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, “garantizados por la

⁶⁸ Navarro Béltran, E. Op. Cit. pp 45-46.

Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.⁶⁹

Un hito necesario destacar es que la Comisión de Ética Pública en el año 1994, instó a legislar sobre el acceso a la información. Esta comisión, estimaba conveniente incorporar en la constitución los principios de probidad de los funcionarios y de transparencia de la función pública.⁷⁰

La reforma constitucional de 2005, estableció en el inciso segundo del artículo octavo, el principio de probidad al indicar 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 aquellos 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”.⁷¹

Se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma, que la publicidad y la transparencia no son términos idénticos (nos referimos en extenso sobre esto en el capítulo anterior).⁷² . En concreto el artículo octavo de la Constitución contiene no sólo el reconocimiento del principio de probidad de la función pública, sino que establece la publicidad de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado”. Es necesario destacar su ubicación en el capítulo I de las bases de Institucionalidad del Texto Constitucional por lo cual se suma a las directrices fundamentales que este capítulo condensa y de la que son destinatarios todos los órganos del Estado, así como todas las personas que conforman la república.

Hasta no hace mucho tiempo la jurisprudencia constitucional a tono con lo señalado por la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos

⁶⁹ Chile, Ministerio del Interior. Ley N° 18.825: Modifica la Constitución Política de la República. Artículo único N° 1.

⁷⁰ Navarro Béltran, E. Op. Cit. p. 51.

⁷¹ Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2005, Constitución Política de la República. Artículo 8°.

⁷² Navarro Béltran, E. Op. Cit. p. 52.

Humanos había admitido pacíficamente que el derecho de acceso y el principio de transparencia tenían una base constitucional en el artículo 8 de la CPR.⁷³

Pero, como veremos en el último capítulo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha oscilado el criterio para establecer si efectivamente se consagra a nivel Constitucional el derecho de acceso a la información pública. Además, debe tenerse en cuenta que la Constitución asegura, en su artículo 19 N°14, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.⁷⁴

⁷³ Camacho Cepeda, G. 2014. Constitución y Transparencia. Revista de Derecho Público, p 150.

⁷⁴ Navarro Béltran, E. Op.Cit.p. 53.

1.4.1. Proyecto de Reforma Constitucional

Es del todo necesario hacer referencia al proyecto de reforma constitucional presentado por un grupo de senadores en el año 2013, boletín N° 8805-07, el cual tiene por objeto otorgar el reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública, en razón de, “La falta de consagración expresa en la Constitución del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, aunque su incorporación puede desprenderse de su tenor actual”⁷⁵. Entre las claves del proyecto podemos mencionar:

1. El proyecto incorpora el principio de transparencia en el artículo 8° de la Constitución.
2. El proyecto incorpora el acceso a la información pública dentro de los derechos constitucionales del artículo 19.
3. Se sugiere ubicar el principio de transparencia juntamente con el principio de publicidad constitucional.
4. Sólo la regulación de las causales de reserva o secreto deben tener quórum calificado.
5. Existe un riesgo de judicialización del derecho de acceso a la información. ⁷⁶

Actualmente el proyecto está en la Cámara de diputados, desde el día 15 de marzo de 2024, se encuentra archivado.

⁷⁵ Chile, Honorable Senado. 2013, Boletín N° 8805-07: Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y el derecho de acceso a la información.

⁷⁶ *Ibíd.*

1.4.2. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

Como primera aproximación debemos hacer una distinción entre si éste constituye un recurso o una acción constitucional. La doctrina nacional señala que pertenece al segundo grupo, debido a que es un derecho público subjetivo, cuyo ejercicio, reconocido por la propia constitución, tiene la virtud de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado con el objeto de obtener la protección o tutela extraordinaria o diferenciada del ejercicio legítimo de un derecho fundamental protegido por el ordenamiento constitucional⁷⁷

La regulación normativa se encuentra en el artículo 93 n°6 de la constitución política de la república, éste es un tipo de control de constitucionalidad concreto, represivo y facultativo, esto es, de control concreto, debido a que tiene como presupuesto material una gestión respecto de la cual se constituye el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada; control represivo, puesto que recae en normas legales (leyes, legislación delegada y legislación irregular) del ordenamiento jurídico, y control facultativo, en la medida que se incoa el proceso ante el Tribunal Constitucional mediante una acción entablado por el juez de la gestión a través de un “ auto motivado” o vía requerimiento de parte la inaplicabilidad en cada caso en particular, de un precepto legal cuya “ aplicación resulte contraria a la constitución”.⁷⁸

Este es un medio o garantía a través del cual, en un proceso jurisdiccional especial, se ejerce un control de constitucionalidad concreto de la ley, por el Tribunal Constitucional. Este requiere una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, en la que un precepto legal resulte decisivo para la resolución del asunto sometido a ese tribunal, debe constituir derecho material, sea este “ lex decisoria litis”

⁷⁷ Zúñiga Urbina, F. y Gómez Bernales, G. (2011). Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad : doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales. pp.36-37.

⁷⁸ Zúñiga, F. y Vega, F. (2006), El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica. p.146.

o “lex ordenatoria litis”; debiendo el actor fundar razonablemente la contradicción que el precepto legal impugnado tiene con la constitución.

Es jurisdiccional porque el Tribunal Constitucional es un órgano de control de constitucionalidad que ejerce una jurisdicción de naturaleza jurídica y orgánica que ejerce competencias ajenas a decisiones sobre conflictos de intereses particulares o a casos concretos con contradictorio propios de la jurisdicción ordinaria. Por consiguiente, es una acción constitucional, ejercida ante un Tribunal dotado de jurisdicción y competencia para resolver un conflicto constitucional de esta naturaleza.⁷⁹

Respecto a su objeto, esta tiene por finalidad la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuando la aplicación de este precepto resulte contraria a la Constitución. Es de especial relevancia, la circunstancia que su aplicación al caso concreto pueda resultar contraria a la Constitución, con lo cual el Tribunal Constitucional deberá prestar especial atención al mérito del proceso al interior del cual dicha norma legal impugnada podrá ser eventualmente aplicada. Se trata de un control de constitucionalidad concreto y no abstracto.

En cuanto a su causa de pedir, consiste en una norma legal cuya aplicación al caso particular produce una contradicción con la Constitución, lo cual obliga al Tribunal Constitucional a atender a las circunstancias que configuran la gestión, por lo que se requiere un adecuado conocimiento de los antecedentes fácticos, de manera de permitir concluir si la aplicación del precepto legal en cuestión produce o no efectos contrarios a la Constitución Política.

La acción de inaplicabilidad, además, responde a un esquema nuevo del tradicional de la Constitución de 1925 y 1980, de un control concreto de constitucionalidad, en el cual los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide, resultan claves para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada, sometiendo al proceso de constitucionalidad a una inevitable casuística.

⁷⁹ Zúñiga Urbina, F. y Gómez Bernales, G. Op. Cit. pp.36-37.

Debemos destacar dos aspectos de esta acción, el que este establece un proceso de constitucionalidad, el cual es un control jurisdiccional represivo, facultativo y concreto, y este no constituye un proceso de amparo de derechos fundamentales.

Además, esta acción no es la vía procesal idónea para impugnar resoluciones judiciales de los tribunales del fondo, ordinarios o especiales, con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular éstas, debido que las cuestiones de mera legalidad son ajenas a este instituto.

1.5. DAIP Regulación Reglamentaria

Respecto a su regulación reglamentaria, existen Decretos Supremos tales como el D.S N° 20/2009 del ministerio Secretaría General de la Presidencia, el cual aprueba estatutos de funcionamiento del CPLT. Este decreto supremo regula las normas de funcionamiento del Consejo, principalmente sus funciones, atribuciones y su organización; el D.S. N° 13/2009 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Aprueba el reglamento de la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la administración del Estado. Este reglamento tuvo por objeto regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

En cuanto a las instrucciones Generales del Consejo Para la transparencia, destacan: i) la instrucción general N° 1 del Consejo para la transparencia sobre la presentación de reclamos ante gobernaciones; ii) la instrucción general N°2 del Consejo para la transparencia sobre designación de enlaces; y iii) la instrucción general N° 3 del Consejo para la Transparencia sobre el índice de actos y documentos calificados como secretos o reservados.

Capítulo 2: El Derecho a la Vida Privada y a la Inviolabilidad de las Comunicaciones Privadas

2.1. Derecho a la vida privada

En primer orden, es necesario dar una aproximación acerca de cuál es el significado de privacidad. Debemos mencionar que desde un punto de vista histórico esta discusión nace a partir de un artículo de revisión de la legislación de los Estados Unidos titulado *The Right to Privacy*, tradicionalmente se han empleado tres palabras para referirse a este derecho: privacidad, vida privada e intimidad⁸⁰. La mayoría de la doctrina sigue para estos efectos la tendencia anglosajona sobre el “right to privacy”, y específicamente “privacy”, el cual no distingue entre la intimidad y la vida privada, pero distingue grados en ella, mediante los cuales se incluye tanto la vida privada como la vida íntima”.

Por lo tanto, lo que ocurre es que el derecho a la intimidad se ha constituido como un derecho inespecífico que poseen todos los ciudadanos, oponible a todos los otros ciudadanos, en razón de la eficacia horizontal de los derechos. Entonces, el derecho a la privacidad nace en el derecho anglosajón y ha sido interpretado como el derecho “a ser dejado solo”, o “ser dejado en paz”, y a partir de esta construcción y el desarrollo jurisprudencial posterior, se comenzó a utilizar para las demandas sobre protección de intimidad, en sus múltiples manifestaciones y proyecciones, entre las que se encuentran la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.⁸¹

La regulación legal del derecho a la vida privada se encuentra en variados pactos internacionales suscritos y ratificados por Chile, constando su consagración explícita en el artículo 19 número 4 y 5 de la Constitución Política de la República y en la ley

⁸⁰ Figueroa, R. 2014. Privacidad. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/1321>. p23.

⁸¹ Moreno Carrasco, Diego. Op.Cit.. pp. 239-240.

19.628 sobre Protección de la Vida privada de 1999. En cuanto a su regulación constitucional, el artículo 19 número 4 señala que se asegura a todas la personas “ el respeto y protección de la vida y a la honra de la persona y su familia (...)”, de la redacción de este podemos destacar el respeto a la vida privada, y a la honra, resguardando dos derechos distintos. En primer lugar, la honra hace referencia a la posición que ocupa una persona en las relaciones sociales lo que se extiende también al aspecto público de la vida de las personas, y que excluye la intimidad.⁸² Por su parte, la vida privada ha sido entendida como “el conjunto de asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”⁸³ .

Junto con ello, el contenido mismo del derecho a la privacidad es una cuestión que no resulta sencilla. Una primera aproximación consiste en señalar qué es lo que las normas y las cortes protegen cuando la invocan. En este sentido, la privacidad se identificaría a partir del bien o bienes protegidos. En otro sentido, se puede definir la privacidad a partir de otros conceptos asociados con ella, que serían sinónimos o se relacionarían con estas en algún sentido. se relacionaría con tres ideas básicas: secreto, tranquilidad y autonomía. Finalmente, una tercera acepción consiste en individualizar tipos de conductas o acciones que vulneran la privacidad y han sido identificadas en casos concretos por la jurisprudencia.⁸⁴

La tutela de este derecho se consagra, en un primer orden, a nivel constitucional, por medio de la acción de protección reconocida en el artículo 20 de la Constitución. Mientras que, a nivel legal, Chile fue el primer país latinoamericano en promulgar una ley en la materia, así la ley 19.628 sobre Protección de la vida privada es la encargada de proteger y regular el tratamiento de datos de carácter personal, los cuales se definen

⁸² Castro, J. 2013. El derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el uso del correo electrónico en la empresa. Revista de Estudios laborales, 8. p85.

⁸³ Cea, J. 2004. Derecho Constitucional chileno. Tomo 1. Ediciones Universidad Católica de Chile. p178.

⁸⁴ Figueroa, R. Op.Cit.. pp. 107-108.

por el artículo 2 letra F) de la mencionada ley como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”.⁸⁵

Asimismo, esta ley contempla las fuentes de acceso público en su artículo 2 letra i), al definir las como “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”.⁸⁶

El amplio carácter de esta definición debe complementarse con lo dispuesto en el artículo 4 inciso quinto del mismo cuerpo legal, el cual establece el marco de acción de la excepción. Así, se permite el tratamiento de datos personales que provengan de fuentes acceso público cuando estos: sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial; se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento; o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

⁸⁵ Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 19.628: Sobre protección de la vida privada. artículo 2, letra F).

⁸⁶ *Ibíd.* artículo 2, letra i).

2.2. Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas se encuentra consagrado en el artículo 19 número 5 de la Constitución, en el cual se asegura a todas las personas “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse en los casos y formas determinados por la ley”.⁸⁷

En consecuencia, se define a este derecho como “aquella derivación y concreción del derecho a la vida privada, en virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado y a los particulares, la captación, interceptación, grabación y/o reproducción ilegal de una comunicación privada. Es un derecho fundamental, de carácter civil y político, cuyo fundamento último es la dignidad de la persona humana, siendo por ello necesario su reconocimiento normativo y el establecimiento de normas sustantivas de protección que sancionen su vulneración”.⁸⁸

Es de especial relevancia señalar que este derecho ha sido reconocido como una manifestación del derecho a la intimidad en ámbitos más específicos como el hogar y las comunicaciones o documentos privados, el reconocimiento de esta garantía se da tanto a nivel constitucional, así como respecto de otros instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes. En este sentido, y en palabras de Cerda Silca y Álvarez Valenzuela:

“El tramado normativo que configura en nuestro ordenamiento el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, está compuesto tanto por normas de rango constitucional como por disposiciones incluidas en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, los que en su conjunto tienen la fuerza normativa de límites a la soberanía del Estado y que

⁸⁷ Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Constitución Política de la República. Op. Cit. Artículo 19 N° 5.

⁸⁸ Cerda Silva y Álvarez Valenzuela. 2005. Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Ley 19.927 que tipifica los Delitos de Pornografía Infantil. Anuario de Derechos Humanos. p139-141.

conforman, al decir de Humberto Nogueira Alcalá, un verdadero bloque constitucional de derechos fundamentales”⁸⁹

En cuanto a la comunicación privada, esta se definió como “aquel tipo de comunicación en que el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe”, de tal manera que “ lo que se quiere es que el tipo de comunicación en el que quien la da a conocer elige soberanamente la persona del destinatario, debe ser protegido. eso es lo que desea consagrar”.

Entonces, el objeto de esta garantía es resguardar el acto comunicativo privado en sí mismo, con independencia del medio por el cual se materialice. Para determinar la privacidad o no de un mensaje, **se estimaba que prevalecía la intención que han querido darle los intervinientes a la comunicación, más que el medio**, poseyendo de esta forma el derecho una eficacia erga omnes que garantiza la impenetrabilidad de las comunicaciones por terceros, ya sean agentes públicos o privados, siendo esta la interpretación de la doctrina mayoritaria, como este no es un derecho absoluto, el mismo artículo establece la posibilidad de que la interceptación de estas comunicaciones proceda “ en los casos y formas determinadas por la ley”.

Por consiguiente, es menester satisfacer un primer estándar de legalidad para poder aplicar la medida. Generalmente, los casos establecidos por el legislador dicen relación con la interceptación de las comunicaciones para procesos criminales en que el juez investiga asuntos o delitos relacionados con la vida privada, cumpliendo con el estándar de especificidad y determinación exigido por la constitución, y resguardando a su vez que un órgano jurisdiccional vele por las garantías del afectado. ⁹⁰

En suma, resulta que la garantía fundamental se encuentra conformada de tal forma que el bien jurídico protegido es la comunicación en sí misma, obviando el medio o soporte por el cual se realice la comunicación por tanto, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas alcanza la protección no solo de la correspondencia escrita sino que también de los mensajes telefónicos, radiales, electrónicos o emitidos por

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Moreno Carrasco, Diego.Op.Cit.pp. 242-243.

cualquier otro medio y de todos los documentos privados que las personas lleven consigo o mantengan en su vivienda o lugar de trabajo. El constituyente escogió la expresión “comunicaciones privadas” porque cubría todo acto comunicacional que no fuera público” .⁹¹

2.3. Situación de los correos electrónicos de los funcionarios públicos.

El desarrollo económico y tecnológico ha incrementado notablemente los flujos de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social, ya sea se trate de empresas o de organismos de la administración del Estado. Dichos agentes necesitan disponer, en cierta medida, de datos personales para efectuar sus transacciones o para cumplir su cometido en el marco del espacio sin fronteras que constituye el mercado interior. Por otro lado, las personas afectadas por el tratamiento de datos aspiran a que estos se protejan de manera más eficaz. Se debe armonizar o equilibrar los derechos e intereses en juego al aplicar la normativa reguladora de los derechos a la libertad de información, libertad de expresión y la libertad de ejercer actividades que contribuyen a otros aspectos (religioso, político, sindical) y por otra parte la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos han sido tratados y comunicados.

Debemos señalar que el derecho a la protección de los datos personal fue reconocido recientemente en la Constitución, en el numeral 4 del artículo 19 de la Constitución el que asegura a todas las personas “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo la protección de sus datos

⁹¹ Evans Espiñeira, E. (2014). La inviolabilidad del hogar y de la Correspondencia: Nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales. Revista de derecho Universidad finis Terrae. p. 10.

personales”.⁹² Añadiendo sobre este último que “el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”

No obstante, la regulación constitucional de protección de la privacidad y de los datos personales, el tratamiento de estos y las obligaciones de seguridad asociadas a ellos se regulan en nuestro país a nivel legal, principalmente en la Ley 19.628 y la Ley 20.575, también encontramos en el ámbito sectorial algunas normas relativas a datos personales, las que están principalmente dirigidas a la reserva de los datos objeto del tratamiento, entre estas podemos mencionar la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes de las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud; la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firmas electrónicas y servicios de certificación de dicha firma, entre otras.⁹³

Estrechamente vinculado al tratamiento de los datos personales, ha cobrado notable relevancia el acceso a la información pública contenida en los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos, debido a las diferencias en el criterio interpretativo entre el Consejo para la Transparencia, órgano especializado de carácter administrativo, y el Tribunal Constitucional, respecto a la posibilidad de poder acceder eventualmente al contenido de ellos, en caso de que algún ciudadano solicite su acceso.

Respecto a los correos electrónicos, es necesario afirmar que desde el punto de vista técnico todos los correos pueden ser objeto de control. En efecto, si bien el correo electrónico es una herramienta de comunicación ampliamente utilizada, el conocimiento sobre su manera de funcionar es en general poco conocida, lo que se puede prestar en muchas ocasiones para confusiones, malentendidos o fraudes.

⁹² Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Constitución Política de la República. Op. Cit. Artículo 19 ,Nº 4.

⁹³ Benussi Díaz, C. 2020. Obligaciones de seguridad en el tratamiento de datos personales en Chile: escenario actual y desafíos regulatorios pendientes. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. p.234.

Para comprender de mejor forma las diferencias entre correos electrónicos personales y correos electrónicos laborales, debemos señalar que el correo laboral sería aquel otorgado por el empleador como herramienta de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de las labores encomendadas, debiendo ser utilizado para estos fines, reconociéndose también la eventual facultad que tendría para el control y buen uso de este, considerando también que es el empleador el que asume los costos derivados de la implementación de esta herramienta, porque utiliza el dominio de la empresa y porque se entiende que los mensajes enviados por esta vía se hacen en representación de esta”⁹⁴

En tanto, por el contrario, los correos electrónicos personales, serían aquellas cuentas solicitadas directamente por la persona a un proveedor de correo electrónico, sea con costo o no, y cuya dirección electrónica tiene un dominio diferente al del empleador.

Este análisis resulta pertinente, porque el principio y la lógica existente tras la asignación del correo laboral en el sector privado es el mismo aplicable a los trabajadores del sector público, y a los correos electrónicos que se les asignen, considerando, eso sí, que el empleador en el último caso es el Estado, y que como tal reviste ciertas particularidades que hacen necesario conciliar lo anteriormente expuesto con el necesario escrutinio de la ciudadanía del quehacer público estatal.⁹⁵

Actualmente, y considerando el avance de los medios tecnológicos para el almacenamiento de la información, la mayoría de las comunicaciones que utilizan los funcionarios de la administración del Estado implican la utilización de medios o soportes electrónicos. Uno de los más utilizados es justamente el correo electrónico, por lo que resulta evidente la importancia que ha cobrado esta herramienta como canal de información, ya sea entre distintas autoridades, o bien como almacenador de

⁹⁴ Larrea, J. 2008. Legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores”. Revista de Derecho Informático. p.9.

⁹⁵ Moreno Carrasco, D.Op.Cit. pp. 252-253.

información pública, o que pueda tener un potencial interés público, contenga o no fundamentos previos para la adopción de una determinada decisión.

Ahora, es necesario preguntarnos si es que los funcionarios públicos tienen derecho a la privacidad en los correos electrónicos institucionales. Lo anterior se puede justificar, en tanto, aplicación del ejercicio de las facultades fiscalizadoras respecto de los funcionarios públicos no sólo desde la óptica de las facultades del Estado como empleador, sino también por la calidad de funcionarios públicos. Si bien es cierto que los servidores públicos son titulares de los mismos derechos fundamentales que el resto de los ciudadanos, estos están sometidos a ciertas exigencias motivadas por los principios de ética pública y de buen gobierno, en donde el rol de la ciudadanía es cada vez más preponderante.⁹⁶

En consecuencia, de igual manera se justifica que el empleador tenga, en determinadas circunstancias, facultades de control y/o acceso a los medios que entrega a los funcionarios para que estos desarrollen sus funciones, el Estado, en representación del interés público comprometido, puede solicitar acceso al contenido o informaciones que se encuentren en los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos cuando exista un interés general o superior comprometido, esto considerando no sólo criterios laborales o de fiscalización, sino también fundamentos políticos, sociológicos y legales, propios del moderno Estado democrático de derecho.⁹⁷

Si tomamos un punto de vista contrario al anterior, o bien negando la posibilidad de que a todo evento se pueda acceder a los correos electrónicos de los funcionarios públicos si existe un interés público en juego, se podría generar un problema mayor, ya que podrían constituirse estos correos en un canal paralelo de información respecto del cual no habría posibilidad de acceso, con las consecuencias negativas que esto generaría para el avance y promoción de la transparencia. Por lo cual, es razonable afirmar que todo lo que conlleve la ignorancia de la información pública hace más difícil la lucha

⁹⁶ Zambrano Meza, F. 2013. ¿Tienen derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones los servidores públicos? Publicidad de los correos electrónicos institucionales y la necesidad de ponderación. Revista Derecho y Humanidades. p.377.

⁹⁷ Moreno Carrasco, D. Op.Cit. pp.255-256.

contra la corrupción y debilita los fundamentos el Estado de derecho, en la medida que los ciudadanos tienen menos elementos para ejercer su rol fiscalizador respecto de las labores del gobierno.

2.4. Postura CPLT

El consejo, por medio de sus decisiones, ha señalado generalmente la reserva de la información cuando ésta contiene datos personales, sin embargo, en determinados casos ha aplicado los denominados test de daño y de interés público, ordenando la entrega en consecuencia bajo dichos criterios. Este test de daño o también llamado principio de proporcionalidad consiste en el balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación.

Tratándose de un derecho con rango constitucional, la reserva o secreto debe respetar el principio de proporcionalidad, el cual supone analizar los siguientes factores: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado y, finalmente, c) si de la medida a adoptar derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto ⁹⁸.

-

⁹⁸ Matus Arenas, J. 2013. Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales. Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile. pp. 207-208.

Capítulo 3: El Tribunal Constitucional y el análisis jurisprudencial sobre la publicidad

3.1. Tribunal Constitucional

En conformidad a lo que preceptúa la Constitución, el Tribunal Constitucional es un órgano autónomo e independiente, de rango constitucional, colegiado, letrado y que no forma parte del Poder Judicial. Está regulado por la Constitución en el capítulo VII y por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC)Nº 17.997.⁹⁹

Respecto a sus funciones, estas se encuentran establecidas en el artículo 93 de la Constitución y se pueden agrupar en dos grandes grupos:

A. Atribuciones destinadas a resguardar el principio de supremacía constitucional, entre las que se encuentran:

- 1) “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.¹⁰⁰

Este es un control obligatorio y a priori de constitucionalidad de ciertas normas jurídicas. Los proyectos de Leyes interpretativas de la Constitución y de Leyes Orgánicas Constitucionales, además de los tratados internacionales que versen sobre materias propias de ley orgánica, deben ser sometidos a un control previo a su promulgación y obligatorio de constitucionalidad ante el TC.

⁹⁹ Peredo Rojas, M. Lecciones de Teoría Constitucional chilena Editorial: Legal Publishing. (disponible en: <https://webproxy.uahurtado.cl:3353/launchapp/title/LALEY/2019/42727781/v1/document/>).

¹⁰⁰ Ministerio Secretaría General de La Presidencia, Op. Cit. Constitución Política de la República. artículo 93.

2) “Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”.¹⁰¹

Este es un control a posteriori y facultativo, porque exige un requerimiento para que el tribunal pueda conocer de la materia, el requerimiento puede ser del Presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de diez de sus miembros. Del mismo modo, puede requerir toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente, ya sea ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en un auto acordado.

3) “Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del congreso”.¹⁰²

Para que haya una cuestión de constitucionalidad debe haber un desacuerdo entre el Presidente de la República y el Congreso o entre él y una de las cámaras, o entre ambas sobre la preceptiva constitucional. La discrepancia debe versar en relación con un proyecto de ley, un proyecto de reforma constitucional o de un tratado, debe ser precisa y concreta y se debe suscitar durante la tramitación del proyecto.

4) “resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley”.¹⁰³

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

Lo que se busca es apreciar si la sustancia o fondo del D.F.L. entra en pugna o no con la Constitución.

5) “Resolver, *por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.¹⁰⁴

En conformidad lo establece el artículo 93 N°6 de la Constitución, esto corresponde a lo que denomina “ Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”; en este se ejerce un control concreto de constitucionalidad del precepto legal impugnado, analiza si la aplicación de un precepto legal determinado en una gestión o caso concreto produce un resultado contrario a la Carta Fundamental, por lo que se debe entrar a analizar las circunstancias que rodean cada caso que conocen, de forma tal que se pueda concluir si en el caso concreto la aplicación del precepto legal resulta contraria a la Constitución. Esta puede ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto.

Deben cumplirse cuatro requisitos para declarar la admisibilidad:

A) La existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, por lo cual que todavía no exista una sentencia definitiva que se encuentre ejecutoriada;

B) Que la aplicación del precepto legal (en un sentido amplio) impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto el cual forma parte de la gestión pendiente;

C) Que la impugnación esté fundada razonablemente; y,

¹⁰⁴ Idem.

D) Que se cumplan los demás requisitos que establezca la Ley Orgánica del Tribunal.

6) “Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.¹⁰⁵

Esta es una acción pública para requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, una vez se haya declarado en sentencia previa su inaplicabilidad en una gestión pendiente, a esta se le denomina “Acción de inconstitucionalidad”. Los requisitos para estos son:

A) Que lo que se solicite sea la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal;

B) Que el precepto legal debe haber sido previamente declarado inaplicable por sentencia del propio Tribunal;

C) El proceso debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por el Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio.;

D) Que se haya abierto un proceso, sustanciado y dictado en él, además de la sentencia en la cual se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal cuestionado y las disposiciones de la Constitución.

7) “Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del presidente de la república que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente de la República en conformidad al artículo 99”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Idem.

8) “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”.

107

B. Otras Atribuciones.

- 1) “Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”.¹⁰⁸
- 2) “Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de e inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavos del número 15 del artículo 19º de esta constitución”.¹⁰⁹
- 3) Informar al Senado, de manera previa, respecto de la declaración de inhabilidad del Presidente electo o en ejercicio y sobre la renuncia que presenta el Presidente de la República.
- 4) “Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado”.¹¹⁰
- 5) “Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones”.¹¹¹

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem.

- 6) *“Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios”.*¹¹²
- 7) *Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñar el cargo y pronunciarse sobre su renuncia al mismo.* ¹¹³

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

3.1.2. Efectos de la Sentencia

El Tribunal Constitucional dicta sentencias de única instancia. Por lo cual, en contra de sus resoluciones no procede recurso alguno; sólo cabe un recurso de rectificación por errores de hecho en que hubiere incurrido, ante el mismo tribunal en conformidad con la ley.

3.1.3. El Precedente en el Tribunal Constitucional

Debemos comenzar señalando los efectos de la sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el cual es, básicamente, resolver el asunto, este debe respetarse en todas las instancias, ya que los efectos se radican en la gestión y no se requiere triple identidad. Por consiguiente, la acción no puede ser intentada por el mismo vicio que ya se decidió en la sentencia, ya sea que esta haya sido estimatoria o desestimatoria. Además, Fuera de la gestión en la cual se dictó la sentencia, no existe el efecto de estar decidido y las partes o el juez pueden intentar una nueva acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, impugnando el mismo precepto; pero por otro vicio diferente de aquel resuelto en la sentencia.

En este sentido se establece en el artículo 90 de la LOC del Tribunal Constitucional, el que señala que: “Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido.”¹¹⁴

Por tanto, surge la interrogante de si debe el tribunal constitucional fallar de la misma forma en que ha fallado siempre, o existe la posibilidad de que efectúe un cambio jurisprudencial a pesar de la igualdad sustancial de los casos.

Es del todo claro que, en nuestra tradición continental del Derecho, el precedente no constituye derecho, pero en materia Constitucional la cuestión pareciera ser diferente.

El “precedente”, se puede definir como aquella regla jurídica vía interpretación/aplicación o integración del ordenamiento jurídico crea el juez para resolver el caso planteado y que debe servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo.¹¹⁵

¹¹⁴ Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Ley 17.997: LOC del Tribunal Constitucional; artículo 90.

¹¹⁵ Rodríguez, R. “ El precedente constitucional en el Perú, entre el poder de la historia y las razón de los derechos”. Estudios al precedente constitucional. P.55.

Por su parte, el precedente “constitucional” es aquella regla jurídica que surge de la interpretación/ aplicación de disposiciones constitucionales o de disposiciones infra constitucionales interpretadas de conformidad con aquella.¹¹⁶

También, es necesario distinguir entre precedente constitucional vinculante y jurisprudencia constitucional. La jurisprudencia constitucional implica que la repetición de criterios normativos contenidos en las sentencias de los tribunales puede ser observado por el Tribunal Constitucional, por el resto de los órganos del poder público, y por los jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial. No obstante, su incumplimiento no se considera como una violación al Derecho. Por su parte, el precedente vinculante es obligatorio y tiene carácter general, en otras palabras éste es obligatorio para todos los poderes públicos y los particulares, una verdadera fuente formal de derecho.¹¹⁷

Es en virtud del precedente que los jueces deciden el caso presente atendiendo a cómo se decidieron casos iguales o semejantes en el pasado.

Es necesario, distinguir a su vez, entre Precedente en sentido horizontal o auto precedente, este consiste en la vinculación del juez a sus decisiones anteriores. En sentido vertical, en cambio, implica que el precedente sentado por una instancia superior deberá ser respetado por las instancias inferiores, en aquellos tribunales superiores que ejerzan sobre los inferiores jurisdicción en apelación.¹¹⁸

En nuestro caso, las sentencias del Tribunal Constitucional y las sentencias de los tribunales de justicia que interpretan o aplican la Constitución no tienen valor de precedente vinculante. En palabras de la profesora Flavia Carbonell: “El sistema jurídico chileno no contempla reglas de precedente vinculante. La constitución Chilena de 1980, aún vigente, no consagra ninguna norma que se refiera a la competencia de la

¹¹⁶ Henríquez, Miriam. (2016). Las fuentes del orden constitucional chileno. Editorial Thomson Reuters. p. 159.

¹¹⁷ Henríquez, M. y García, J; 2024; El precedente en el Tribunal Constitucional: Finning y la consolidaciones de una práctica reflexiva, En: Zúñiga Urbina, F., & Rivero Hurtado, R. Justicia Constitucional y Democracia. Libro homenaje al Profesor Rodrigo Pica Flores Tirant lo Blanch. p. 616.

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 617.

Corte Suprema ni del Tribunal Constitucional para dictar precedentes ni que establezca la obligación de otros tribunales a seguirlo.”¹¹⁹

Por lo cual, para que en nuestro ordenamiento jurídico se reconozca el precedente constitucional obligatorio, será indispensable establecerlo positivamente, ya sea constitucional o legalmente.

Para concluir, en caso de seguirse una línea jurisprudencial por parte del Tribunal en ciertas materias, estas no tienen fuente en una base positiva, sino que deriva de principios que el propio Tribunal indica en la misma sentencia. ¹²⁰

¹¹⁹ Carbonell, F. (2022). “ El precedente constitucional en Chile”. Teoría y práctica del precedente judicial en iberoamérica. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. p. 321.

¹²⁰ Henríquez M. y García, J. Op.Cit. p.624.

Capítulo 4: Análisis de las sentencias

En los siguientes capítulos se hará un análisis cuantitativo y cualitativo de las sentencias del Tribunal Constitucional que se hayan pronunciado entre el año 2011 y el 2023, ya sea acogiendo o rechazando requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en que se impugnen normas de la Ley 20.285, y en que se haya alegado como vulnerado los derechos fundamentales contenidos en el artículo 19 N° 4 y/o 5 de la Constitución Política.

4.1 Análisis cuantitativo

- Descripción de la muestra.

La muestra consta de 12 sentencias, dictadas entre el 21 de junio de 2011 y el 11 de mayo de 2023. Se recopilaron sentencias que acogieran o rechazaran requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad relativas a la Ley 20.285, y en las que se haya alegado como vulneradas las garantías fundamentales contenidas en el artículo 19 N° 4 y 5.

La siguiente figura muestra el número de sentencias dictadas por año y sus roles.

Año	Número de sentencias	Rol
2011	1	1732-10 y 1800-10 (acumuladas)
2012	2	1990-11; 2153-11
2013	1	2246-12
2014	1	2379-13
2016	2	2689-14; 2982-16
2019	2	5841-18; 6136-19
2020	2	6932-19; 7068-19
2023	1	13053-22

Cuadro 1: Número de sentencias de inaplicabilidad falladas por año (acogidas o rechazadas) y sus respectivos roles.

- Quién deduce el requerimiento de inaplicabilidad.

La legitimación activa para deducir el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad corresponde al juez que conoce de la gestión pendiente en que debe aplicarse el precepto impugnado y las partes de dicha gestión (Artículo 79 LOC TC).

En la totalidad de las muestras los requerimientos de inaplicabilidad fueron deducidos por una parte en la gestión pendiente, ninguno fue interpuesto por el tribunal de la causa.

- Gestión pendiente.

Las únicas gestiones pendientes en las cuales se debe aplicar el precepto impugnado en los casos de las sentencias recopiladas son el reclamo de ilegalidad interpuesto ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante (Artículo 28 de la Ley 20.285) y el

recurso de queja que eventualmente puede interponerse contra los ministros de Corte de Apelaciones que hayan fallado dicho reclamo de ilegalidad.

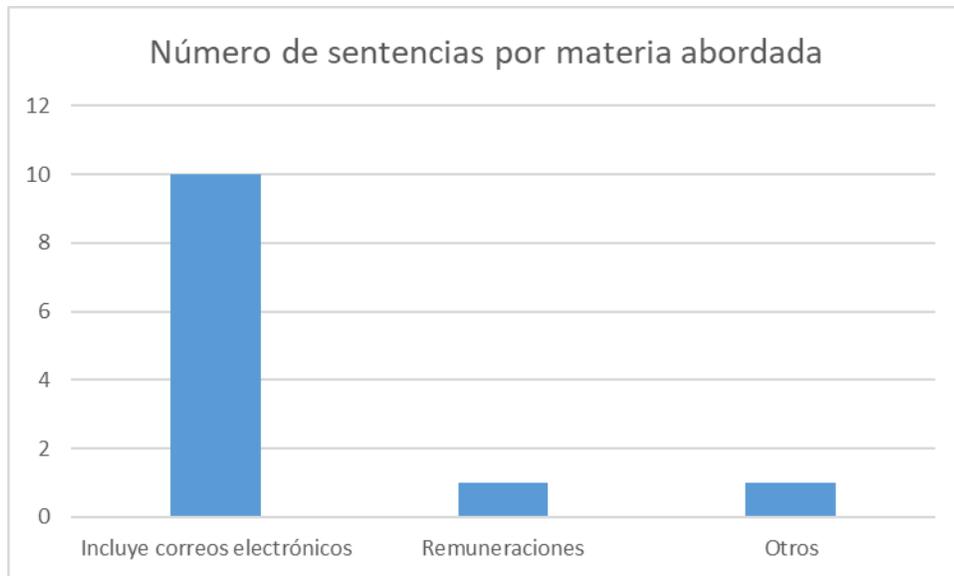
A continuación, se presenta un cuadro que muestra en una columna la gestión pendiente en los requerimientos de inaplicabilidad, y en la otra el número de requerimientos fallados por cada tipo de gestión pendiente.

Gestión pendiente	Número de sentencias
Reclamo de ilegalidad	9
Recurso de queja	3

- Número de sentencias dictadas por materia.

Las materias que se abordan en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que conoce el Tribunal Constitucional dependen en gran medida de la solicitud de información que es conocida en la gestión pendiente en que incide el requerimiento de inaplicabilidad.

Como muestra el gráfico 3, de las 12 sentencias analizadas, 10 tratan en gran medida sobre comunicaciones electrónicas (correos electrónicos) enviados o recibidos por funcionarios públicos, 1 sobre remuneraciones de altos cargos de una emisora de televisión nacional (TVN) y 1 sobre información referida a un proceso de selección de un alto cargo directivo.



Cuadro 3: Número de sentencias por materia abordada

- Distribución de las decisiones del Tribunal Constitucional (Acoge / Rechaza / Acoge parcialmente)

El gráfico 4 muestra la distribución de las decisiones contenidas en los fallos del Tribunal Constitucional. De las 12 sentencias recopiladas, en 8 de estas se acoge la acción de inaplicabilidad, en 3 se rechaza y en 1 se acoge parcialmente.

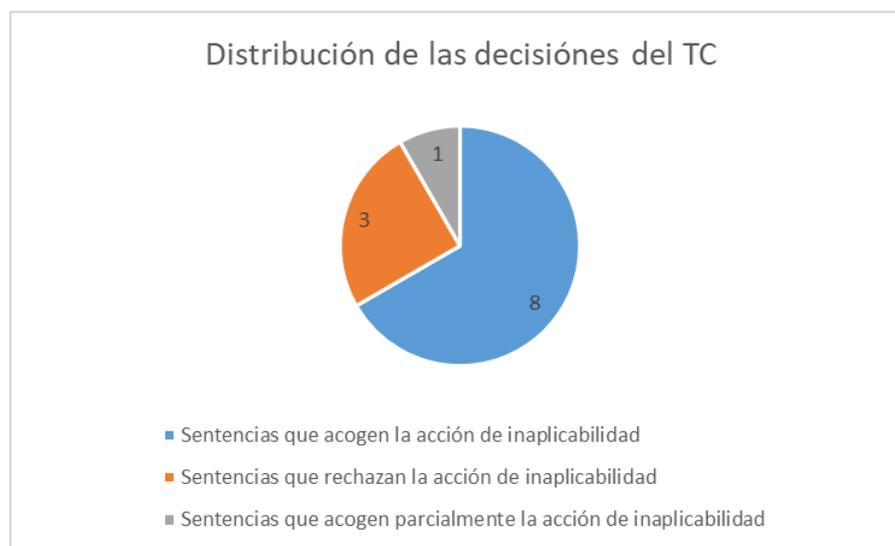


Gráfico 4: distribución de las decisiones del TC al fallar requerimientos de inaplicabilidad.

La siguiente tabla muestra cómo se distribuyeron las decisiones contenidas en los fallos a partir de la materia abordada en el requerimiento de inaplicabilidad:

Materia	Acoge	Rechaza	Acoge parcialmente
Correos electrónicos	7	2	1
Remuneraciones	1	0	0
Otros	0	1	0

Cabe señalar que en 11 de las 12 sentencias existió votos disidentes. Solo se falló de manera unánime en la sentencia 1990-11-INA, que acogió la acción de inaplicabilidad.

- Normas impugnadas:

La siguiente tabla muestra las distintas normas de la Ley 20.285 que han sido impugnadas en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y que fueron objeto de análisis en las sentencias recopiladas.

Norma impugnada	Número de requerimientos en que se impugnó la norma	Número de sentencias que acogieron el requerimiento en que se impugnó la norma
Artículo 5°, inciso segundo de la Ley 20.285	11	9*
Artículo 10, inciso segundo de la Ley 20.285	7	4
Artículo 28, inciso tercero de la Ley 20.285	1	0
Artículo 11 de la Ley 20.285	1	0
Artículo 33, letra b)	1	0

*En la sentencia Rol 2689-14-INA se acogió parcialmente el requerimiento, pero se declaró la inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5°.

A continuación, se muestra una tabla con distintos datos recopilados a partir del estudio de las sentencias del TC objeto de este estudio. Luego, se detalla información que servirá a su completo entendimiento.

Rol	Fecha	Gestión Pendiente	Normas impugnadas	Inf. Const. Invocada	Materia	Requirente	Presidencia	Ministros	Decisión	Disidencia
1732-10 y 1800-10	21-06-2011	Ilegalidad	décimo letra h); 33 letra b)	19 N° 2, 4 y 21	TA TVN, remuneraciones	TVN + ejecutivos	MVP	RBR, HVS, MPT, ENB, FFF, CCS, JAVQ	Rechaza	CCS
1990-11	05-06-2012	Ilegalidad	5° inc segundo; 21 N°1 letra b)	19 N° 4	Proceso selección Director Nacional del FOSIS	Pablo Coloma	RBR	MVP, HVS, MPT, ENB, CCS, JAVQ, IAM, GGP	Acoge	No
2153-11	11-11-2012	Ilegalidad	5° inc segundo	5°, 6°, 7°, 8° y 19 N° 2, 3, 4, 5 y 26	Correos Subsecretario del Interior y gobernador Melipilla	Subsecretario del Interior	RBR	MVP, HVS, MPT, ENB, FFF, CCS, JAVQ, IAM, GGP	Acoge	FFF, JAVQ, GGP
2246-12	31-01-2013	Ilegalidad	5° inc segundo	6°, 7°, 8° y 19 N° 2, 3, 4, 5 y 26	Correos electrónicos de la cuenta correo institucional Ministro SEGPRES	SEGPRES	MV (S)	HVS, MPT, FFF, CCS, IAM, GGP, DHE	Acoge	GGP, DHE
2379-13	29-01-2014	Ilegalidad	5° inc segundo	6°, 7°, 8° y 19 N° 2, 3, 4, 5 y 26	Correos e información relativa calificación exonerados políticos	Subsecretaría del Interior	MPT	RBR, CCS, IAM, DHE, JJRG, MLBB, ABV (s)	Acoge	DHE
2689-14	24-05-2016	Ilegalidad	5°; 10	6°, 7°, 8° y 19 N° 2, 3, 4, 5	Compras de banderas, incluyendo correos	Director Administrativo de la Presidencia	CCS	MPT, RBR, HVS, FFF, IAM, GGP, DHE, JJRG, MLBB	Acoge parcialmente	MPT, GGP, DHE
2982-16	27-12-2016	Ilegalidad	5° inc segundo; 10 inc segundo	6°, 7°, 8° y 19 N° 2, 3, 4, 5 y 26	Comunicaciones (correos electrónicos) SERNAPESCA con SalmonChile A.G.	SERNAPESCA	CCS	MPT, IAM, GGP, DHE, JJRG, MLBB, CLA, NPS, JIVM	Acoge	GGP, DHE, NPS
5841-18	21-11-2019	Ilegalidad	5° inc segundo; 10 inc segundo	5° inc segundo, 6°, 7°, 8°, 19 N° 2, 3 y 5 en rel al 4 y 26	Info y correos de altos cargos sobre remoción de cargo	SII	MLBB	IAM, GGP, DHE, JJRG, CLA, NPS, JIVM, MPSPG, MAFG	Acoge	GGP, DHE, NPS, MPSPG
6136-19	21-11-2019	Queja	5° inc segundo; 10 inc segundo	5° inc segundo, 6°, 7°, 8°, 19 N° 2, 3 y 5 en rel al 4 y 26	Correo alto cargo referido a sumario	SII	MLBB	IAM, GGP, DHE, JJRG, CLA, NPS, JIVM, MPSPG, MAFG	Acoge	GGP, DHE, NPS, MPSPG
6932-19	20-04-2020	Queja	5° inc segundo; 10 inc segundo; 28 inc tercero	8°, 19 N° 3, 4 y 5	Correos institucionales jefa de Gabinete cierre Punta Peuco y SD	Director Administrativo de la Presidencia	MLBB	IAM, GGP, CLA, JIVM, MPSPG, MAFG, AJL (s)	Rechaza	MLBB, CLA, MAFG
7068-19	23-04-2020	Ilegalidad	5° inc segundo; 10 inc segundo	8°, 19 N° 4 y 5	Correos electrónicos enviados desde una casilla institucional de Jefa de Gabinete de ex Presidenta	CDE	MLBB	IAM, GGP, CLA, JIVM, MPSPG, MAFG, AJL (s)	Acoge	GGP, MPSPG
13053-22	11-05-2023	Queja	Artículo 5°, inciso segundo, artículo 10, inciso segundo, y artículo 11, letra B) y C) Ley 20.285	Artículos 5, 8, 19 N°4 y N°5	Información solicitada por ENAP a SMA, incluyendo comunicaciones internas de la SMA	ENAP	NYF	CLA, NMC, DMM, MNP, RPF, JIVM, MPSPG, MAFG	Rechaza	MAFG, JIVM

Sigla	Nombre del Ministro del TC
MVP	Marcelo Venegas Palacios
RBR	Raúl Bertelsen Repetto
HVS	Hernán Vodanovic Schnake
MPT	Marisol Peña Torres
ENB	Enrique Navarro Beltrán
FFF	Francisco Fernández Fredes
CCS	Carlos Carmona Santander
JAVQ	José Antonio Viera-Gallo Quesney
IAM	Iván Aróstica Maldonado
GGP	Gonzalo García Pino
DHE	Domingo Hernández Emparanza
ABV	Alan Bronfman Vargas (suplente)
MLBB	María Luisa Brahm Barril
JJRG	Juan José Romero Guzmán
CLA	Cristián Letelier Aguilar
NPS	Nelson Pozo Silva
MPSG	María Pía Silva Gallinato
MAFG	Miguel Ángel Fernández González
AJL	Armando Jaramillo Lira
NYF	Nancy Yáñez Fuenzalida
NMC	Natalia Muñoz Chiu
DMM	Daniela Marzi Muñoz
MNP	Manuel Núñez Poblete
RPF	Rodrigo Pica Flores
JIVM	José Ignacio Vásquez Márquez

En este apartado se sistematizarán la jurisprudencia más notable del Tribunal Constitucional entre el año 2011 y el año 2023, en específico, en relación con los artículos 19 N°4 y 5 de la Constitución Política de la República, y su pugna respecto de la regulación prevista en la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, las cuales han tenido gran incidencia en la resolución de la respectiva reclamación pendiente en las Cortes de apelaciones y Suprema, asimismo, se estudiará de forma somera los fundamentos que el TC ha tenido en cuenta al considerar si el artículo 8° de la CPR consagra o no un principio de publicidad o transparencia de los actos.

Grosso modo, y considerando no solo las sentencias recopiladas, podemos señalar que se vislumbran 3 grandes periodos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a su interpretación del Derecho de Acceso a la Información pública y también respecto a su compatibilidad con la normativa Constitucional, principalmente respecto a los artículos 8°, 19 N°4,5 y 21 de dicho cuerpo normativo.

Un primer periodo, el cual es incluso previo a la dictación de la Ley de Transparencia, comienza el año 2006, en la **Sentencia Rol N° 634-2007**, en donde se señala el carácter implícito del principio de transparencia contenido en el reciente reformado artículo 8 de la Constitución.

Entre los argumentos más importantes podemos señalar:

“ (...)es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental —aunque no en forma explícita— como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático [...]”¹²¹ A continuación señala que: “[...]acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley [...] el establecimiento de las causales de secreto o de reserva [...]”¹²²

Se puede concluir que para el TC no hay una norma que consagre expresamente un derecho de acceso a la información, no obstante, ello no significa que

¹²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007, considerando 9°.

¹²² Ibidem. considerando 10°.

este deba excluirse de su protección constitucional. En una interpretación que a nuestro criterio es la correcta, señala que en base a la mismas normas de la CPR se entiende que un derecho como el DAIP se encuentra reconocido y tutelado que se encuentra garantizado en la Constitución, como un derecho fundamental.

En particular, en la mencionada sentencia se estimó que el derecho podía desprenderse al interpretar, de manera sistemática, la cláusula democrática de la Constitución (artículo 4º), el contenido normativo del derecho a la libertad de expresión (artículo 19 N° 12), la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (de la Organización de Estados Americanos) y, finalmente, el principio general de publicidad establecido en la Constitución (artículo 8º).¹²³

Con posterioridad, en un giro jurisprudencial el Tribunal Constitucional en su **Sentencia rol 1990-2011**, tiene una interpretación restrictiva respecto a lo señalado anteriormente, mencionando que no hay ninguna consagración de algún principio de transparencia o publicidad en la Constitución, algunos argumentos que señala son:

“**DECIMOCTAVO:** Que el artículo 8º de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información; **DECIMONOVENO:** Que, en segundo lugar, tampoco 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; (...).”¹²⁴

¹²³ Contreras, P. Secretos de Estado Transparencia y Seguridad Nacional. Editorial: Legal Publishing. (disponible en: <https://webproxy.uahurtado.cl:3353/launchapp/title/LALEY/2015/41685302/v1/document/1A52280A-5F7F-FAE2-18B0-B60EE58E0979/anchor/1A52280A-5F7F-FAE2-18B0-B60EE58E0979>).

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1990-2011, considerandos 18º y 19º.

Lo que razonó el TC fue que el derecho de respeto a la vida privada (art. 19 N°4) constituye un límite constitucional a las obligaciones de publicidad establecidas en las Bases de la Institucionalidad (art. 8°).

La Jurisprudencia mencionada se consolidó. Esto queda en evidencia, por ejemplo en la Sentencia Rol N° 2153-12 sobre la publicidad de correos electrónicos de funcionarios públicos. En este podemos destacar el siguiente pasaje de la sentencia: “En segundo lugar, dicho artículo 8° no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución (STC 634/2007 y 1990/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012).”¹²⁵

“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;”¹²⁶ “La primera razón es que consideramos que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “*comunicaciones y documentos privados*” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado.”¹²⁷

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°2153-12, considerando 15°.

¹²⁶ *Ibidem*, considerando 31°.

¹²⁷ *Ibidem*, considerando 42°.

En definitiva, para la mayoría de los ministros del TC, los correos electrónicos se encuentran garantizados por la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, consagrada en el artículo 19 N°5 de la Constitución, por lo que los funcionarios públicos no se encuentran privados de este derecho, y que la publicidad sólo se limita a los actos o resoluciones administrativas, sus fundamentos y procedimientos. Por lo que la LT violaría la CPR al referirse genéricamente a información y no ceñirse solamente a tal enumeración taxativa.

Por su parte, el voto de minoría, respalda la primera línea jurisprudencial, en orden a proteger el DAIP en base a los fundamentos constitucionales de libertad de información, la cláusula democrática de la Constitución y el principio de publicidad.

Finalmente, en un nuevo giro jurisprudencial el Tribunal Constitucional (y regresando a la interpretación inicial que tuvo), en su **Sentencia 11.736-21**, pronunciada en junio de 2022, señala:

“La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos(...) Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y NO es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo. Por tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste. En este sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos” “incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad. La alegación del requirente respecto de que los incisos 2° de los artículos 5° y 10° de la Ley N° 20.285 infringirían el artículo 8° de la Constitución Política de la República por “ir más allá” del texto constitucional, es

incoherente con la consideración de principio del determinado artículo. El deber argumentativo, cuando se enfrenta un principio, no es sostener que éste va más allá de la Constitución, sino que la contradice materialmente.¹²⁸

En el mismo sentido, la **Sentencia 12.144-2021**, dictada también en Junio de 2022, viene a consolidar este giro jurisprudencial:

“SÉPTIMO: Como en esta oportunidad este fallo rechazará la presente acción, *modificando así los últimos precedentes de esta Magistratura, resulta pertinente, en aras de los principios de transparencia y de motivación de las sentencias, dar razones para tal cambio jurisprudencial.*

Debemos en este punto destacar, en primer lugar, la importancia del “**principio de coherencia interna del ordenamiento**”, el cual no sólo se refiere al ordenamiento jurídico sino asimismo a las sentencias emanadas de los tribunales que lo interpretan y aplican, como es el caso de aquellas emanadas de esta Magistratura Constitucional, debido a “la importancia de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento y como eficaz instrumento para mantener la coherencia del mismo” (Francisco J., Ezquiaga Ganuzas (2013), *La Argumentación en la Justicia Constitucional*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, p. 337).

Asimismo, respecto del carácter lógico de los argumentos justificativos utilizados en las sentencias, no puede obviarse asimismo “el argumento de autoridad o ab exemplo”, que consiste “en utilizar la opinión de una persona en favor de una tesis propia, pero al no proporcionar más que opiniones esta forma de argumentación obtiene una fuerza mayor o menos en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada” (Francisco J., Ezquiaga Ganuzas (2013), *ob. cit.*, p. 402). No hay duda, por lo dicho, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye un argumento de autoridad y por ello cobra relevancia si hay un cambio en su jurisprudencia cuando decide casos posteriores similares.

DÉCIMO NOVENO: Ahora bien, el artículo 8° de la Constitución Política establece el principio de publicidad y, como tal, es el mínimo o parámetro a partir del

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 11736-2021, considerando 14°.

cual se admite un desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos. Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y no es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo. Por lo tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste. En ese sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos” “incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad pública. ¿Dónde se vierten esos fundamentos que es necesario explicitar que sean públicos? Hoy, hay muchos formatos en que se pueden consignar los fundamentos de un acto, siendo los correos electrónicos uno de ellos.”¹²⁹

En síntesis, el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2144-21, considerandos 7° y 19°.

De lo expuesto, queda del todo patente que el cambio de la composición del Tribunal Constitucional en los últimos años ha generado cambios en cuanto a la interpretación que se había asentado respecto a la compatibilidad de los artículos 5 y 10 de la Ley de Transparencia, con el artículo 8º de la Constitución Política de la República.

4.3. Análisis en particular de las Sentencias del TC sobre el DAIP. Fichas

Expuesto lo anterior, ahora nos abocamos a la sistematización en particular de los fallos más relevantes de los últimos años. Para esta tarea se organizará de la siguiente manera: En primer lugar, se señalará la materia respecto a la cual se solicitó acceso a la información; y, luego, se insertan el rol y fecha de las Sentencias del Tribunal Constitucional, además se señala las normas legales y constitucionales que se han infringido en el caso. Luego, se resumen los hechos que eran materia de discusión, los argumentos de la recurrente, las observaciones del CPLT y los considerandos principales del fallo.

Rol	1732-10-INA y 1800-10-INA (acumulados)
Fecha de dictación	21 de junio de 2011
Norma(s) impugnadas	Artículo décimo, letra h) y artículo 33, letra b)
Infracción constitucional invocada	Artículo 19, N° 2°, 4° y 21°
Asunto	Transparencia activa: remuneraciones y otros emolumentos de ejecutivos de TVN
Decisión del Tribunal	Rechaza
Requirente	TVN y Ejecutivos

I. INTEGRANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Presidente	Marcelo Venegas Palacios
Ministros	1.- Raúl Bertelsen Repetto; 2.- Hernán Vodánovic Schnake; 3.- Marisol Peña Torres; 4.- Enrique Navarro Beltrán (redacta); 5.- Francisco Fernández Fredes; 6.- Carlos Carmona Santander; 7.- José Antonio Viera-Gallo Quesney (redacta)

II. LOS HECHOS

LOS HECHOS

La requirente TVN interpuso reclamo de ilegalidad en contra del Consejo ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En la gestión pendiente se discute la legalidad de un acuerdo adoptado por el Consejo en que se dispuso que TVN había infringido las normas sobre transparencia activa contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley N° 20.285, y se le ordenó que debía informar acerca de las remuneraciones y otros beneficios que percibían por sus funciones los señalados Ejecutivos, al ser considerados como responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

III. FUNDAMENTOS

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Los Ejecutivos requirentes impugnan el artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285, sosteniendo que, en su aplicación al caso concreto, se traduce en revelar información confidencial relativa a sus remuneraciones, lo que constituye una **grave transgresión a su derecho a la vida privada (Art. 19 N° 4 de la Constitución)**.

Esta garantía ha sido desarrollada por el legislador en el ámbito de los derechos al interior de una empresa, al sancionarse la infracción del deber de confidencialidad que recae sobre el empleador respecto de la vida privada de sus dependientes (Art. 5° y 154 bis del Código del Trabajo).

En el asunto *sub lite* la preeminencia de la vida privada de los requirentes se erige como una de las excepciones a que se refiere el inciso segundo del Art. 8° de la Constitución.

De conformidad al art. 29 de la Ley N° 19.132, en su calidad de ejecutivos, se rigen por las normas del Código del Trabajo, y que para todos los efectos legales se consideran como trabajadores del sector privado. El empleador transgrediría gravemente su deber

de confidencialidad al revelar sus remuneraciones, conforme a la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo que citan.

La garantía constitucional del respeto a la vida privada exige mantener estrictamente la reserva respecto de toda la información privada de los trabajadores, incluyendo sus remuneraciones, y las exigencias legales derivadas del principio de transparencia son enteramente consistentes con dicha garantía, pues una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto cuando la publicidad afectare los derechos de las personas. El artículo 154 bis del Código del Trabajo debería estimarse como que cumple con la exigencia de ser norma de quórum calificado.

Citan la opinión dada por el profesor Mario Verdugo en un informe en derecho acompañado a la gestión pendiente y al requerimiento de inaplicabilidad, en el sentido de que sus remuneraciones estarían comprendidas dentro de su derecho a la privacidad e intimidad, garantizado por el art. 19 N° 4 de la Constitución.

Por último, aducen los Ejecutivos que la regla de confidencialidad del Código del Trabajo está incorporada a los contratos que rigen sus relaciones laborales con TVN, que dicha regla es preexistente a la norma de la Ley N° 20.285 que se impugna, y que la aplicación de esta norma cuestionada viene a borrar la regla del artículo 22 de la Ley Sobre Efecto Retroactivo de las Leyes de que “en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Así, concluyen que estimárselos como gerentes responsables de la dirección y administración superior de TVN, conlleva una innovación imprevista de su régimen jurídico de privacidad.

OBSERVACIONES DEL CPLT

El CPLT en sus decisiones de los reclamos en que, conforme al artículo décimo, letra h) de la Ley N° 20.285, entendió que los gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa correspondían a los “directivos capaces de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad”, sin atender a la calidad, forma o

modalidad laboral o contractual bajo la cual el directivo esté relacionado con la entidad, ni el título o denominación de su cargo o trabajo. El establecimiento, en el artículo 29 de la Ley N° 19.732, de que los trabajadores de TVN se registrarán por el Código del Trabajo, tuvo por objeto facilitar la gestión de esta empresa pública, sin que por ello se alteren las reglas de derecho público que rigen a los órganos de la Administración del Estado.

La restricción del derecho a la vida privada de quienes ejercen dichos cargos no supone la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues se limita dicho derecho por el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, y la norma cuestionada no se restringe a las personas cuyo nombramiento tiene carácter eminentemente político, como son quienes integran el Directorio de TVN, sino que se extiende a los gerentes en plural, con el objeto de materializar la publicidad y transparencia en el uso de los recursos públicos, y la observancia del principio de probidad.

El artículo 19, N° 21° de la Constitución –que se estima conculcado por TVN- establece derechos a favor de los particulares y no de las empresas del Estado, y que pretender que dicho precepto constitucional garantice a los entes empresariales públicos un estatuto regulatorio idéntico al de los agentes privados con que compiten, llevaría a resultados absurdos como considerar inconstitucionales todas las normas de derecho público que se aplican a las empresas de este carácter.

No se infringe la igualdad ante la ley, toda vez que el estatuto diferenciado aplicable a TVN, por las obligaciones que le impone la Ley N° 20.285, no es arbitrario, sino que se justifica por razones de interés público, transparencia y probidad, a la luz, precisamente, del artículo 8° de la Constitución.

El cuestionamiento acerca de si TVN está sujeta o no al Consejo, conforme al artículo 33, letra b), impugnado, es una cuestión de interpretación legal, que no procede que sea decidida por la vía de un requerimiento de inaplicabilidad.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. Materias que no corresponde resolver en esta acción**
- II. Conflictos constitucionales sometidos a la decisión de esta magistratura**

- III. **Referencia general al principio constitucional de publicidad. El Consejo Para la Transparencia y su estatuto legal. Impugnación del artículo 33, letra b)**
- IV. **La protección de la vida privada y el derecho a la información pública**
- V. **La naturaleza jurídica de TVN como empresa pública**
- VI. **La igualdad ante la ley y las diferencias razonables**
- VII. **La vulneración del inciso segundo del Artículo 19, N° 21°, de la Constitución**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

I. La protección de la vida privada y el derecho a la información pública

TRIGESIMOPRIMERO. Que el artículo 21 de la Ley N° 20.285 enumera diversas circunstancias en que se podría configurar la excepción a la publicidad de los actos públicos por afectar los derechos de las personas, al tenor de lo establecido por el artículo 8° de la Constitución, y al hacerlo distingue entre algunos que son propios de la intimidad (datos de salud y seguridad personal) y otros que pertenecen a la vida privada propiamente tal y, por último, en forma separada, se refiere a los datos de carácter comercial o económico. Consecuente con lo anterior, esa ley prescribió la publicidad de las remuneraciones de los funcionarios públicos y de la plana directiva de las empresas públicas como una exigencia de la transparencia activa. **Las remuneraciones, si bien constituyen en principio un dato personal, no caben dentro de la categoría de información sensible especialmente protegida, aun cuando forman parte de la vida privada** amparada por el artículo 19, N° 4°, de la Constitución;

TRIGESIMOTERCERO. Que, de otra parte, la publicidad de las remuneraciones del Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa TVN, incluso

aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que les hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio, **responde al principio de transparencia de la función pública y está establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa que tiene una importante misión social establecida por ley;**

TRIGESIMOCUARTO. Que, en el caso de autos, la aplicación del artículo décimo de la Ley N° 20.285 permite dar publicidad al destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva. El conocimiento de tales remuneraciones y el de las que corresponden a los funcionarios del Estado presenta un innegable interés público. En el caso sub lite la publicidad de las remuneraciones de los requirentes se exige en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes;

TRIGESIMOQUINTO. Que en nada influye para llegar a la conclusión señalada el que los requirentes hayan firmado un contrato de trabajo con TVN regido por la legislación laboral común. **La ley no atiende a la naturaleza del contrato para exigir la publicidad de las remuneraciones, sino al carácter público de la empresa.** También a los funcionarios de la Administración Pública les está exigida igual publicidad, cualquiera que sea la legislación que rija la relación contractual que tengan con el Estado. Por otra parte, el Código del Trabajo, en su artículo 154 bis, considera necesario declarar la reserva de la información sobre datos privados de los trabajadores, sin referirse expresamente a la remuneración, pero aun cuando se considerare que la remuneración es uno de tales datos, ello no puede ser una herramienta para el incumplimiento de la legislación laboral, como la referida al salario mínimo, por ejemplo, lo que guarda relación con los actuales incisos quinto, sexto y final del artículo 9° del Código del Trabajo;

TRIGESIMOSEXTO. Que, en consecuencia, no puede estimarse que la aplicación del artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285 pueda contravenir el artículo 19, N° 4°, de la Constitución;

II. La igualdad ante la ley y las diferencias razonables

CUADRAGESIMONOVENO. Que la Ley 19.132, orgánica de Televisión Nacional, le asigna una **función pública y, en tanto empresa pública, constituye una forma de intervención del Estado.** En consecuencia, existe una diferencia objetiva y clara entre TVN y el resto de las empresas del rubro. En palabras de Villar Ezcurra, “la finalidad de este tipo de actividad no consiste en la ‘sumisión al derecho privado’ (pues esto no es más que un medio o técnica) sino en prestar directamente una actividad de servicio o de producción de bienes. El hecho de que para ello se cree una persona jurídica ad hoc (la empresa pública) y que la actuación de esta persona se someta al Derecho privado no es sino un medio para alcanzar la finalidad de prestación.” (Villar Ezcurra, José Luis: Derecho Administrativo Especial, Administración Pública y actividad de los particulares, Editorial Civitas, p. 36);

QUINCUGÉSIMO. Que, como se ha afirmado ya en esta sentencia, cabe señalar que la publicidad de las remuneraciones de la planta de los ejecutivos de Televisión Nacional de Chile responde a un fin lícito y amparado por el principio de publicidad consagrado constitucionalmente en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Asimismo, el artículo décimo, letra h), de la Ley N° 20.285 asegura el derecho de acceso a la información pública comprendido en el artículo 19, N° 12°, de la Constitución. Tal como se señaló en uno de los informes en derecho acompañados por el Consejo para la Transparencia, “no se trata, como se ha dicho, de un objetivo meramente tolerado por la carta fundamental, sino de uno expresamente consagrado como principio rector del ejercicio de las funciones públicas y deber constitucional”;

PREVENCIONES

Marcelo Venegas Palacios (Presidente) deja constancia de que, sin compartir en su totalidad las consideraciones de la sentencia, concurre a ella teniendo especialmente presente lo siguiente:

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Carlos CarmonSantander, quien estuvo por acoger el requerimiento, fundado en las siguientes consideraciones:

Rol	1990-11-INA
Fecha de dictación	05 de junio de 2012
Norma(s) impugnadas	Artículo 5º, inciso segundo Artículo 21 N°1, letra b)
Infracción constitucional invocada	Artículo 19 N° 4
Asunto	Información relativa al proceso de selección de Director/a Nacional del FOSIS
Decisión del Tribunal	Acoge el requerimiento de inaplicabilidad, por lo que declara inaplicable el artículo 5º, inciso segundo y el artículo 21, numeral 1, letra b) de la Ley N° 20.285, en la parte que señala “sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas”.
Requirente	Pablo Coloma Correa

I. INTEGRANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Presidente	Raúl Bertelsen Repetto
Ministros	1.- Marcelo Venegas Palacios (previene); 2.- Hernán Vodánovic Schnake; 3.- Marisol Peña Torres; 4.- Enrique Navarro Beltrán (redacta); 5.- Carlos Carmona Santander (redacta); 6.- José Antonio Viera-Gallo Quesney (previene); 7.- Iván Aróstica Maldonado (previene); 8.- Gonzalo García Pino

II. LOS HECHOS

LOS HECHOS

Cristián Rodríguez Binfa solicitó a la Dirección Nacional del Servicio Civil información relativa al proceso de selección para el cargo de Director/a Nacional del Fondo de Solidaridad e Inversión Social – FOSIS-. Entre los elementos solicitados se encontraban: la evaluación psicolaboral del requirente, atributos directivos, referencias laborales, fundamentos de puntajes asignados durante el proceso y copia del acta en que el Consejo de Alta Dirección Pública define y fundamenta la nómina de candidatos.

En conocimiento de tal solicitud, el requirente se opuso a que se entregara la información referida señalando que su entrega afecta los principios de confidencialidad y reserva del proceso de selección en el que participó, además de ser información de carácter personal y privado. Sin embargo, el CPLT resolvió acoger parcialmente la solicitud, ordenando que se entregue la información.

III. FUNDAMENTOS

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Los preceptos impugnados contravienen el artículo 19 N° 4 de la Constitución, que asegura el respeto y la protección de la vida privada de las personas. Refiere a la opinión del Tribunal respecto al bien jurídico protegido en el numeral aludido (Rol 389-2003, considerando 18°), en el que se señaló que se vuelve indispensable cautelar ese ámbito reservado de la vida

Complementa lo anterior citando el artículo 11, párrafo segundo del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”.

La Ley N° 19.882, que regula el proceso de selección para la provisión de cargos de alta dirección pública, establece el carácter confidencial del proceso de selección y que la Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá las medidas necesarias para garantizar esta condición.

Por otra parte, la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales, señala que son datos de carácter personal los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

El artículo 5°, inciso segundo de la Ley N° 20.285 dispone como pública toda información que se encuentre en poder de la Administración del Estado, porque dicha información ha sido elaborada con presupuesto público.

El artículo 21, N° 1, letra b), de la misma Ley establece que la confidencialidad de los procesos de selección de altos directivos públicos termina al finalizar éstos.

La aplicación de las normas impugnadas a la gestión pendiente lesiona en su esencia el derecho a la vida privada, pues posibilitan que asuntos que forman parte de ella pasen a ser conocidos por terceros, a pesar de su negativa expresa.

La Dirección Nacional del Servicio Civil solicita que se declare admisible el requerimiento de inaplicabilidad deducido, toda vez que este organismo denegó el acceso a la información considerando las características del proceso y las normas que lo rigen, las que establecen su reserva. Reitera los argumentos del requirente, recalcando el carácter técnico del proceso y reservado en cuanto a la identidad de cada candidato.

La reserva dispuesta en los artículos 50 y 55 de Ley 19.882 tienen un valor instrumental, por lo que la confidencialidad es un rasgo esencial. Son normas legales que regulan asuntos de interés nacional.

Los preceptos impugnados son contrarios al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución. Este artículo admite que una ley de quórum calificado pueda establecer casos de secreto o reserva en conformidad a las causales que se señalan, lo que ocurre con los artículos 50 y 55 de la Ley N° 19.882, que incluyen los antecedentes solicitados en la causa pendiente. Si no se aplicara la reserva legal, se desincentivaría a los interesados a participar en los procesos de selección. Además, la publicidad de los informes de selección vulneraría la dignidad personal del evaluado, pues constan ahí apreciaciones del examinador.

OBSERVACIONES DEL CPLT

Las normas impugnadas son constitucionales y la cuestión que se pretende debatir es un asunto de mera legalidad que corresponde resolver a los jueces de fondo, ya que las disposiciones señaladas fueron sometidas al control preventivo de constitucionalidad realizado por el Tribunal y en su sentencia se declara constitucional el artículo 5° y no se pronuncia sobre el artículo 21.

La aplicación del inciso segundo del artículo 5° no implica una afectación a la vida privada de las personas. El solo hecho de que un documento, información o antecedente obre en poder de la Administración Pública hace que, en principio, éste tenga el carácter de público, debiendo someterse al régimen general de excepciones establecido en el artículo 21 de la Ley N° 20.285. La información en cuestión corresponde a fundamentos de actos administrativos, elaborados con fondos públicos, por lo que caen en la hipótesis de la publicidad. En la Ley de Transparencia se establecen las únicas causales de secreto o reserva, exigiendo un examen de afectación que debe ser realizado, en este caso, por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Respecto a la historia fidedigna de la Ley N° 20.285, tras la discusión legislativa se optó por una redacción amplia del artículo 5°, inciso segundo.

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto. La condición de alto directivo público es de evidente interés público, lo que supone un estándar de escrutinio público en que la privacidad debe ceder en pos del necesario control social. En virtud de un criterio subjetivo, para el caso de funcionarios públicos, la esfera de su vida privada se ve disminuida.

El artículo 21, N°1, letra b) no resulta inconstitucional, ya que establece una reserva limitada en el tiempo, declarando reservada la información sólo durante el proceso de deliberación de la autoridad, para luego confirmar la regla general de la publicidad. Para este caso no resulta aplicable el artículo impugnado.

Los artículos 50 y 55 de la Ley N°19.882 no establecen el secreto de los antecedentes, sino que se utiliza la voz confidencial y se la restringe a un período temporal circunscrito.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. La impugnación**
- II. Cuestiones previas**
- III. Criterios interpretativos**
- IV. Antecedentes**
- V. Artículo 8° de la Constitución**
- VI. El respeto y la protección de la vida privada**

- VII. Las evaluaciones personales son parte de la vida privada**
- VIII. La entrega de la evaluación personal vulnera la vida privada**
- IX. Conclusión**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

IV. El artículo 8° de la Constitución

DECIMOCTAVO: Que el artículo 8° de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información;

DECIMONOVENO: Que, en segundo lugar, tampoco 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;

VIGESIMOTERCERO: Que, en quinto lugar, la Constitución permite que existan excepciones a esta regla general de publicidad. Dichas excepciones, dado el carácter general de la publicidad, no son la regla general. Con todo, estas excepciones sólo pueden fundarse en la reserva o secreto. Para que estas excepciones operen legítimamente, establece dos requisitos. Por una parte, deben establecerse por ley de quórum calificado, no por norma administrativa ni por ley simple. Por la otra, deben fundarse en ciertas causales que la misma Constitución lista. Estas son: afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado; afectar los derechos de las personas; afectar la seguridad de la nación; y afectar el interés nacional. Dichas causales las califica el Legislador;

VIGESIMOQUINTO: Que, en sexto lugar, no consagra el artículo 8° un derecho de acceso a la información. Este, como esta Magistratura lo ha señalado, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19, N° 12°, de la Constitución (STC 634/2007). Su propósito es, por de pronto, garantizar un régimen republicano democrático, que garantice el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos. También, promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública. Y, finalmente, fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

No obstante, la ley puede establecer y desarrollar un derecho de acceso a la información, como lo hizo la Ley N° 20.285. Pero puede haber otras normativas, que lo configuren de otra manera;

VIGESIMOSEXTO: Que, finalmente, no manda el artículo 8° dictar una regulación complementaria especial, que no sea la dictación de dichas leyes de quórum calificado para establecer las hipótesis de secreto o reserva. La normativa complementaria, como la Ley N° 20.285, se dicta teniendo como fundamento otros preceptos constitucionales. Por ejemplo, tratándose de la Administración, ésta se funda en los artículos 38, 63, N° 18, y 65, inciso cuarto, N° 2.

El punto es importante, porque no una sino varias leyes pueden establecer excepciones a la publicidad de determinados actos, procedimientos o fundamentos. 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°, inciso segundo, de la Carta Fundamental. De hecho, este mismo cuerpo legal asume la existencia de otras disposiciones (por ejemplo, artículos 5°, inciso primero; 10, inciso segundo; 11, letras b) y d); 21, N° 5, y 22, del artículo primero de la Ley N° 20.285);

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, como se observa, una de las causales que permite que el legislador declare un acto, una resolución, un fundamento o un procedimiento como secreto o reservado, es la afectación de los derechos de las personas. La publicidad es necesaria para el bien común; pero debe hacerse con pleno respecto a los derechos que el ordenamiento establece (artículo 1°, Constitución).

Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta un derecho, establezca excepciones a la publicidad.

Cabe resaltar que la Constitución utiliza la expresión “afectare”, no la de privar, amenazar o perturbar. Con ello, permite que el legislador considere cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción a la publicidad.

La Constitución tampoco utiliza la expresión “derechos constitucionales”. Habla de “los derechos de las personas”. Caben aquí, en consecuencia, derechos de rango legal. La Constitución, de igual modo, no señala cuáles son esos derechos.

Lo relevante es que la publicidad del acto o resolución, o de su fundamento o del procedimiento respectivo, afecte los derechos de las personas. Si la afectación no tiene que ver con la publicidad, sino con el acto mismo, o su fundamento, o el procedimiento que le precedió, estamos frente a otro ámbito, diferente del cubierto por el artículo 8°. La publicidad que afecta a los derechos puede provenir de la publicación, de la entrega o del acceso de las personas al acto o resolución, al fundamento o procedimiento respectivo;

VIGESIMOCTAVO: Que la existencia de derechos como límites a la publicidad es reconocida, por ejemplo, por el artículo 1° de la Ley N° 20.285. Desde luego, porque se establece expresamente como causales para denegar total o parcialmente el acceso a la información, que la publicidad afecte a los derechos de las personas, “particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico” (artículo 21, N° 2). Enseguida, porque si se solicita un documento o un antecedente que tiene información que afecte derechos de terceros, la autoridad requerida debe consultar a la persona afectada, quien puede oponerse a la entrega de los documentos. Si se opone, en tiempo y forma, el órgano requerido no puede proporcionar la documentación o antecedente (artículo 20) y la presunción de publicidad del antecedente requerido se rompe, pues el interesado debe acompañar en su reclamo al Consejo para la Transparencia los medios de prueba que acrediten su caso (artículos 11, letra c), y 24, inciso segundo). A continuación, porque principios estructurales del derecho de acceso a la información ante los órganos de la

Administración del Estado, como el de la libertad de información, el de apertura o transparencia, el de máxima divulgación, se ven limitados ante la presencia de excepciones o limitaciones que establezcan el secreto o reserva (artículo 11). En el mismo sentido se enmarca el hecho de que durante el reclamo jurisdiccional que regula la Ley N° 20.285, por haber otorgado el acceso a la información, se suspende la entrega de la información solicitada, sin que la Corte pueda “decretar medida alguna que permita el conocimiento o acceso a ella” (artículo 29). Finalmente, porque el Consejo para la Transparencia tiene entre sus tareas velar por la debida reserva de los datos e informaciones que, conforme a la Constitución y a la ley, tengan carácter secreto o reservado (artículo 33, letra j);

V. El respeto y la protección de la vida privada

TRIGESIMOQUINTO: Que este Tribunal ha establecido que, dada la protección excepcionalmente categórica que tiene la vida privada (STC 389/2003 y 521/2006) y el que no sea un derecho absoluto (STC 1683/2010, 1800/2011), la regulación del mismo, que lo someta a limitaciones, exige pautas objetivas y sujetas a control que permitan su afectación (STC 389/2003, 433/2005). De ahí que haya rechazado, y considerado inconstitucionales, habilitaciones irrestrictas (STC 389/2003) o sin parámetros objetivos y precisos (STC 1894/2011), facultades absolutamente discrecionales (STC 198/95), potestades que no sean estrictamente indispensables (STC 1365/2009). Sólo ha aceptado restricciones si se afecta el derecho en forma precisa y determinada, la víctima no padezca detrimentos excesivos, y siempre que coadyuve a cumplir objetivos del legislador (STC 1365/2009). Así, ha considerado como objetivo legítimo que afecte la vida privada la indemnidad sexual de los menores (STC 1683/2010), la investigación criminal (STC 1939/2011), las remuneraciones de altos gerentes de empresas públicas (STC 1800/2011);

TRIGESIMOSEXTO: Que, en la sentencia Rol 1800, esta Magistratura consideró que la vida privada debía ceder ante la publicidad cuando la información solicitada de una persona fuere pública, no sensible (considerando 28°). Asimismo, cuando la información afecte intereses legítimos de la comunidad. (Considerandos 27° y 31°). Y,

finalmente, cuando la información debe ser pública en razón del alto cargo que desempeña la persona afectada y la naturaleza de órgano público de la entidad para la cual labora (considerando 34°);

VII. Las evaluaciones personales son parte de la vida privada

TRIGESIMONOVENO: Que consideramos que las **evaluaciones personales se encuentran comprendidas en la vida privada de las personas**. En primer lugar, porque así lo establece la ley. Ya señalamos en otra parte de esta sentencia que toda información relativa a los estados de salud, físicos o psíquicos, de las personas, constituye datos sensibles (artículo 2°, letra g, Ley N° 19.628). Asimismo, la Ley N° 19.882 así lo establece, al señalar que la nómina del concurso es reservada (artículo 50) y que el proceso de selección tiene carácter confidencial, debiendo la Dirección Nacional del Servicio Civil disponer las medidas necesarias para garantizar esta condición (artículo 55).

Enseguida, los tribunales, en reclamos de ilegalidad contra decisiones del Consejo para la Transparencia, donde se discutía la publicidad de estos informes, así también lo han establecido. (Por ejemplo, roles 7938/2010; 436/2010; 3436/2010, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago).

A continuación, el propio Consejo para la Transparencia, hasta antes de la resolución que obligó a la Dirección del Servicio Civil a entregar la información del recurrente, así lo consideraba, tal como se reconoció en estrados por el abogado representante de dicho Consejo;

VIII. La entrega de la evaluación personal vulnera la vida privada.

CUADRAGÉSIMO: Que consideramos, por tanto, que la entrega de la evaluación personal y de los documentos anexos a ella vulnera la vida privada del requirente, pues contiene información sensible, que no puede ser conocida por terceros ni difundirse. En nada obsta a lo anterior el que para fundar la constitucionalidad de la norma impugnada se haya sostenido en estrados que no se afecta la vida privada, porque la publicidad que manda el artículo 8° es base de la institucionalidad.

Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 8° constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, éste está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su “respeto y protección”;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que, además, se sostuvo que la evaluación personal estaba vinculada con la función que se iba a desempeñar, no con la vida privada. Al respecto, debemos considerar, por de pronto, que la **vida privada no se pierde por el hecho de postular a un cargo público**. Los funcionarios, al igual que todas las personas, tienen aquellos derechos que su relación estatutaria, definida por el legislador, no haya limitado expresa e inequívocamente. Los funcionarios no son personas de segunda categoría ante la Constitución.

También debe tenerse en cuenta que la evaluación personal, de llegar a entregarse, se transfiere sin condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley N° 20.285). Por lo mismo, puede llegar a difundirse por el petitionerario de la misma, sin que el afectado pueda hacer mucho. Ello puede afectar el control de datos que también es parte de la vida privada;

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, asimismo, se sostuvo que una vez terminado el concurso, la información debe hacerse pública por mandarlo el artículo 21, N° 1, letra b), de la Ley N° 20.285.

Sin que nos corresponda hacer un análisis de legalidad sobre el particular, tal norma implica establecer un límite temporal a las restricciones de publicidad que establece la Ley N° 19.882, que el legislador de la Ley N° 20.285 no podía ignorar y sobre el cual no emitió pronunciamiento ni dispuso su derogación.

Dichas restricciones cumplen los supuestos del artículo 8° de la Constitución, en el sentido de que están establecidas por ley, aprobada con un quórum especial y teniendo en vista las causales que el mismo artículo 8° señala.

Sin embargo, dicha publicidad, aun terminado el procedimiento administrativo de concurso, afecta la vida privada del requirente. Esta no puede escindirse por dicho concurso. Más todavía si hay normas legales, dictadas en conformidad al artículo 8° de la Constitución, que establecen limitaciones a la publicidad;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, finalmente, hay que considerar que esta Magistratura ha objetado que el legislador, sin pautas objetivas, mediante habilitaciones irrestrictas, permita la vulneración de la vida privada.

El punto se torna relevante, porque en el presente caso el legislador, directamente, tanto por aplicación de la Ley N° 19.882, como de la Ley N° 19.628, ha calificado ciertos antecedentes como secretos o reservados. En ese caso, no caben interpretaciones administrativas. Si bien el Consejo para la Transparencia puede arbitrar conflictos entre las normas sobre acceso a la información pública y la protección de la vida privada (STC 1800/2011), debe hacerlo dentro de los límites que la Constitución y el ordenamiento jurídico establecen, sin que detente poderes omnímodos o ilimitados (STC 1892/2011). Entre estos límites a la publicidad, está la afectación de los derechos de las personas (artículo 8° de la Constitución).

Ya señalamos que el secreto o reserva puede ser establecido directa e inmediatamente por el legislador, o recurriendo a una calificación de la autoridad, revisable por dicho Consejo.

Por lo mismo, las leyes de quórum calificado que contemplan ciertos espacios de confidencialidad, dictadas en conformidad a la regla constitucional citada, no quedan supeditadas en su eficacia a la resolución de dicho consejo administrativo.

En la primera situación se encuentran los artículos 55 de la Ley N° 19.882 y 2°, letra g), de la Ley N° 19.628, en virtud de los cuales se desprende -para lo que interesa en el presente caso- que el contenido de las evaluaciones personales requeridas para optar a los cargos de altos directivos públicos, reviste la calidad de secreto o reservado, hasta tanto otra ley, de quórum calificado, no disponga su apertura o difusión. Eso es, por lo

demás, lo que establece el artículo 22, inciso primero, del artículo primero de la Ley N° 20.285, al señalar que “los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley deje sin efecto dicha calificación”. En cambio, la calificación administrativa de secreto o reserva dura un plazo de cinco años, prorrogables por una sola vez (artículo 22, inciso segundo, del artículo primero de la Ley N° 20.285).

IX. Conclusión

CUADRAGESIMOSEXTO: Que, conforme a lo señalado, el artículo 5°, inciso segundo, y la norma de la letra b) del número 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en la parte que señala “sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas”, resultan inaplicables, en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, al afectar la vida privada del recurrente, como consecuencia de que faculta al Consejo para la Transparencia para disponer la exhibición de evaluaciones personales, que está amparado por dicho derecho, que esta Magistratura debe respetar y proteger.

PREVENCIONES

Se previene que los Ministros Marcelo Venegas Palacios e Iván Aróstica Maldonado no comparten el considerando séptimo de la sentencia.

Se previene, asimismo, que el Ministro José Antonio Viera-Gallo Quesney concurre a la decisión unánime del Tribunal, haciendo constar que no comparte los considerandos decimoctavo, decimonoveno, vigesimoprimer, vigesimocuarto, vigesimoquinto y vigesimosexto de la sentencia.

DISIDENCIA

No hay.

Rol	2153-11-INA
Fecha dictación	11 de septiembre de 2012
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5º, inciso segundo
Infracción constitucional invocada	Artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 19, N°s 2º, 3º, 4º, 5º y 26º
Asunto	Correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla
Decisión del tribunal	Acoge
Requirente	Subsecretario del Interior

Presidente	Raúl Bertelsen Repetto
Ministros	1.- Marcelo Venegas Palacios; 2.- Hernán Vodánovic Schnake; 3.- Marisol Peña Torres; 4.- Enrique Navarro Beltrán; 5.- Francisco Fernández Fredes; 6.- Carlos Carmona Santander (redacta); 7.- José Antonio Viera-Gallo Quesney; 8.- Iván Aróstica Maldonado; 9.- Gonzalo García Pino

LOS HECHOS

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

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Señala que los correos electrónicos no son en realidad información pública y que su divulgación diversas normas constitucionales, pues el derecho de acceso a la información pública no es absoluta, por cuanto el artículo 8° de la Constitución dispone que “ son públicos las actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” y que la ley de acceso a la información pública agrega “ a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expediente, contratos y acuerdos”, “cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga (n), salvo las excepciones legales”, agregando que “

en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos”, salvo las excepciones legales.

En el mismo sentido, señala que siguiendo al profesor Luis Cordero, que este derecho se refiere sólo a actos, resoluciones, procedimientos y sus fundamentos, por lo que sin procedimientos administrativos no hay acceso a informaciones.

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

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

Argumenta que el reglamento de la Ley de acceso a la información pública tampoco los abarca, en la medida que no son ni complemento esencial de actos administrativos y no han servido de respaldo a la dictación de ellos. Erroneamente, el Consejo ha entendido que los mensajes de los correos electrónicos han venido a reemplazar parcialmente los actos administrativos, arrogándose la inexistente potestad de calificar qué es o no un acto administrativo.

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

Expone además que no todo lo que obra en poder de los órganos de la administraciones del Estado puede ser considerado información pública, sino sólo aquello que fundamente actos o resoluciones y en la medida que su acceso por terceros obedezca a finalidades legítimas, conforme lo señalado por este tribunal en sentencia rol N° 460, acerca de la declaración de patrimonio de autoridades. añade que tales criterios son compartidos por uno de los consejeros y que la Corte de apelaciones de Santiago los ha utilizado, incluso que la Contraloría General de la República ha señalado, que se requiere de un acto administrativo para acceder a la información respectiva.

Por otro lado, señala que los mensajes no son información que obre en poder el Estado, pues una cosa es la propiedad del medio y otra la autoría intelectual del mensaje. Además, el solo uso de la casilla institucional no significa per se el consignar información pública. ex

El Consejo para la Transparencia ha ampliado el concepto de información pública, vulnerando así diversas garantías constitucionales.

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

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

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

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

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

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

OBSERVACIONES DEL CPLT

Señala que los correos electrónicos constituyen información elaborada con presupuesto público, lo que hace que queden cubiertos por la parte no impugnada del artículo 5º, más aún cuando son comunicaciones entre autoridades desde y hacia casillas institucionales, y se refieren al ejercicio de sus funciones.

Agrega que el artículo 5º de la ley de acceso a la información pública fue objeto de un control preventivo obligatorio por parte de esta magistratura en su sentencia rol N° 1051, de 10 de julio de 2008, en la cual se declaró de manera expresa la constitucionalidad del aludido precepto, por lo cual, no puede ser objeto de una cuestión de inaplicabilidad.

Por otra parte, señala que la aplicación del precepto impugnado no vulnera el artículo 8º de la Carta fundamental, en la medida que el derecho a acceder a la información pública también emana del numeral 12º del artículo 19 de la constitución, como lo ha reconocido este tribunal en su sentencia rol N° 0800, además del artículo 13 de la Convención americana de Derechos Humanos, que es parte integrante de nuestro sistema jurídico.

Expone que la Corte de apelaciones de Santiago ha reconocido que el derecho de acceso a la información pública goza de una posición preferente frente a los demás derechos, en la medida que es esencial para poder ejercer los otros derechos fundamentales, y que el consejo para la transparencia ha declarado expresamente que sólo tiene los límites y excepciones legales que se contemplan el artículo 8º de la Constitución y el artículo 13 de la Convención americana de derechos humanos, Cuestión que se ve ratificada por la declaración de principios sobre libertad de expresión de la comisión interamericana de Derechos Humanos, del año 2000.

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

asimismo, argumenta que si se entendiera que la publicidad afecta sólo a aquello que se contiene en la literalidad del artículo 8º de la carta fundamental, en términos comparados, la normativa chilena sería una de las más restringidas en materia de acceso a la información.

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

En otro apartado expone que además de ser elaborados con presupuesto público, los correos pueden ser fundamento de actos o resoluciones expedidos en el ejercicio de funciones públicas, por lo cual no pueden considerarse “comunicaciones privadas”, sobre todo si emanan de casillas creadas para el ejercicio de la función pública, con cargo al presupuesto estatal. Así, cabe concluir que en el numeral 5º del artículo 19 de la Carta fundamental, al aludir a las “comunicaciones Privadas”, se tuvo en mente además las “comunicaciones públicas”, no englobadas por dicha garantía, pues, si así no fuera, simplemente se hubiera consagrado el secreto de “toda forma de comunicación”.

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

Agrega que no se infringen los derechos fundamentales del requirente, en la medida que la protección de la vida privada no es absoluta, como este tribunal lo ha reconocido en sus sentencias roles N°s 1800, 1683, 521 y 433, pues se ve limitada por valores ligados al interés general o por otros derechos, para posteriormente precisar que en la ley N° 19.628 se establece que se entiende por datos privados y cual es su régimen de acceso y administración, señalando que la información solicitada en este caso no guarda relación con dichos conceptos.

Además, señala que por disposición de los artículos 2º y 3º de la ley N° 19799, los documentos electrónicos equivalen al soporte de papel y que el artículo 10 de la ley de acceso a la información pública y el artículo 3º de su reglamento permiten expresamente acceder a ellos, por lo cual los correos institucionales son información pública.

Expone que si se hubieran ventilado aspectos de la vida privada de los funcionarios existirían los mecanismos para evitarlo, pues el subsecretario debió comunicar la solicitud y permitir la oposición a la misma ante un tercero imparcial que es el consejo para la transparencia, cosa que no hizo.

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

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. LA IMPUGNACIÓN.**
- II. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.**
- III. PRECISIONES PRELIMINARES.**
- IV. FACTORES INTERPRETATIVOS QUE GUIARAN LA DECISION DE ESTE TRIBUNAL.**
- V. SE AFECTA NEGATIVAMENTE LA INVIOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS.**
- VI. EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO QUINTO DE LEY N° 20.285 EXCEDE LO PREVISTO EN LA CONSTITUCION.**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

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

DECIMOCUARTO. Que, por lo mismo, estas restricciones o limitaciones que deben ser restrictivas- a los derechos de los funcionarios exigen, por de pronto, una

expresa consagración normativa. Asimismo, que ellas se funden en las necesidades del servicio, o bien desarrollen o complementen preceptos constitucionales. También, que digan relación con el carácter técnico-profesional de la función pública. Finalmente, que dichas limitaciones deben ser precisas y determinadas;

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

DECIMOQUINTO. Que un segundo factor interpretativo que debe dejarse establecido, es la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución.

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

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

En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que 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).

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

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

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

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

Esta expresión tiene algunos ejemplos en el artículo 21, N° 1, del artículo primero de la Ley N° 20.285. Esta causal se da cuando la publicidad requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento

regular de sus labores; cuando se formulen requerimientos genéricos, referidos a un elevado número de actos administrativos; cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución; cuando se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. Dichas causales tienen que ver con que se menoscabe o impacte negativamente, interfiriendo las tareas entregadas por el ordenamiento jurídico a un órgano determinado. En definitiva, cuando la publicidad afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito;

DECIMONOVENO. 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;

VIGÉSIMO. Que el **carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso**, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

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

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

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

observar una serie de principios. Entre éstos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación.

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe crear *las condiciones sociales* que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1º 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 8º establece como una excepción a la publicidad;

3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.

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

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

En segundo lugar, el correo es una comunicación digitalizada, pues el mensaje es convertido a datos o números en base binaria (ceros y unos), que conforman los bits (binary digits). En tercer lugar, el correo electrónico se transmite por un canal cerrado, en el sentido de que a él no pueden acceder terceros. En eso se distingue de la transmisión de radio o televisión. (...) Finalmente, el correo electrónico es una forma de comunicación que tiene ciertas características. Por de pronto, la virtualidad. El emisor y el receptor no están físicamente presentes. En este sentido, es una comunicación a distancia. Por eso, se habla de ciberespacio para designar

la carretera por donde viaja la información. Enseguida, se encuentra la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real. A continuación, está la multidireccionalidad, dada porque pueden participar varios emisores y receptores, y cambiar en esos roles. Asimismo, se encuentra el carácter multimedial, pues a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos. Finalmente, está la ubicuidad. Esta consiste en que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello (Lambea Rueda, Ana; El correo electrónico; en Revista de Derecho Privado, Madrid, diciembre 2002, p. 936-963; y Rodríguez S., Eduardo; El correo electrónico; en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 3);

VIGESIMOSEGUNDO. Que el uso del correo electrónico en la Administración resulta particularmente atractivo por su interactividad, conectividad, informalidad e instantaneidad. Su uso acelera enormemente el flujo de información necesaria para que aquélla pueda tomar decisiones, acortando distancias, permitiendo que muchas personas puedan interactuar. Además, no tiene la ritualidad de las otras formas de comunicación formales e internas de la Administración, como el oficio y la circular, que requieren firma, numeración, despacho formal. Ello facilita e incentiva su uso, pues permite un intercambio franco y directo de opiniones e información.

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

El gobierno electrónico, en consecuencia, forma parte del proceso de reforma y modernización del Estado. De éste son parte proyectos transversales, como la intranet del Estado, Chilecompra, el Sistema de Información para la Gestión Financiera del Estado, la Ventanilla Única, el

Sistema Nacional de Información Territorial; y proyectos sectoriales, como la factura electrónica, la licencia médica electrónica, etc.

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

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

Sin embargo, para que un documento electrónico sea válido, es necesario que se cumpla un requisito: **que sea suscrito por firma electrónica**. Así lo dispone su artículo 7°: *“los actos, contratos y documentos de los órganos del Estado, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte de papel”* (artículo 7°);

VIGESIMOQUINTO. Que, de este modo, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de dicha firma. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su **seguridad**, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas;

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

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

En primer lugar, debe ser genuinamente un informe. **Los informes se dictan en el marco de un procedimiento al cual acceden.** La autoridad llamada a resolver debe pedirlos, por ser obligatorios, o puede pedirlos, por ser facultativos (artículos 37 y 38, Ley N° 19.880). La decisión se materializa en un acto trámite (artículo 24) y de ella se deja constancia en el expediente (artículo 18). La autoridad requerida para proporcionarlos, debe evacuarlos en un plazo que la ley establece (artículo 24). No obstante, su retraso no detiene el procedimiento (artículo 38). Una vez evacuado, se producen dos efectos. De un lado, deben incorporarse al expediente administrativo (artículo 18). Por esa incorporación, todos los interesados pueden acceder a él, por derecho de éstos (artículo 17, letra d)). Por el otro, deben ser ponderados en la resolución final, pues para eso se

emiten (artículo 35). Esto es, para servir de base a la decisión. Los informes son ejercicio de competencias (artículos 3° y 38).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los autores están contestes en que la Constitución hizo bien en utilizar esta expresión, pues las comunicaciones no están sólo restringidas a la epistolar, telegráfica o telefónica. Éstas eran las que mencionaba la Constitución del 25. El vocablo “comunicación” cubre las de todo tipo. Con esta expresión se evitó que la evolución de los procesos dejara obsoleto el derecho, como hubiera sido reiterar la expresión “correspondencia”. Entre esas comunicaciones, se menciona a las escritas, a las audiovisuales, a las telefónicas, al correo electrónico (Cea, José Luis; Derecho constitucional chileno, tomo 2, 2ª edición, Santiago, 2012, p. 217; Nogueira, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales; tomo 1, Editorial Librotecnia, Santiago, 2007, p. 538; Verdugo, Pfeffer y Nogueira; Derecho constitucional, tomo 1, Editorial Jurídica, Santiago, 1994, p. 250).

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

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

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

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

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos,

etc.). **Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;**

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

Enseguida, la comunicación es un proceso de transmisión de un mensaje. Esto es, grupo de datos con un significado. Por lo mismo, tiene un momento de inicio y uno de término; tiene un curso temporal determinado. Ello lleva a que sea necesario distinguir entre la comunicación en curso y la concluida. La Constitución garantiza, en el artículo 19 N° 5°, aquella que está desarrollándose. De ahí que cubra desde el momento en que el autor de dicha comunicación exterioriza su intención de hacer llegar el mensaje a una persona, hasta el momento en que el destinatario recibe y toma conocimiento del mensaje que se le ha enviado. Protege la circulación de la comunicación en forma libre (Nogueira, H.; ob.cit., p. 538). Lo que suceda antes o después, no está protegido por este derecho (Jiménez Campos, J.; ob.cit., p. 35-82)

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

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

inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados); y Argentina (que protege, en su artículo 18, “*la correspondencia epistolar y los papeles privados*”) tienen una protección semejante a la nacional.

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

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

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

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

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

TRIGESIMOSEXTO. Que, por otra parte, la Constitución establece que la inviolabilidad impide interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados. De ahí que aquella comunicación que no necesita interceptarse o abrirse porque es pública o abierta, no es comunicación privada, que esté protegida por esta garantía.

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

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

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

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

TRIGESIMOSÉPTIMO. Que el legislador, coherentemente con dicho mandato, ha establecido resguardos para las comunicaciones privadas. Así, la antigua Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos (D.S. N° 5037/1960, Interior) establece la prohibición de abrir o permitir que se abra ningún objeto o comunicación confiado a Correos (artículo 30). En materia de correos electrónicos, la Ley N° 18.168 establece que “*los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red*”.

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

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

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

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

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

debe señalar el procedimiento que debe seguirse; del otro, las formalidades que debe adoptar la autorización.

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

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

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

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

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

CUADRAGESIMOSEGUNDO. Que, luego de analizado el artículo 19 N° 5°, este Tribunal está en condiciones de responder al cuestionamiento

formulado en estos autos. Consideramos que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, por las siguientes razones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles. También hay que considerar que el correo electrónico no es solamente un flujo de ida, donde el emisor es el funcionario, pues también hay correos donde el funcionario es destinatario. Y eso él no lo controla. Tampoco el emisor de estos correos puede verse expuesto a eventuales obligaciones propias del destinatario.

En ese sentido, por lo demás, se enmarca el D.S. N° 93/2006, del Minsegres, que Aprueba la Norma Técnica para la adopción de medidas destinadas a minimizar los efectos perjudiciales de los mensajes electrónicos masivos no solicitados, recibidos en las casillas electrónicas de los Órganos de la Administración del Estado y de sus funcionarios. Este reglamento establece dos reglas importantes de destacar. Por una parte, el que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales que se les asignen. Por la otra, se debe propender a que sean utilizadas exclusivamente para fines relacionados con las competencias propias del respectivo órgano. Para que no se puedan utilizar para fines personales o privados, se debe prohibir expresamente. Pero, en este caso, la norma establece que se debe permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el terminal o equipo computacional que tengan asignados en la institución.

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

La regla tiene sentido si se considera que la Administración está sujeta a un régimen *jerarquizado* (artículo 7º, 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;

CUADRAGESIMOSEXTO. Que la segunda razón para considerar que se vulnera el artículo 19 N° 5º de la Constitución es que no compartimos lo afirmado por el Consejo para la Transparencia, al sostener que la Ley N° 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas.

No compartimos lo anterior, por las siguientes razones.

En primer lugar, **nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones.** El procedimiento que diseña esta ley está construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de

utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige *casos y formas determinados*. También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011).

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

En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución. La invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°;

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

CUADRAGESIMOCTAVO. Que, en efecto, uno de los derechos que otorga la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) a los interesados, es decir aquellos que promovieron el procedimiento como titulares de derechos o intereses, individuales o colectivos, o puedan resultar

afectados por la decisión que en el mismo se adopte, se hayan o no apersonado en él (artículo 21), es el de *acceder a los actos administrativos y sus documentos* (artículo 17, letra d)). Otro de estos derechos es *obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente* (artículo 17, letra a)).

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

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

CUADRAGESIMONOVENO. Que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7°, 19 N° 3° y 63 N° 18°), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento.

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

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

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

Si, por su parte, los correos fueran actos de juicio, es decir, contuvieran una opinión en el marco de un procedimiento administrativo decisorio, debieron ser ponderados o debieron constar en los vistos de los actos

entregados. Que no hayan estado, es un índice de que no eran documentos ni directos ni esenciales. Por de pronto, porque está en juego la presunción de legalidad de los actos administrativos (artículo 3º, Ley N° 19.880). Enseguida, porque nadie reclamó, ni ante la Contraloría ni ante los tribunales, respecto de esa ausencia de ponderación o constancia.

Además, hay que considerar que todos los antecedentes que se solicitaron por el Alcalde Gebauer en la gestión pendiente tienen que ver con recursos públicos. Se trata de fondos transferidos, rendiciones de gastos, devoluciones de fondos. Al haber recursos públicos, éstos están sujetos a la rendición de cuentas. Recordemos que, de acuerdo a la Constitución, corresponde a la Contraloría General de la República fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco (artículo 98).

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

No consta a esta Magistratura que la Contraloría General de la República haya permitido en el caso que se analiza que se hicieran rendiciones con documentos electrónicos. Todo ello demuestra que no estamos en presencia ni ante actos administrativos decisorios ni ante informes;

QUINCAGESIMOPRIMERO. Que una cuarta razón para considerar vulnerado el artículo 19 N° 5º es que esta Magistratura no comparte lo afirmado por el Consejo para la Transparencia en el sentido de la

subordinación que debe tener el artículo 19 N° 5° al artículo 8° de la Constitución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

hecha, que sea producto de un trabajo que la origine. El tercer requisito es que esa elaboración sea financiada con el presupuesto de la Nación.

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

SEXAGESIMOPRIMERO. Que, entonces, el precepto impugnado amplía la información a que se tiene acceso, porque la separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo. Resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. Porque la Administración o produce información o la posee a algún título.

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

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

Existe abundante información en la historia legislativa de la Ley N° 20.285 que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes);

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

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

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

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

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

Enseguida, tampoco se encuentran dentro de la expresión *fundamentos* que utiliza el artículo 8° de la Constitución. **Fundamento de un acto es aquello en que se basa; la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado.** Son los documentos, los testimonios, las observaciones, los informes. Estos son los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), apreciándose en conciencia (artículo 35 de la misma ley). La resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe

ser fundada (artículo 41). Pero para ello es esencial que estén en un expediente, es decir, que sean parte de un procedimiento administrativo. El dato externo no puede ser ni controvertido ni ponderado.

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

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

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

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

PREVENCIONES

no hubo prevenciones en el caso.

DISIDENCIA

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

Rol	2379-13-INA
Fecha de dictación	29 de enero de 2014
Norma(s) impugnadas	Artículo 5°, inciso segundo
Infracción constitucional invocada	Artículos 6°, 7°, 8° y 19 N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26° de la CPR
Asunto (?)	Correos electrónicos e información relativa a la calificación de exonerados políticos
Decisión del Tribunal	Acoge
Requirente	Subsecretaría del Interior

I. INTEGRANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Presidente	Marisol Peña Torres
Ministros	1-Raúl Bertelsen Repetto; 2.- Carlos Carmona Santander (redacta); 3.- Iván Aróstica Maldonado; 4.- Domingo Hernández Emparanza; 5.- Juan José Romero Guzmán (previene); 6.- María Luisa Brahm Barril; 7.- Alan Bronfman Vargas (suplente)

II. LOS HECHOS

LOS HECHOS

Un grupo de diputados requirieron a la Subsecretaría del Interior la entrega de copia de correos electrónicos, antecedentes y expedientes administrativos, relativos a la calificación de exonerados políticos de 1742 personas, tras haberse efectuado una denuncia pública de irregularidades en ello por parte del requirente. A dicha solicitud de información se opusieron 33 personas en calidad de interesadas, todas calificadas como exoneradas.

La Subsecretaría accedió a la entrega de la información respecto de quienes fueron calificados como exonerados y no formularon oposición, denegando a su vez la entrega de los correos electrónicos solicitados, fundándose en la garantía constitucional del artículo 19, numeral 5°, de la Constitución y, consecuentemente, en la causal del artículo 21, numeral 2°, de la Ley N° 20.285.

III. FUNDAMENTOS

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

De aplicarse la preceptiva impugnada, se vulneran diversas disposiciones constitucionales, al excederse el principio de publicidad, aplicándolo a correos electrónicos amparados por las garantías constitucionales de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, además de las garantías del debido proceso, la igualdad ante la ley y el contenido esencial de todas ellas, reconocidas expresamente en el artículo 19 de la Carta Fundamental, en sus numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 26°

Se acarrea así una violación frontal al principio de supremacía constitucional del artículo 6° de la norma suprema y al principio de competencia de su artículo 7°, al arrogarse el Consejo Para la Transparencia potestades que exceden las que el

ordenamiento jurídico le ha conferido, extendiéndolas en decisiones anteriores a correos electrónicos que no son 3 información pública, pues no todo lo que obra en poder de la Administración puede ser público.

El derecho de acceso a información no es absoluto, según se desprende del propio artículo 8º de la Constitución Política, pues la casilla de correo institucional es una forma de comunicación, en la cual además se emiten opiniones y juicios personales, muchas veces amparados por secreto profesional y, en este caso, por el privilegio deliberativo de la autoridad pública. Las opiniones vertidas en mensajes son personales, limitadas y no necesariamente institucionales y este medio no es una excepción a la garantía de resguardo de la privacidad, sobre todo si los derechos fundamentales solo pueden limitarse por ley y no por actos de la Administración.

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

OBSERVACIONES DEL CPLT

Lo cuestionado no es la constitucionalidad del precepto legal, sino la aplicación que de él hizo el CPLT en su decisión, todo lo cual constituye una cuestión de legalidad propia de los jueces del fondo, al referirse a revisión de lo resuelto por el Consejo, traduciéndose en el necesario rechazo del requerimiento.

Esta no se ve infringida en su aplicación a la gestión pendiente, ya que junto con establecer hipótesis de publicidad, reconoce que éstas reglas no son absolutas y quedan sujetas a las causales de reserva previstas por la propia Constitución y por el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 20.285, para indicar qué información es potencial y presumiblemente pública, y que al momento de resolver puede declararse que está afecta a causales legales o constitucionales de reserva, por motivos de eficacia de funciones públicas, derechos de las personas, seguridad o interés nacional.

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

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

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. La impugnación**
- II. Cuestiones de previo y especial pronunciamiento**
- III. Los precedentes**

- IV. Puntualizaciones**
- V. Criterios de interpretación**
- VI. El precepto impugnado vulnera el 19 N° 5 de la Constitución**
- VII. El precepto impugnado excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

SEXTO: Que, al respecto cabe señalar, por de pronto, y tal como se dijo en la STC 2246/2013, que una cosa es que el Consejo para la Transparencia reconozca como lícita una interpretación del artículo impugnado, que permita dejar a salvo los artículos 19, N°s 4° y 5°, de la Constitución, pero otra cosa es cuestionar la constitucionalidad de parte del artículo 5° de la misma ley. 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.

; SÉPTIMO: Que, enseguida, tal como se dijo en la STC 2246/2013, si hay una interpretación de la ley que se estime inaplicable por ser inconstitucional, esta Magistratura debe eliminarla, aunque sea una posibilidad de aplicación y ello exija proyectar, con cierta base, su posible aplicación. 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. El Tribunal, por lo demás, debe apreciar cómo

elabora su decisión, para darle eficacia a la misma, y que no sea una resolución inútil.

Por eso, si bien en algunas oportunidades esta Magistratura se ha conformado con excluir un sentido interpretativo por ser contrario a la Constitución (STC 736/2007, 806/2007 y 815/2008) y en otros ha confiado en la interpretación que le den los jueces del fondo (STC 1340/2009), en sentencias sobre el mismo precepto impugnado (STC 2153/2012 y 2246/2013) en atención a que ha considerado que la inaplicabilidad es la mejor manera de dar eficacia plena a su decisión; , como la inconstitucionalidad (STC 558/2006,

UNDÉCIMO: Que este Tribunal tiene dos sentencias específicas en la materia. Por de pronto, que los correos electrónicos eran comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19 N° 5 de la Constitución. También, que dichas comunicaciones estaban protegidas por el privilegio deliberativo. la Ley 20.285 excedía lo establecido en el artículo 8° de la Constitución, porque obligaba a revelar más de lo que dicho precepto disponía;

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

DECIMOTERCERO: Que este Tribunal, por lo mismo, tiene una doctrina en la materia.

3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.

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

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

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

VIGÉSIMOSEPTIMO: Que, finalmente, el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

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

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

Los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial “promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país” (artículo 3° de la Ley N° 18.575),

lo cual debe llevar a cabo “con pleno respeto a los derechos y garantías” que la Constitución establece (artículo 1° de la Constitución Política de la República). En este sentido, éstos deben actuar con publicidad, pero ésta no es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios. Entre éstos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación.

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe “crear las condiciones sociales” que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar;

VI. El precepto impugnado vulnera el 19 N° 5 de la Constitución

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

Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las **comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, son aquellas en que el emittente singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban**. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. **Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público**. En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. **El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a**

terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC 2246/2012, 2153/2013).

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC 2246/2012, 2153/2013);

TRIGÉSIMO: Que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC 2246/2012, 2153/2013);

TRIGÉSIMOPRIMERO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar

esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

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

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.

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

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

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

TRIGÉSIMOTERCERO: Que, en síntesis, estas razones son, primer lugar, que nada apunta a que la intención del legislador con la Ley N° 20.285 fuera levantar la inviolabilidad de las comunicaciones. El procedimiento que diseña esta ley está

construido para acceder a actos administrativos, resoluciones, informes, documentos, que pueden hacerse públicos. Es un procedimiento genérico, susceptible de utilizarse en situaciones distintas. Ello choca con que la Constitución exige “casos y formas determinados”. También, con que el Consejo para la Transparencia es un órgano público, regido por el principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011).

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

En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución. La invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°;

PREVENCIONES

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán previene que:

Índice de la prevención:

- I. El precepto impugnado no vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución
- II. La aplicación del precepto impugnado en la gestión pendiente transgrede el artículo 8°, inciso segundo, primera parte, de la Constitución

DISIDENCIA

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

Rol	2689-14-INA
Fecha dictación	24 de mayo de 2016
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5°; Artículo 10
Infracción constitucional invocada	Artículos 6°, 7°, 8°, y 19 N° 2, N° 4 y N° 5
Asunto	Información relativa a la compra de banderas patrias, incluyendo correos electrónicos
Decisión del tribunal	Acoge parcialmente
Requirente	Director administrativo de la Presidencia de la República.

Presidente	Carlos Carmona Sanatander
Ministros	1.- Marisol Peña Torres; 2.- Raúl Bertelsen Repetto; 3.- Hernán Vodánovic Schnake; 4.- Francisco Fernández Fredes; 5.- Iván Aróstica Maldonado; 6.- Gonzalo García Pino; 7.- Domingo Hernández Emparanza; 8.- Juan José Romero Guzmán; 9.- María Luisa Brahm Barril

I.

LOS HECHOS

Pamela Ortiz herrera formuló solicitud de información a la presidencia de la república respecto de los antecedentes, comunicaciones previas y resoluciones de compra de dos banderas patrias (...) incluyendo correos electrónicos y especificaciones técnicas de dicho objeto.

La solicitud fue respondida en octubre del 2013, entregando sólo 2 cotizaciones de la proveedora y un memorándum de adquisiciones por el cual se solicita la elaboración de la resolución que aprueba el contrato por la compra de dos banderas. El solicitante dedujo amparo de información ante el consejo para la transparencia por no ser íntegramente satisfecha su solicitud.

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Normas infringidas: artículos 6, 7, 8 y 19, numerales 2º, 4º y 5º, de la carta fundamental.

Señala que según este tribunal el acceso público a información no se refiere a todo, sino taxativamente a actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos, con los límites del artículo 8º, por lo cual si los mensajes de los correos electrónicos no son parte del expediente administrativo, no son información pública. Agrega que para este tribunal la existencia de información en poder de la administración o el ser elaboradas con recursos públicos no necesariamente implica o justifica una decisión que implica publicidad, cuyo es el caso de los correos aludidos. Concluye, que de acuerdo a la sentencia rol n°2505, el legislador excedió el marco constitucional en la materia, agregando que lo obrado por el consejo para la transparencia va en contra de la jurisprudencia constitucional, vulnera lo

dispuesto en el artículo 8º de la carta fundamental, pues son correos que no están en procedimiento alguno, además que el consejo requiere la entrega de correo indeterminado o indeterminables.

Así, considera que la aplicación de los preceptos impugnados se han violado los artículos 6 y 7 de la carta fundamental por parte del consejo para la transparencia, arrogándose facultades que no le ha entregado la ley y pretendiendo definir él lo que es información pública, excediendo los trámites y antecedentes de la contratación pública alterando el procedimiento administrativo y perturbando la etapa de negociación. Posteriormente, se refiere a las garantías de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, para arribar a la inviolabilidad de correos electrónicos y la titularidad de esos derechos por los funcionarios públicos. Respecto a la garantía de igualdad ante la ley, expone que se devendría en un trato gravoso, injustificado y diferenciado para los funcionarios públicos, que perderían la privacidad sobre su correo electrónico en un caso de discriminación arbitraria.

OBSERVACIONES DEL CPLT

Expone que la publicidad de los correos electrónicos que contiene fundamentos emana del artículo 5º, inciso 2º, de la Constitución Política y del artículo 13 de la Convención americana de Derechos humanos, por la vía de consagrar esta última el derecho a acceder a información pública. Además señala falta de fundamento plausible, pues conforme a los artículos 5º y 8º de la Constitución , 5, 10 y 11 de la ley N° 20.285, los antecedentes solicitados son públicos.

Además , argumenta que en sentencia de inadmisibilidad rol n° 2351 de este tribunal, que declaró inadmisibile un requerimiento de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 51 de la Ley n° 20.285 en materia de correos electrónicos, por ser pública la información relativa a la modificación de contratos de Transantiago , aunque estuviere contenida en mensajes de casillas. Por lo cual los correos por los cuales se negoció fueron fundamentos del acto en cuestión.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. La impugnación**
- II. Cuestiones previas**
- III. En cuanto al fondo.**
- IV. Normas legales en cuestión.**
- V. Comparación con el artículo 8º constitucional.**
- VI. Infracción al artículo 19 N°5 constitucional.**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

V. COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 8° CONSTITUCIÓN.

4°. Que, precisado cuáles son las normas legales relevantes en juego, cabe observar, enseguida, que el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia no encuentra entera cobertura en el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, que impida objetarlo por inconstitucional, ya que entre ambos textos no se advierte una relación de completa identidad.

(...) Un cotejo entre uno y otro permite entonces advertir que, yendo más allá del artículo 8°, inciso segundo, constitucional, el recién transcrito inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia extiende la publicidad regulada por este cuerpo legal a **los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial**;

6°. Que dicho enunciado genérico -"los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial"- carece de espesor jurídico suficiente como para legitimar la apertura de una forma de comunicación privada, especialmente cuando no se aprecia nítidamente que este haya sido el propósito de su inclusión en la Ley de Transparencia.

Efectivamente, a este respecto es útil recordar que la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 13, introducido por la Ley N° 19.653, primitivamente dispuso que La función pública se ejercerá con transparencia, de manera

que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella”(inciso segundo). Para luego añadir: “*Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esenciales*” (inciso tercero);

9°. Que contribuye a corroborar este aserto la circunstancia de que además la propia Ley N° 20.285, en su artículo tercero, modificó el inciso segundo del artículo 16 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. De manera tal que cuando antes decía que “son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado **y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo o esencial**”, ahora, en virtud de esta sustitución introducida por la Ley N° 20.285, ese artículo 16 quedó así:

*“son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y **documentos en que éstos se contengan**, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación”.*

Esto es, dado que los actos administrativos son esencialmente solemnes y, por regla general, de carácter escrito, es que deben ser públicos tanto esos actos jurídicos como los documentos o textos formales que en definitiva los aprueban y les sirven de recipiente, cuál contenido y continente, según discernieron las STC roles N°s 1849 (considerando 4°), 2253 (considerando 17°) y 2793 (considerando 14°). Además que estas normas -así modificadas- contribuyen a ratificar la doctrina y jurisprudencia invariables sostenidas en la materia, en orden a que los actos administrativos deben bastarse a sí mismos, sin que sus fundamentos puedan encontrarse en otros historiales o antecedentes paralelos, que no se han expresado en ellos;

VI. INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 19, N°5, CONSTITUCIONAL.

13°. Que, tocante a los tres aspectos mencionados, procede confirmar la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional en STC roles N°s 2153, 2246 y 2379. Donde se ha afirmado, en primer lugar, que la Carta Fundamental reconoce una titularidad amplia de los derechos constitucionales, amparando incluso a los funcionarios y autoridades públicas.

Esas mismas sentencias asentaron, en segundo término, que -salvo prohibición expresa- ellos pueden usar las casillas institucionales para correspondencias personales, con la garantía de inviolabilidad que les asegura el artículo 19, N° 5°, constitucional, el cual protege todas las formas o conductos de comunicación privada, independientemente del contenido de las mismas.

Además que los citados veredictos explicitaron ampliamente, las razones que llevan a sostener que la Ley de Transparencia -invocada nuevamente en este caso para abrir determinados correos privados- no satisface los requisitos puestos en dicha regla constitucional, al no definir precisamente los casos y formas que autorizan abrir o registrar tal medio de comunicación privada (considerando 46° de STC 2153);

14°. Que, en síntesis, la alusión genérica e indeterminada que el artículo 5°, inciso primero, impugnado hace a "*los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial*, en relación con los actos administrativos, carece de la especificidad y completitud suficientes como para connotar con exactitud aquellos *casos y formas determinados por la ley* que al tenor del artículo 19, N° 5°, de la Constitución, justifican abrir o registrar algunos canales de comunicación privada, cuyo es el caso de los correos electrónicos de que se trata.

A lo que se agrega que el artículo 10 de la Ley de Transparencia, también reclamado por igual vastedad, presenta los mismos reparos que se formularon antes con respecto al inciso primero del indicado artículo 5°, habida cuenta de que la aplicación intrusiva de cualquiera de los dos

preceptos ocasiona igual resultado lesivo a la garantía del artículo 19, N° 5°, de la Constitución.

PREVENCIONES

Prevision del ministro señor Raul Bertelsen Repetto respecto a la compatibilidad del artículo 5°, inciso primero, y del artículo 10, inciso segundo de la ley de transparencia con la constitución.

Previsiones de los ministros señores Francisco Fernández fredes y Juan José Romero Guzmán.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de la ministra Marisol Peña Torres y de los ministros Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza.

Rol	2982-16-INA
Fecha dictación	27 de diciembre de 2016
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5°; inciso segundo y Artículo 10, inciso segundo
Infracción constitucional invocada	Artículos 6°, 7°, 8°, y 19 N° 2, N°3, N° 4, N°5 y N° 26
Asunto	Acceso a copia de diversas comunicaciones (entre SERNAPESCA y representantes o altos ejecutivos de SalmonChile A.G
Decisión del tribunal	Acoge
Requirente	SERNAPESCA

Presidente	Carlos Carmona
Ministros	1.- Marisol Peña Torres; 2.- Iván Aróstica Maldonado; 3.- Gonzalo García Pino; 4.- Domingo Hernández Emparanza; 5.- Juan José Romero Guzmán; 6.- María Luisa Brahm Barril; 7.- Cristián Letelier Aguilar; 8.- Nelson Pozo Silva; 9.- José Ignacio Vásquez Hernández

LOS HECHOS

Don Cristian Arroyo en el mes de abril del 2015 requería copia de diversas comunicaciones entre el director nacional de SERNAPESCA y representantes o altos ejecutivos de Salmonchile A.G., documentos en que constaran reuniones entre ellos, listado de llamadas registradas y de los correos electrónicos que intercambiaron entre los años 2014 y 2015.

El servicio, entregó la información solicitada, salvo la referida a los correos electrónicos, debido a la negativa de SalmonChile.

Debido a lo anterior, el señor Arroyo dedujo amparo ante el Consejo para la Transparencia, el que lo acogió. Ordenando entregar los correos electrónicos consultados.

Frente a ello se dedujo reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

I. INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 8, inciso segundo, de la constitución. Señala que la aplicación de la norma constitucional implica que no es pública toda información que obre en poder de la administración. Sólo son públicos los actos y resoluciones de los órganos públicos, así como sus fundamentos y procedimientos atinentes; en la medida que exista un acto administrativo dictado, que se encuentre en el expediente administrativo correspondiente y que constituya el

mismo o sirva de base a un acto administrativo terminal que produzca efectos jurídicos. Por lo cual, los mensajes electrónicos no constituyen información pública a la luz de la Constitución, toda vez que no poseen naturaleza de actos o resoluciones conforme a la ley n° 19.880.

Tampoco son fundamentos o documentos que sirvan de complemento directo o esencial de un acto o resolución, no son base ni son esenciales para la dictación del acto en el ejercicio de una potestad pública.

Sólo se trata de comunicaciones personales que no reemplazan actos administrativos.

II. Infracción artículos 6 y 7° de la constitución.

Ninguna de las normas de la ley de transparencia entrega al consejo la atribución para interpretar que las comunicaciones enviadas y recibidas a través de correos electrónicos institucionales, por los funcionarios públicos, constituyen información pública, levantando el secreto o la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

III. Vulneración derechos reconocidos en los numerales 4° y 5° del artículo 19 Constitucional.

No sólo son titulares de los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones los representantes de Salmonchile A.G. también lo son los funcionarios públicos, como su director nacional. Los correos electrónicos son una especie de comunicación privada cuya inviolabilidad asegura la Ley fundamental, al manifestar una forma de comunicación de carácter personalísimo y, en consecuencia, deben estar protegidos por el derecho a la vida privada. Agrega al punto, señala que comunicación privada, según las diversas fuentes de estudio del derecho constitucional, como aquella en que el emite escoge de manera

singularizada a quien la recibe, sin el animo de que otro se entere de la misma. Lo que se da con los correos electrónicos.

IV. INFRACCIÓN DEL DERECHO RESGUARDADO en el numeral 3º del artículo 19 constitucional.

Debido a que la ley de transparencia no contempla un procedimiento racional y justo para restringir aquellos derechos. No se entregan parámetros para que la autoridad administrativa distinga qué es contenido público y qué es privado.

V. infraccion del derecho asegurado en el numeral 2 del artículo 19.

Se vulnera desde el momento que se ordena la publicidad de los correos de un jefe de servicio, tan sólo por tratarse de un funcionario público, a diferencia de lo que ocurre con quienes pueden desempeñar similares funciones en el sector privado.

VI. Infraccion numeral 26 del artículo 19.

Por todo lo antes señalado.

OBSERVACIONES DEL CPLT

Las disposiciones reprochadas se ajustan a la constitución desde el momento que establecen que las hipótesis de publicidad están sujetas a las causales de reserva prevista por la constitución. Si hay una causal de reserva o no, es un juicio de legalidad que deben efectuar los jueces del fondo.

Tampoco puede prosperar, en atención a los literales a, c y d del artículo 11 de la ley de transparencia, los que, al no ser censurados por inconstitucionalidad, restan carácter decisivo a las disposiciones reprochadas. Estos consagran los principios de relevancia, apertura y máxima divulgación de la información. En virtud de estos pasan a ser públicos los correos electrónicos pasados a ser públicos los correos electrónicos requeridos.

Además, puede solicitarse información en razón del derecho de acceso a la información, reconocidos artículos 8º y 9º, N°12 de la constitución, así como en su artículo 5º, inciso segundo, en relación con el artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

También, señalan que ha de considerarse que el Tribunal Constitucional sostiene que lo protegido no es el continente de la información, esto es, su soporte, sino que el contenido, es decir, la naturaleza de los datos que comprende una comunicación. Debido a lo anterior, el Consejo dispuso la publicidad de los correos solicitados, en la medida que dicen relación directa con el ejercicio de las competencias del director nacional de SERNAPESCA.

No se infringe el artículo 8º de la Constitución porque constituyen un lícito desarrollo de su contenido.

No se vulneran los artículos 6º y 7º de la Constitución, porque el Consejo, al resolver los amparos, es competente para determinar la concurrencia de las causales de reserva, actúa previa investidura de sus integrantes y conforme al procedimiento establecido en la ley.

Además, no se infringen los derechos a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Se admiten limitaciones legales de estos derechos en miras a proteger un bien jurídico superior, conforme a lo cual se deja fuera del ámbito de la vida privada a aquellos datos que acarrearán repercusiones para la vida social. Además. El derecho a la inviolabilidad se refiere a comunicaciones privadas y no de naturaleza pública.

No se infringe el numeral 3º del artículo 19 de la constitución, porque la ley de transparencia contempla un proceso justo, que respeta el principio de bilateralidad de la audiencia para tramitar una solicitud de información.

No se infringe el numeral 2º del artículo 19 constitucional, porque los funcionarios públicos tienen asegurado el derecho a la privacidad, pero en el ejercicio de su función pública ésta tiene una esfera más reducida.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. LA IMPUGNACIÓN.**
- II. CUESTIONES DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO**
- III. LOS PRECEDENTES.**
- IV. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.**
- V. EXISTE UNA AFECTACIÓN DEL ARTÍCULO 19, N°5, DE LA CONSTITUCIÓN.**
- VI. SE EXCEDE O CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 8º, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN.**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

4. Los principios de apertura, relevancia y máxima divulgación.

DECIMOQUINTO: Que, a este respecto, cabe señalar que los referidos literales hacen referencia a la consagración de los principios de apertura, relevancia y máxima divulgación, contemplados en la Ley de Transparencia. Dichos principios impregnan de manera sistemática la normativa cuestionada, pero de ello no se sigue que, por su sola existencia, la declaración de inaplicabilidad de los artículos 5°, inciso segundo, y 10, inciso segundo, pierda relevancia. (...);

III. LOS PRECEDENTES

DECIMOCTAVO: Que, en cuanto a correos electrónicos de un subsecretario, el primer caso fue el de la STC Rol N° 2153/2012, relativa a los correos del Subsecretario del Interior con la Gobernación Provincial de Melipilla, relativos a los gastos para la reconstrucción derivada del terremoto del 27 de febrero de 2010. Ahí se sostuvo tres cosas que aquí interesan. Por de pronto, que los correos electrónicos eran comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19, N° 5°, de la Constitución. También, que dichas comunicaciones estaban protegidas por el privilegio deliberativo. Finalmente, que el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, excedía lo establecido en el artículo 8° de la Constitución, porque obligaba a revelar más de lo que dicho precepto disponía;

DECIMONOVENO: Que, un segundo caso fue el de la STC Rol N° 2379/2013, en donde parlamentarios requirieron información contenida en correos electrónicos de la Subsecretaría de Interior, relativos a la calificación como exonerados políticos de 1742 personas, tras haberse denunciado públicamente ciertas irregularidades en dicha calificación. De este caso, cabe rescatar tres aspectos fundamentales. En

primer lugar, que **no todos los actos de la Administración del Estado deben ser públicos**; en segundo lugar, que los **correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos** y, en tercer lugar, que **el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo reprochable o susceptible de sospecha en sí mismo**;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en virtud de los anteriores precedentes, este Tribunal tiene una **doctrina asentada sobre la materia**. Ello obliga a quien quiera dar argumentos para cambiarlos, a hacerse cargo de los planteamientos contenidos en dichas sentencias. Por lo mismo, la carga argumentativa debe ser profunda, persuasiva e innovativa, porque se trata de desafiar una argumentación consolidada en el tiempo y no meramente discrepar de ella o formular críticas respecto de su formulación (STC Rol N° 2379/2013);

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

VIGESIMOSEXTO: Que en segundo lugar, conforme a la Constitución, son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (STC 1990/2012, 2153/2012, 2246/2013, 2379/2013);

3. **Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos**

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, el tercer criterio interpretativo es que para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la **existencia una firma electrónica**. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley N° 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad y su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la

equivalencia funcional de ambos sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico (STC roles N°s 2153/2012, 2246/2013, 2379/2013);

VIGESIMONOVENO: Que, sin duda, **la transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. No obstante ello, no es el único bien jurídico tutelado**, 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, lo que requiere el balance de todos los bienes públicos respecto de los cuales el Estado debe velar;

V. EXISTE UNA AFECTACIÓN DEL ARTÍCULO 19, N° 5, DE LA CONSTITUCIÓN.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que ahora estamos en condiciones de analizar el fondo de la cuestión de constitucionalidad suscitada en el presente requerimiento de inaplicabilidad. El primer reproche formulado por la requirente es aquel relativo a que la entrega de la información solicitada, y contenida en correos electrónicos del Director del Servicio, vulnera la garantía establecida en el artículo 19, N° 5°, de la Constitución, esto es, la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. A este respecto y de acuerdo a nuestra anterior jurisprudencia en la materia (STC Rol N° 2379/2013), existen dos razones para acoger este reproche.

La primera de ellas es que, efectivamente, **los correos electrónicos son comunicaciones privadas**. Así, tal como lo ha dicho esta Magistratura previamente, las **comunicaciones privadas a que se refiere la aludida garantía constitucional son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban**. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público: **son**

comunicaciones restringidas entre dos o más personas y no están destinadas al dominio público. A la inversa, por ejemplo, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión, ya que tienen por objeto obtener la máxima difusión posible, sin una expectativa de secreto.

El concepto de comunicación privada apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013).

Por lo demás, **el carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma.** Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013);

TRIGESIMOTERCERO: Que, por tanto, los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión comunicaciones y documentos privados que utiliza el artículo 19, N° 5°, de la Constitución. Estos son comunicaciones que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero, desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19, N° 5°. El amparo está dado por el hecho de

llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013);

TRIGESIMOCUARTO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19, N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y, desde luego, contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo, porque nadie diría que las conversaciones telefónicas, por el hecho de realizarse por un teléfono que proporciona el servicio, cuya interconexión paga el mismo, pueden escucharse, grabarse y/o difundirse. Para correos electrónicos, debe aplicarse la misma lógica.

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes materiales que pueden usarse con distintos propósitos. La serie de bienes que la modernidad ofrece y que se ponen a disposición de los funcionarios públicos no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, puesto que ello afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración es promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país así lo exige.

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.

Finalmente, hay que considerar que cabe un uso legítimo del correo electrónico para mensajes personales ineludibles. Por ello, la regla general es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013);

TRIGESIMOQUINTO: Que la segunda razón por la cual consideramos que los preceptos legales impugnados de la Ley de Transparencia contravienen la Constitución es que no se ajustan a los estándares que la Constitución establece para acceder a las comunicaciones privadas.

El Consejo para la Transparencia sostiene que la Ley de Transparencia 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 la anterior afirmación, por las razones ya señaladas en las STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013, que en síntesis son las siguientes.

En primer lugar, nada apunta a que la intención del legislador con la Ley de Transparencia 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 Rol N° 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 se 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 de Transparencia. **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 consistente, 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 ciertamente el artículo 19, N° 5°;

VI. SE EXCEDE O CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 8°, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN

TRIGESIMONOVENO: Que tanto el artículo 5°, inciso segundo, como el artículo 10°, inciso segundo, de la Ley de Transparencia “impugnados en autos” se enmarcan dentro de esta tendencia de la ley, toda vez que el primero obliga a entregar la información elaborada con presupuesto público y también toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración y, por su parte, el segundo puntualiza que 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 otra información elaborada con presupuesto público .

Como se observa, los preceptos impugnados amplían aquello a lo que se puede acceder, vía Ley de Transparencia, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, que es el lenguaje utilizado por la Constitución en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución.

Así, resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que los preceptos legales impugnados establecen, porque la Administración o produce información o la posee a algún título, pero el punto es que “ bajo tales definiciones “ toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración que la posee;

CUADRAGÉSIMO: Que, en contraste, el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la Ley de Transparencia, cuando se refiere a los documentos, no habla de cualquier documento, sino de aquellos que sirven de sustento o complemento directo y esencial a tales actos y resoluciones. En cambio, información elaborada con presupuesto público o información que obre en poder de los órganos de la Administración, no necesariamente tiene que ver con actos y resoluciones;

CUADRAGESIMOSEGUNDO: 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 enlistar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: “son públicos”, definiendo expresamente lo que cabe dentro de dicha categoría;

CUADRAGESIMOTERCERO: Que los correos electrónicos del Director de SERNAPESCA solicitados en el marco de la Ley de Transparencia, no se enmarcan dentro de la expresión “acto” o “resolución”.

En efecto, de acuerdo al reglamento de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13, 2009, Minsepres), para que un documento pueda ser complemento directo de un acto se requieren dos condiciones. Por una parte, debe vincularse

necesariamente con dicho acto y, por la otra, el acto debe haberse dictado precisa e inequívocamente sobre la base de tal documento (artículo 3º, letra g). Por otra parte, para que un documento pueda ser complemento esencial de un acto, debe tratarse de uno indispensable para la elaboración y dictación del mismo y ser inseparable de él (artículo 3º, letra h);

CUADRAGESIMOCUARTO: Que los correos solicitados no se enmarcan en ninguna de las dos hipótesis, toda vez que la solicitud de acceso a dicha información no fue planteada en torno a un determinado acto o procedimiento administrativo de SERNAPESCA, sino más bien al conjunto de comunicaciones de cualquier índole que, durante un determinado periodo de tiempo, hubieran tenido “en su caso- el Director del Servicio y personeros de SalmonChile A.G.;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, los correos electrónicos tampoco se encuentran dentro de la expresión fundamentos que utiliza el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. Fundamento de un acto es aquello en lo cual se basa, esto es, la razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado. Estos constan en documentos, en testimonios, en observaciones, en informes que utiliza la autoridad para justificar su decisión y, en general, en los datos que la autoridad debe tener en cuenta al momento de resolver (artículos 17 y 18, Ley N° 19.880), los cuales deben ser apreciados en conciencia (artículo 35 de la misma ley). Así, por ejemplo, la resolución que pone término a un procedimiento administrativo, debe ser fundada (artículo 41).

Sin embargo, en este caso, no estamos en presencia de procedimientos administrativos en específico. Por lo tanto, mucho menos podría considerarse que los correos electrónicos solicitados puedan constituir el fundamento de algún acto o resolución del Director del Servicio. Por lo demás, no se ha proporcionado a esta Magistratura ningún antecedente que genere siquiera indicios para pensar que existe una conexión sustantiva, directa o esencial, entre los correos electrónicos solicitados y algún acto o resolución que haya emanado de la autoridad en cuestión;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que, por otra parte, el Consejo para la Transparencia ha sostenido que no puede considerarse que los preceptos legales impugnados violen el artículo 8°, porque lo que hacen es desarrollar y extender el goce del derecho de acceso.

Este Tribunal no comparte tal afirmación. En primer lugar, porque el artículo 8° establece el principio de publicidad limitado a los derechos de las personas. Por lo mismo, si la Constitución define un ámbito competencial determinado para la publicidad, es para evitar el roce o el conflicto con derechos de las personas. En segundo lugar, porque tal como lo ha sostenido esta Magistratura, hay antecedentes claros en la historia fidedigna del artículo 8° que apuntan a que son sólo esos tres aspectos, y sólo esos, lo que es susceptible de obtenerse vía acceso a la información (actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen). En tercer lugar, en la tesis del Consejo, habría dos fuentes para la legitimidad de la reserva legal: lo que la Constitución establezca expresamente y todo aquello que desarrolle y extienda el goce de los derechos. Esta doctrina, así formulada, no puede ser compartida por esta Magistratura. Por de pronto, porque el artículo 8° convoca a una ley de quórum calificado para definir la causal de secreto o reserva. Estas leyes, al igual que las orgánicas constitucionales, por definición son excepcionales y tienen un ámbito que abordar estricto que no puede ser exorbitado. Además, el legislador, en este tipo de disposiciones, no es libre, porque debe abordar las materias propias de ley, y sólo esas, sin que pueda excederse en esta materia. Finalmente, porque en esta tesis se desliza nuevamente, pero con otra formulación, una subordinación de los derechos en aras de la publicidad, ya rechazada por esta Magistratura (STC Rol N° 1990/2012). Es la publicidad de los actos de la Administración la que está estructuralmente limitada por los derechos de las personas (STC roles N°s 1990/2012, 2153/2012, 2246/2013, 2379/2013);

PREVENCIONES

No hubo prevenciones en el caso.

DISIDENCIA

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

Rol	5841-18-INA
Fecha dictación	21 de noviembre de 2019
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5°; Artículo 10
Infracción constitucional invocada	Artículos 6°, 7°, 8°, y 19 N° 2, N°3, N° 4, N°5 y N° 26
Asunto	Información sobre los antecedentes de la renovación del cargo de jefa del departamento de fiscalización del SII.
Decisión del tribunal	Acoge
Requirente	Servicio de impuestos internos.

Presidente	Maria Luisa Brahm Barril
Ministros	1.- Ivan Arostica Maldonado. 2.- Gonzalo García pino. 3.- Domingo Hernández Emparanza. 4.- Juan José romero Guzmán. 5.- Cristián letelier Aguilar. 6.-Nelson Pozo Silva. 7.- Jose Ignacio Vásquez. 8.- María Pía silva Galinato. 9.- Miguel Ángel Fernández González.

LOS HECHOS
Doña marcia Muñoz solicitó al Servicio de impuestos internos información acerca de informes, correos electrónicos y documentos remitidos por la directora regional

de la XVII dirección regional de Valdivia, así como por los jefes del departamento de gestión de personas y de la subdirección de fiscalización, a través de los cuales se decidió la no renovación en su cargo como jefa del departamento.

El servicio accedió a la entrega parcial de la información, ante lo cual Muñoz dedujo amparo por denegación de información y el consejo para la transparencia, acogió el amparo y ordenó al SII la entrega de los correos electrónicos por medio de los cuales se remitió desde la dirección regional a la dirección nacional el informe de evaluación en que se fundó la no renovación del nombramiento.

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

El SII afirma que la forma en que se han aplicado decisivamente los artículos 5º inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la ley de transparencia, vulnera:

El artículo 8º , inciso segundo, de la Constitución, debido a que los preceptos reprochados contrarían y exceden el contenido normativo de este precepto constitucional, que hace público los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y procedimientos; pero sin que la publicidad pueda, como interpreta el Consejo para la Transparencia, extenderse a toda información que obre en poder de la administración, porque conforme lo ha sentenciado el Tribunal constitucional, el derecho a la información pública no es de carácter absoluto, autorizando el mismo precepto constitucional su secreto o reserva en los casos que indica, y en circunstancias que los correos electrónicos institucionales no son actos administrativos, ni fundamento directo de los mismos, revistiendo el carácter de medio de comunicación, personal y privado para su emisor y receptor.

Se ven contrariados los artículos 6º y 7º de la constitución desde que el Consejo para la transparencia es un órgano de la Administración del Estado que está vulnerando el principio de legalidad, al arrogarse funciones más allá de la ley.

Se vulneran derechos fundamentales del SII. Invocando el artículo 5º, inciso segundo, y el artículo 19 Nº5, en relación con el artículo 19 Nºs 4 y 26 de la constitución, el requirente da por infringido el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, así como la protección de la vida privada de las personas, garantías constitucionales que amparan la privacidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos que, no son actos administrativos ni fundamentos de ellos, sino comunicaciones privadas que, desde que el Estado las publicita, se desconoce en su esencia el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Finalmente, invoca como infringidos los numerales 2º y 3º del artículo 19 constitucional. Señala la afectación al debido proceso, desde que la ley de transparencia no contempla casos ni procedimientos para registrar y publicitar correos electrónicos, de modo que el consejo para la transparencia ha obrado sin autorización no procedimiento legalmente establecido, afectando asimismo el principio de igualdad, al no existir parámetros legales expresos, razonables ni justificados que amparan su actuar en la especie. Cuando se autoriza la apertura de comunicaciones privadas, ello opera por ley expresa, y en muchos casos previa autorización judicial, lo cual no se contempla en la ley de transparencia, siendo en la especie el actuar del CPLT desproporcionado y arbitrario.

OBSERVACIONES DEL CPLT

Afirma que la aplicación de los preceptos en cuestión, no vulnera la constitución.

Señala que los correos electrónicos, no constituyen comunicación privada cuya titularidad y derechos correspondan únicamente a los funcionarios públicos que los suscriben, sino que se trata de correos electrónicos que forman parte de procedimientos administrativos seguidos por el Servicio de impuestos internos y pueden ser fundamento de actos administrativos, ajustándose así su publicidad al artículo 8º de la Constitución, que hace público los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen para su dictación; al tiempo que el actuar del consejo se ajusta al principio de legalidad de los artículos 6º y 7º de la constitución, y se conforma con las atribuciones que al CPLT le confiere la misma ley de transparencia; sin que en estos casos concurren tampoco las causales de reserva o secreto que autoriza el artículo 8º de la carta fundamental.

Tampoco se afecta la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la vida privada, la igualdad ante la ley, ni el debido proceso. En razón de que los correos electrónicos en la especie, no dice relación ni afecta la vida privada ni la intimidad del funcionario público emisor y receptor, ni de terceros, sino que se trata de un soporte para el envío de antecedentes vinculados directamente con el ejercicio de su función pública, y que inciden en un procedimiento administrativo, formando parte de un expediente administrativo, y constituyen antecedentes que pueden ser fundantes de actos o resoluciones del mismo servicio.

Tampoco puede estimarse afectada la igualdad ante la ley ni el debido proceso, debido a que la Ley de transparencia regula en detalle el procedimiento de amparo, y la posibilidad de oposición y prueba por el afectado o terceros, así como la reclamación judicial vía reclamo de ilegalidad ante la corte de apelaciones competente.

Finalmente, agrega que el Tribunal constitucional igualmente ha reconocido a nivel constitucional el derecho de acceso a la información pública, como implícitamente reconocido por el artículo 19 n° 12 de la constitución i, salvo excepción expresa por ley de quorum calificado, que no concurre en este caso, en que la función pública y el interés público determinan igualmente la sujeción de los funcionarios públicos al principio de transparencia, dentro del marco de sus funciones.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. El contexto Fático de la inaplicabilidad ejercida.**
- II. La impugnación deducida en autos.**
- III. Esta magistratura ha conocido previamente de casos semejantes. Criterios pertinentes que emanan de las sentencias previas.**
- IV. Motivos por los cuales el requerimiento deducido será acogido.**
- V. La aplicación de los preceptos impugnados vulnera el artículo 19, número 5, de la constitución**
- VI. La aplicación de los preceptos reprochados excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución.**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

a) **La aplicación de los preceptos impugnados vulnera el artículo 19, número 5, de la Constitución.**

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en tercer lugar, cabe consignar que para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, **la existencia una firma electrónica**. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley N° 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico (STC 2153,2246 y 2379);

DÉCIMO TERCERO: Que, finalmente, al igual que se afirmare en sentencias previas, cabe advertir que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución. **El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control.** Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, de las atribuciones de la Cámara de Diputados, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la

Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.

Además, cabe agregar que 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.

En este sentido, los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial “*promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país*” (artículo 3° de la Ley N° 18.575), lo cual debe llevar a cabo “*con pleno respeto a los derechos y garantías*” que la Constitución establece (artículo 1° de la Constitución Política de la República). En este sentido, éstos deben actuar con publicidad, pero ésta no es la única finalidad de la Administración. Para la labor que se le encarga, la Administración debe observar una serie de principios. Entre éstos están la publicidad, la participación, pero también la eficiencia, la eficacia de su actuación. La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe “*crear las condiciones sociales*” que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar;

DÉCIMO SEXTO: Que, consideramos que existen dos razones para acoger dicho planteamiento. La primera, es que los correos son, efectivamente, una comunicación privada. Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de

que sólo él o ellos la reciban. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. **Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público.** En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC 2246/2012, 2153/2013).

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC 2246/2012, 2153/2013);

DÉCIMO SÉPTIMO: Que los **correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados”** que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir

encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC 2246/2012, 2153/2013);

DÉCIMO OCTAVO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

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

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (*“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”*) así lo exige.

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

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

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

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

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

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

publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°;

B) La aplicación de los preceptos reprochados excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución

VIGÉSIMO QUINTO: Que, dicha alegación – como lo fuere también recientemente en STC Roles N° 4669 (C. 8°) y N° 4986 (C. 8° y 9°) - ha de ser descartada por esta Magistratura, toda vez que los conceptos a que alude el Consejo para la Transparencia para fundarla (“decisiones públicas”, “acto administrativo”, “procedimiento”), no se vinculan con el inciso 2° del artículo 5°, de la Ley N° 20.285, sino que con el inciso primero de dicho precepto, que refiere a 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”. Tampoco, con la otra norma impugnada.

De modo que en realidad, las alegaciones referidas engarzan con el artículo 5°, inciso primero, que no ha sido impugnado en autos, y que por consiguiente, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Magistratura.

Aquellos conceptos, entonces, pertenecen al ámbito de aplicación de otro precepto de la Ley N° 20.285, que no ha sido impugnado, formando entonces del conjunto de disposiciones que el Tribunal del fondo podría considerar al resolver la reclamación que constituye la gestión pendiente de autos, debiendo entonces abstenerse este Tribunal de manifestar un pronunciamiento – aun oblicuo- a su respecto, velando con ello el respeto de los límites funcionales de esta Magistratura y de la judicatura encargada de conocer el recurso en la gestión sub lite pendiente;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en contraste a lo que fluye del marco legal compuesto por las dos normas impugnadas, esta Magistratura ha entendido “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 5º, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36º; STC Rol N° 3111, C. 32º; STC Rol N° 3974, c. 21º; STC Rol N° 4986, c. 23º);

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, tal como se ha considerado en ocasiones anteriores – entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/15, 3111/16 y 3974/18, la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia 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)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 37º; STC Rol N° 3111, c. 33º; STC Rol N° 3974, c. 22º; STC Rol N° 4986, c. 24º);

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, además - y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura - si el artículo 8º constitucional 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”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8º de la Constitución comienza señalando: “son públicos” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38º; STC Rol 3111N° 34º; STC Rol N° 3974, 23º; STC Rol N° 4986, c. 25º);

PREVENCIONES

No hubo prevenciones en el caso.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los ministros Gonzalo García Pino, Domingo hernández Emparanza, Nelson Pozo Silva y señora María Pía Silva Gallinato.

Rol	6136-19-INA
Fecha de dictación	21 de noviembre de 2019
Norma(s) impugnadas	Artículo 5°, inciso segundo; Artículo 10°, inciso segundo
Infracción constitucional invocada	Artículo 8°; Artículo 6° y 7°; Artículo 5°, inciso segundo; Artículo 19 N° 5, en relación con el artículo 19 N° 4 y 26; Artículo 19 N° 2 y N° 3
Asunto (?)	Correo electrónico enviado por alto cargo del servicio, referido a sumario
Decisión del Tribunal	Acoge
Requirente	Servicio de Impuestos Internos

I. INTEGRANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Presidente	María Luisa Brahm Barril (redacta)
Ministros	1.- Iván Aróstica Maldonado; 2.- Gonzalo García Pino; 3.- Domingo Hernández Emparanza; 4.- Juan José Romero Guzmán; 5.- Cristián Letelier Aguilar; 6.- Nelson Pozo Silva; 7.- José Ignacio Vásquez Márquez; 8.- María Pía Silva Gallinato; 9.- Miguel Ángel Fernández González

I.

LOS HECHOS
Don Iván Espinoza Mora solicitó al Servicio de Impuestos Internos copia del correo electrónico enviado por la Subdirectora de Avaluaciones a los Jefes de Departamentos de tal subdirección, referido al sumario instruido con motivo de

acosos en la persona de doña Silvia Espinoza Mora y que la Contraloría General de la República ordenó reabrir.

II. FUNDAMENTOS

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

La forma en que se han aplicado decisivamente los artículos impugnados de la Ley N° 20.285, en orden a dar publicidad a los correos electrónicos institucionales, vulnera:

1°: El artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, en cuanto los preceptos reprochados contrarían y exceden el contenido normativo de este precepto constitucional, que hace públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos; pero sin que la publicidad pueda extenderse a toda información que obre en poder de la Administración, desde que – conforme ha sentenciado este Tribunal Constitucional- el derecho a la información pública no es de carácter absoluto, autorizando la misma disposición constitucional su secreto o reserva en los casos que indica, y en circunstancias que los correos electrónicos institucionales no son actos administrativos ni fundamento directo de los mismos, revistiendo el carácter de mero medio de comunicación, personal y privado para su emisor y receptor.

2°: Se ven conculcados los artículos 6° y 7° de la Constitución, desde que el CPLT es un órgano de la Administración del Estado que está vulnerando el principio de legalidad, al arrogarse funciones más allá de la ley.

3°: Se vulneran derechos fundamentales del SII. Invocando el artículo 5°, inciso segundo, y el artículo 19 N° 5, en relación con el artículo 19 N°s 4 y 26 de la Constitución, se infringen el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, así como la protección de la vida privada de las personas, garantías constitucionales que amparan la privacidad de los correos electrónicos de los funcionarios públicos que, como se dijo, no son actos administrativos ni fundamento de ellos, sino comunicaciones privadas que, desde que el Estado las

publicita, se desconoce en su esencia el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Además se infringen los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución. Se afecta el debido proceso, desde que la Ley de Transparencia no contempla casos ni procedimientos para registrar y publicitar correos electrónicos, de modo que el CPLT ha obrado sin autorización ni procedimiento legalmente establecido, afectando asimismo el principio de igualdad, al no existir parámetros legales expresos, razonables ni justificados que amparen su actuar en la especie.

OBSERVACIONES DEL CPLT

La aplicación de los preceptos cuestionados en la gestión judicial no vulnera la Constitución.

Los correos electrónicos referidos no constituyen comunicación privada cuya titularidad y derechos correspondan únicamente a los funcionarios públicos que los suscriben, sino que forman parte de procedimientos administrativos seguidos por el SII y pueden ser fundamento de actos administrativos, ajustándose así su publicidad al artículo 8° de la Constitución; al tiempo que el actuar del Consejo se ajusta igualmente al principio de legalidad de los artículos 6° y 7° constitucionales, y se conforma con las atribuciones que al CPLT le confiere la misma Ley de Transparencia; sin que en estos casos concurren tampoco las causales de reserva o secreto que autoriza el artículo 8° de la Carta Fundamental.

Tampoco se afectan los derechos invocados por el SII. Desde luego, porque el contenido de los correos concernidos en la especie, no dice relación ni afecta la vida privada ni la intimidad del funcionario público emisor y receptor, ni de terceros, sino que se trata de un soporte para el envío de antecedentes vinculados directamente con el ejercicio de su función pública, y que inciden en un procedimiento administrativo, formando parte de un expediente administrativo, y constituyen antecedentes que pueden ser fundantes de actos o resoluciones del mismo Servicio.

Tampoco puede estimarse afectada la igualdad ante la ley ni el debido proceso, desde que la Ley de Transparencia regula en detalle el procedimiento de amparo, y la posibilidad de oposición y prueba por el afectado o terceros, así como la reclamación judicial vía reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones competente, todo lo cual

operó en estos casos; y desde que la normativa legal es aplicable por igual para todos los funcionarios públicos.

Esta Magistratura Constitucional ha reconocido a nivel constitucional el derecho de acceso a la información pública, como implícitamente reconocido por el artículo 19 N° 12 de la Constitución, salvo excepción expresa por ley de quorum calificado, que no concurre en este caso, en que la función pública y el interés público determinan igualmente la sujeción de los funcionarios públicos al principio de transparencia, dentro del marco de sus funciones.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- I. El contexto fáctico y la impugnación deducida en autos**
- II. Dos cuestiones previas**
- III. Esta magistratura ha conocido previamente de casos semejantes. Criterios pertinentes que emanan de las sentencias previas**
- IV. Motivos por los cuales el requerimiento deducido será acogido**
- V.**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

III. Esta magistratura ha conocido previamente casos semejantes. Criterios pertinentes que emanan de las sentencias previas

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

DÉCIMO PRIMERO: Que, por otra, este Tribunal dictó la **STC Rol N° 2246** (31.01.2013) relativa a correos electrónicos de un Ministro de Estado sobre anteproyecto de ley, donde reiteró la doctrina emanada del fallo anterior, y agregó que los Ministros de Estado tienen, en materia de anteproyectos de ley, un privilegio deliberativo reforzado. Finalmente, dictó la **STC Rol N° 2379** (29.01.2014), relativo a Correos del Subsecretario del Interior, relativos a la calificación de exonerados políticos de 1742 personas, tras haberse efectuado una denuncia pública de irregularidades en ello por su parte. En esta sentencia, se refrendó la doctrina emanada de los pronunciamientos previos, ya aludidos;

DÉCIMO TERCERO: Que, en primer lugar, es preciso asentar, tal como se hiciera en las STC Roles N° 2153, 2246 y 2379, que la Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando

que la Constitución asegura “*a todas las personas*” ciertos derechos. **En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.**

(...) Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC Rol N° 1990) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC Rol N° 640) y en relación a los correos electrónicos en particular (STC Roles N° 2153, 2246 y 2379);

DÉCIMO CUARTO: Que, en segundo lugar, es menester refrendar que 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 Roles 1990, 2153, 2246, 2379, entre otras);

DÉCIMO QUINTO: Que, en tercer lugar, cabe consignar que para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia una firma electrónica. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley N° 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico (STC 2153,2246 y 2379);

DÉCIMO SEXTO: Que, finalmente, al igual que se afirmare en sentencias previas, cabe advertir que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos

administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, de las atribuciones de la Cámara de Diputados, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.

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

La transparencia es un bien de primera importancia para la Constitución. Sin embargo, no es el único, pues la Administración debe *“crear las condiciones sociales”* que permitan que las personas puedan realizarse espiritual y materialmente (artículo 1° de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar;

a) La aplicación de los preceptos impugnados vulnera el artículo 19, número 5, de la Constitución.

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

Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, son aquellas en que el emisor singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban. El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público. En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC 2246/2012, 2153/2013).

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC 2246/2012, 2153/2013);

VIGÉSIMO: Que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “*comunicaciones y documentos privados*” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no

por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC 2246/2012, 2153/2013);

VIGÉSIMO PRIMERO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

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

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (*“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas*

en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige.

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

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

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

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

La Ley N° 20.285 no constituye uno de los “casos y formas determinados por la ley” que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas. Así se razonó, entre otras, en las STC Roles N° 2246/2012 y 2153/2013;

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

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

En tercer lugar, el legislador, de manera paciente, coherente y consistentemente, ha ido diseñando un sistema para levantar la inviolabilidad a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución. La invocación del artículo 8° de la Constitución no nos parece un argumento suficiente para retroceder en ese diseño, pues la publicidad que establece tiene como límites los derechos de las personas, entre los cuales se encuentra el artículo 19 N° 5°;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en relación a lo anterior, no puede perderse de vista que conforme a la jurisprudencia de esta Magistratura (STC Roles N° 226, considerando 47°; N° 280, considerando 29 y 1365, considerando 23°, entre otras), la limitación de un derecho fundamental no puede ser tolerada si no está rodeada de suficiente determinación y especificidad como para garantizar una protección adecuada a la esencia del derecho y a su libre ejercicio, en la especie, el del N° 5, del artículo 19, de la Constitución. La aplicación de los preceptos reprochados no satisface lo anterior;

B) La aplicación de los preceptos reprochados excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, antes de entrar al examen de esta segunda infracción constitucional, cabe referirse a un argumento que – en este caso – ha esgrimido el Consejo para la Transparencia, para efectos de que el requerimiento de autos sea desestimado. Sostiene, en síntesis, que la aplicación de los preceptos reprochados no contravendría el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, toda vez

que los correos solicitados habrían formado parte del procedimiento seguido por el Servicio de Impuestos Internos. Señalando, precisamente, que “en el caso sub lite, los correos electrónicos requeridos, cuya entrega dispone la decisión de amparo C745-18, fueron un antecedente más que conforma parte del procedimiento administrativo seguido para tomar la decisión de no renovar la contratación a la ex funcionaria del SII, que a la sazón, es la solicitante de la información” (fojas 547). Agrega que “se debe dejar establecido que el correo requerido fue enviado por la funcionaria María Alicia Muñoz, actual Subdirectora de Avaluaciones a los Jefes de Departamento de dicha Subdirección, conforme a lo indicado por el solicitante, en dicha comunicación electrónica les indicaría directrices referentes al sobreseimiento del sumario. Por lo tanto, el señalado correo electrónico se generó en el ejercicio de funciones públicas, a propósito de una investigación administrativa en la que se indaga responsabilidades funcionarias por actos o conductas de acoso laboral, por lo que dice relación con el ejercicio de una función pública, habiendo sido enviados y recibidos en casillas institucionales, proporcionadas por el Estado, con el objeto de facilitarles el cumplimiento de sus tareas y obran en poder de un órgano de la Administración del Estado, esto es, del SII” (fojas 256);

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, dicha alegación – como lo fuere también recientemente en STC Roles N° 4669 (C. 8°) y N° 4986 (C. 8° y 9°) - ha de ser descartada por esta Magistratura, toda vez que los conceptos a que alude el Consejo para la Transparencia para fundarla (“decisiones públicas”, “acto administrativo”, “procedimiento”), no se vinculan con el inciso 2° del artículo 5°, de la Ley N° 20.285, sino que con el inciso primero de dicho precepto, que refiere a 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”. Tampoco, con la otra norma impugnada.

De modo que en realidad, las alegaciones referidas engarzan con el artículo 5º, inciso primero, que no ha sido impugnado en autos, y que por consiguiente, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Magistratura.

Aquellos conceptos, entonces, pertenecen al ámbito de aplicación de otro precepto de la Ley N° 20.285, que no ha sido impugnado, formando entonces del conjunto de disposiciones que el Tribunal del fondo podría considerar al resolver la reclamación que constituye la gestión pendiente de autos, debiendo entonces abstenerse este Tribunal de manifestar un pronunciamiento – aun oblicuo- a su respecto, velando con ello el respeto de los límites funcionales de esta Magistratura y de la judicatura encargada de conocer el recurso en la gestión sub lite pendiente;

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, al respecto, cabe consignar que se ha sostenido en varios pronunciamientos de esta Magistratura – entre otras las STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013 - la Ley de Transparencia introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC Rol N° 1990/2012), no la usa la Constitución.

Aquello contrasta – nítidamente - con lo preceptuado por la Ley N° 20.285, por la que se aprueba la Ley de Transparencia, cuya tendencia es utilizar la expresión “información” 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).

Así por lo demás, ha sido reiterado en sentencias recientes (STC Rol N° 2907, c. 34º; STC Rol N° 3111, c. 30º; STC Rol N° 3974, c. 18º; STC Rol N° 4986, c. 20º, entre otras);

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, por su parte, los preceptos impugnados que pertenecen a la Ley N° 20.285 constituyen un reflejo de esta tendencia plasmada en dicha Ley. Así, tanto el artículo 5º, inciso 2º, como el artículo 10, inciso 2º, obligan a entregar “la *información* elaborada con presupuesto público” y también “toda otra *información* que obre en poder de los órganos de la Administración”;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, de lo señalado anteriormente fluye nítidamente que los preceptos impugnados amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, “porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, 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” (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 20°; STC Rol N° 4986, c. 22°);

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en contraste a lo que fluye del marco legal compuesto por las dos normas impugnadas, esta Magistratura ha entendido “que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36°; STC Rol N° 3111, C. 32°; STC Rol N° 3974, c. 21°; STC Rol N° 4986, c. 23°);

n comienz**TRIGÉSIMO QUINTO:** Que, tal como se ha considerado en ocasiones anteriores – entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/15, 3111/16 y 3974/18, la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia 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)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 3111, c. 33°; STC Rol N° 3974, c. 22°; STC Rol N° 4986, c. 24°);

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, además - y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura - si el artículo 8° constitucional 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”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente 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 señalando: “son públicos” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol 3111N° 34°; STC Rol N° 3974, 23°; STC Rol N° 4986, c. 25°);

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, habiendo recibido aplicación aquellas disposiciones que – como se ha dicho – amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, es necesario conjurar el riesgo de que en virtud de ellas, se pueda considerar como pública información que no lo es conforme al precepto constitucional, estableciendo las normas impugnadas un marco regulatorio paralelo al constitucionalmente establecido, trastocando así los precisos límites que el constituyente ha previsto al efecto;

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, el artículo 5° inciso segundo de la ley N° 20.285, excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución, y así se declarará;

PREVENCIONES
No hay
DISIDENCIA
Acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Nelson Pozo Silva y señora María Pía Silva Gallinato, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento, conforme a las siguientes argumentaciones:

Rol	7068-19-INA
Fecha dictación	23 de abril de 2020
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5º, inciso segundo; Artículo 10º, inciso segundo.
Infracción constitucional invocada	Artículo 8; Artículo 19 N° 4 y 5.
Asunto	Correos electrónicos institucionales enviados por la Jefa de Gabinete de la ex Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet Jeria, relativos al cierre del penal Punta Peuco, Caso Caval y renuncia de Sebastián Dávalos
Decisión del tribunal	acoge
Requirente	Consejo de Defensa del Estado

Presidente	María Luisa Brahm Barril
Ministros	Iván Aróstica Maldonado; 2.- Gonzalo García Pino (previene); 3.- Cristián Letelier Aguilar; 4.- José Ignacio Vásquez Márquez; 5.- María Pía Silva Gallinato (previene); 6.- Miguel Ángel Fernández González; 7.- Armando Jaramillo Lira (suplente)

LOS HECHOS

Con fecha 20 de septiembre de 2018, don Javier Morales Valdés solicitó, por vía electrónica, a la Presidencia de la República la entrega de correos electrónicos emanados desde la casilla institucional de doña Ana Lya Uriarte, relativos al cierre del Penal Punta Peuco, caso Caval y la renuncia de Sebastián Dávalos, mientras se desempeñó como Jefa de Gabinete de la ex Presidenta de la República, Sra. Michelle Bachelet Jeria.

Existiendo oposición por parte de la afectada, fue denegado el acceso a los correos, por lo cual Morales presentó un recurso de amparo ante el Consejo Para la Transparencia, que fue acogido.

Posteriormente, el requirente ha presentado reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, cuya resolución se encuentra actualmente pendiente.

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Infracción al artículo 8º de la Constitución. La información solicitada no se encuentra comprendida entre los supuestos de publicidad de actos de los órganos del Estado que contempla la Carta Fundamental. Sólo ciertos aspectos de las actuaciones de los órganos del Estado son públicos: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La información solicitada, en este caso, no está referida a un acto o resolución administrativa, en virtud de la cual se haya adoptado una decisión específica respecto de los temas a los que alude la información solicitada.

Agrega que la información solicitada se encuentra protegida por las causales de reserva que la Ley de Transparencia dispuso, por aplicación del mismo artículo 8 de la Constitución. Dicho artículo dispone que las causales de reserva o secreto de información pueden fundarse en la afectación del adecuado funcionamiento de los órganos del Estado, refiriéndose los correos sobre los cuales trata la discusión, a deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política.

ii. Infracción al artículo 19 N°s 4 y 5 de la Constitución. Los correos electrónicos constituyen “ comunicaciones y documentos privados”, y por lo tanto cuentan con protección constitucional, implicando la solicitud de acceso a ellos, en la gestión pendiente, una forma ilegal de interceptar comunicaciones privadas , que pugna directamente con nuestro ordenamiento.

OBSERVACIONES DEL CPLT

Los correos electrónicos ordenados entregar dicen relación con asuntos de interés público, pudiendo haber constituido fundamento de una actuación o decisión de la administración, de modo que la aplicación de los preceptos legales impugnados se ajusta a lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución, que señala que son públicos los fundamentos de los actos y los procedimientos que utilicen los órganos de la administración.

La aplicación de los preceptos cuestionados no transgrede el derecho a la vida privada, ni la inviolabilidad de las comunicaciones privadas por cuanto se trata de correos que fueron enviados por doña Ana Lya Uriarte en el ejercicio de funciones públicas a propósito de casos atinentes a materias de interés público que le correspondió conocer a la Presidencia de la República.

No hay, tampoco, una infracción a la garantía del debido proceso, esto debido a que la ley de transparencia contempla un procedimiento específico para acceder a la información que obra en poder de los órganos de la administración del Estado, que cumple con la garantía de justo y racional procedimiento.

Finalmente, señala que el Consejo para la Transparencia ha actuado dentro de las facultades y competencias entregadas por el legislador, resultando natural que los funcionarios públicos tienen una esfera más reducida de la vida privada.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

I. EL CONTEXTO FÁCTICO Y LA IMPUGNACIÓN DEDUCIDA EN AUTOS.

II. ESTA MAGISTRATURA HA CONOCIDO PREVIAMENTE DE CASOS SEMEJANTES. CRITERIOS PERTINENTES QUE EMANAN DE LAS SENTENCIAS PREVIAS.

III. MOTIVOS POR LOS CUALES EL REQUERIMIENTO DEDUCISO SERÁ ACOGIDO

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

II.- esta magistratura ha conocido previamente de casos semejantes. Criterios pertinentes que emanan de las sentencias previas.

Que este Tribunal tiene cinco sentencias específicas en la materia. En primer lugar, la STC 2153/2012, relativa a los correos del Subsecretario del Interior con la Gobernación Provincial de Melipilla, relativos a los gastos para la reconstrucción derivada del terremoto del 27 de febrero de 2010. Ahí sostuvo argumentos que importan a efectos de resolver el presente caso. Por de pronto, que los correos electrónicos eran comunicaciones privadas protegidas por el artículo 19 N° 5 de la Constitución. También, que dichas comunicaciones estaban protegidas por el privilegio deliberativo. Enseguida, que el inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, excedía lo establecido en el artículo 8° de la Constitución, porque obligaba a revelar más de lo que dicho precepto disponía.

DÉCIMO: Que, en primer lugar, es preciso asentar, tal como se hiciera en las STC Roles N° 2153, 2246 y 2379, que la Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.

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

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en huelga (artículo 19 N° 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos “esencialmente obedientes y no deliberantes” (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC Rol N° 1990) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC Rol N° 640) y en relación a los correos electrónicos en particular (STC Roles N° 2153, 2246 y 2379).

DÉCIMO PRIMERO: Que, en segundo lugar, es menester refrendar que, 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 Roles 1990, 2153, 2246, 2379, entre otras).

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en tercer lugar, cabe consignar 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 una firma electrónica.

Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7° y siguientes, Ley N° 19.799). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha

exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas: el que se lleva en papel y el electrónico (STC 2153,2246 y 2379).

DÉCIMO TERCERO: Que, finalmente, cabe refrendar lo afirmado en sentencias previas, en orden a que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución.

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

Además, cabe agregar que 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.

En este sentido, los órganos de la Administración del Estado tienen como labor primordial “promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua o permanente y fomentando el desarrollo del país” (artículo 3° de la Ley N° 18.575), lo cual debe llevar a cabo “con pleno respeto a los derechos y garantías” que la Constitución establece (artículo 1° de la Constitución Política de la República). Así, 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 1º de la Constitución). Esa inmensa labor se debe facilitar.

A) La aplicación de los preceptos impugnados vulnera el artículo 19, número 5, de la Constitución.

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

Tal como lo ha dicho esta Magistratura, refiriéndose específicamente a los correos electrónicos, las comunicaciones privadas a que se refiere el artículo 19 N° 5 de la Constitución, **son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban.** El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de éste. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público. Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público. En este sentido, son comunicaciones no privadas las que se llevan a efecto por la radio o la televisión. Estas tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto. El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean éstos un órgano del Estado o un particular. Por lo tanto, es condición

esencial que se trate de comunicaciones que se lleven a cabo por canales cerrados. No es relevante el número de los destinatarios. Pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad (STC 2246/2012, 2153/2013).

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (STC 2246/2012, 2153/2013).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que los correos electrónicos se enmarcan perfectamente dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza el artículo 19 N° 5° de la Constitución. Estos son comunicaciones, que se transmiten por canales cerrados, no por canales abiertos, y tienen emisores y destinatarios acotados. Por lo mismo, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. En nada obsta a lo anterior el que no sea muy dificultoso interceptarlos o abrirlos. Nada más simple que abrir una carta. Pero desde hace doscientos años, nuestras constituciones han procurado precaver esa invasión. El correo no necesita ir encriptado o con técnicas de cifrado para recibir la protección del artículo 19 N° 5°. El amparo está dado por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado (STC 2246/2012, 2153/2013)

DÉCIMO OCTAVO: Que no cambia la naturaleza de comunicación privada, el que los correos emanen de funcionarios públicos. En primer lugar, porque, como ya se indicó, lo que se protege con esta garantía es la comunicación, no si el mensaje es público o privado, o si se hace por canales o aparatos financiados por el Estado. En segundo lugar, no hay ninguna norma ni en la Constitución ni en la ley que pueda interpretarse para dejarlos al margen de esta garantía. Si aceptáramos que las comunicaciones

de los funcionarios, por el hecho de ser tales, no están protegidas por el artículo 19 N° 5°, cualquiera podría interceptar, abrir o registrar esas comunicaciones. Eso sería peligroso para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación, dada la información que por ahí circula; y contrario al sentido común. En tercer lugar, nada cambia por el hecho de que el funcionario utilice un computador proporcionado por la repartición, una red que paga el Estado y una casilla que le asigna el organismo respectivo.

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

Enseguida, el Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. Una serie de bienes de la modernidad que se ponen a disposición de los funcionarios no pueden ser interpretados con los criterios de antaño, definidos para otros bienes. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad. El cumplimiento de la finalidad de la Administración (“promover el bien común, atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país”) así lo exige. Además, hay que considerar que cabe un uso legítimo de mensajes personales ineludibles.

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

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

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

La Ley N° 20.285 no constituye uno de los “casos y formas determinados por la ley” que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas. Así se razonó, entre otras, en las STC Roles N° 2246/2012 y 2153/2013.

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

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

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

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

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en relación a lo anterior, no puede perderse de vista que conforme a la jurisprudencia de esta Magistratura (STC Roles N° 226, considerando 47°; N° 280, considerando 29 y 1365, considerando 23°, entre otras), la limitación de un derecho fundamental no puede ser tolerada si no está rodeada de suficiente determinación y especificidad como para garantizar una protección adecuada a la esencia del derecho y a su libre ejercicio, en la especie, el del N° 5, del artículo 19, de la Constitución. La aplicación de los preceptos reprochados no satisface lo anterior.

B) La aplicación de los preceptos reprochados excede o contraviene el artículo 8° de la Constitución.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, antes de entrar al examen de esta segunda infracción constitucional, cabe referirse a un argumento que – en este caso – ha esgrimido el Consejo para la Transparencia, para efectos de que el requerimiento de autos sea desestimado. Sostiene, en síntesis, que la aplicación de los preceptos reprochados no contravendría el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución. Lo anterior, pues los **correos ordenados entregar dicen relación con materias o asuntos de interés público**, “pudiendo haber constituido el fundamento de una actuación o decisión de la administración, de modo que la aplicación de los preceptos legales impugnados se ajusta a lo dispuesto en el Art. 8° inciso 2° de la Constitución Política, que preceptúa que también son públicos los fundamentos de los actos y los procedimientos que utilicen los órganos de la administración”.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, dicha alegación – como lo fuere también recientemente entre otras en STC Roles N° 4669 (C. 8°), N° 4986 (C. 8° y 9°), 5841 y 6136 (C. 25°) - ha de ser descartada por esta Magistratura, toda vez que los conceptos a que alude el Consejo para la Transparencia para fundarla (“decisiones públicas”, “acto administrativo”, “fundamento”), no se vinculan con el inciso 2° del artículo 5°, de la Ley N° 20.285, sino que con el inciso primero de dicho precepto, que refiere a 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”. Tampoco, con la otra norma impugnada.

De modo que, en realidad, las alegaciones referidas engarzan con el artículo 5°, inciso primero, que no ha sido impugnado en autos y que, por consiguiente, no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de esta Magistratura.

Aquellos conceptos, entonces, pertenecen al ámbito de aplicación de otro precepto de la Ley N° 20.285, que no ha sido impugnado, formando entonces del conjunto de disposiciones que el Tribunal del fondo podría considerar al resolver la reclamación que constituye la gestión pendiente de autos, debiendo entonces abstenerse este Tribunal de manifestar un pronunciamiento – aun oblicuo- a su respecto, velando con ello el respeto de los límites funcionales de esta Magistratura y de la judicatura encargada de conocer el recurso en la gestión sub lite pendiente.

VIGÉSIMO SEXTO: Que, luego de precisado lo anterior, es menester señalar que, al fundar este reproche, la requirente postula que “la información cuya entrega se exige en el caso de marras (correspondencia electrónica) no se encuentra comprendida en parte alguna de la norma constitucional. En efecto, la información solicitada fue requerida con tal grado de generalidad y abstracción que no es posible identificar un acto o resolución administrativo específico al que se refiera. Por el contrario, establece correos electrónicos referidos a ciertos temas, respecto de los

cuales solicita acceso. Los correos electrónicos no son actos administrativos, no son resoluciones ni contienen fundamentos de éstos ni aquellos. De aceptarse la tesis contraria, ello nos conduciría a asumir como objeto de transparencia y publicidad toda interacción entre funcionarios, lo que implicaría no sólo una grave afectación del derecho a la privacidad, sino que además una obstaculización en el desarrollo de las tareas que ejercen los órganos”.

TRIGÉSIMO: Que, de lo señalado anteriormente fluye nítidamente que los preceptos impugnados amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, “porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, 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” (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 3974, c. 20°; STC Rol N° 4986, c. 22).

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en contraste a lo que fluye del marco legal compuesto por las dos normas impugnadas, esta Magistratura ha entendido “que el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por eso habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: “sus fundamentos” y “los procedimientos que utilicen”. Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones. En cambio, “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, no necesariamente tiene que ver con eso” (STC Rol N° 2907, c. 36°; STC Rol N° 3111, C. 32°; STC Rol N° 3974, c. 21°; STC Rol N° 4986, c. 23°).

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que, tal como se ha considerado en ocasiones anteriores – entre otras las STC Roles N° 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013, 2907/15, 3111/16, 3974/18, 5841/19 y 6136/19 - la pregunta pertinente estriba en determinar “si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia 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)” (Entre otras, STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 3111, c. 33°; STC Rol N° 3974, c. 22°; STC Rol N° 4986, c. 24°).

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, además - y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura - si el artículo 8° constitucional 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”. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente 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” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38°; STC Rol 3111N° 34°; STC Rol N° 3974, 23°; STC Rol N° 4986, c. 25°).

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, habiendo recibido aplicación aquellas disposiciones que – como se ha dicho – amplían el objeto del acceso a la información vía Ley de Transparencia, es necesario conjurar el riesgo de que en virtud de ellas, se pueda considerar como pública información que no lo es conforme al precepto constitucional, estableciendo las normas impugnadas un marco regulatorio paralelo al constitucionalmente

establecido, trastocando así los precisos límites que el constituyente ha previsto al efecto.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, en consecuencia, el artículo 5º inciso segundo de la ley N° 20.285, excede o contraviene el artículo 8º de la Constitución, y así se declarará.

PREVENCIONES

No hubo prevenciones en el caso.

DISIDENCIA

acordada con el voto en contra del ministro señor GONZALO GARCÍA PINO y de la ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO.

ROL	13053-22-INA
Fecha dictación	11 de Mayo de 2023
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5°, inciso segundo, artículo 10, inciso segundo, y artículo 11, letra B) y C) Ley 20.285
Infracción constitucional invocada	Artículos 5, 8, 19 N°4 y N°5
Asunto	Solicitud de información efectuada por ENAP Refinerías S.A. a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) respecto a ciertas copias de algunos documentos e informes, copias de resoluciones o comunicaciones internas de la SMA y algunas diligencias decretadas por el Superintendente del Medio Ambiente.

Decisión del tribunal	Rechaza
Requirente	Superintendencia del Medio Ambiente.

II.

Presidente	Nancy Yañez Fuenzalida
Ministros	1.- Cristián Letelier Aguilar; 2.- Natalia Muñoz Chiu (suplente); 3.- Daniela Marzi Muñoz; 4.- Manuel Nuñez Poblete; 5.- Rodrigo Pica Flores; 6.- José Ignacio Vásquez Márquez; 7-

	María Pía Silva Gallinato; 8.- Miguel Ángel Fernández González
--	--

LOS HECHOS

Con fecha 15 de octubre de 2020, ENAP Refinerías S.A. (“Enap”) solicitó a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) a través de una solicitud de acceso a la información, regulada por la Ley N° 20.285, respecto a ciertos documentos técnicos.

La Superintendencia del Medio Ambiente respondió a dicho requerimiento de información mediante oficio Ord. N° 3096 SMA, de fecha 11 de noviembre de 2020, accediendo parcialmente a lo solicitado.

Luego, el 3 de diciembre de 2020, ENAP Refinerías S.A. dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente en cuanto habría recibido una respuesta incompleta a su solicitud de información, pese a tratarse, sostuvo, de antecedentes de naturaleza pública, en cuanto ha sido generada y servido de fundamento para la adopción de un acto administrativo dictado en el marco de un procedimiento sancionatorio seguido por el órgano requerido en su contra.

III.

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Afirma que la aplicación de los preceptos impugnados en la gestión pendiente infringiría diversos derechos y garantías consagrados en la CPR, en tanto que i) subvertirían los límites constitucionales entre lo público y lo privado (artículo 8);

ii) forzarían la publicación de documentos que se encuentran dentro de la esfera privada (artículo 19 N°4 y N°5); y iii) vulnerarían la propiedad del DICTUC y el CITUC sobre los pre informes y borradores en relación con los informes contratados con la SMA.

Los preceptos impugnados desafían la decisión del constituyente, ordenando una publicidad prácticamente ilimitada y general, expandiendo abusivamente la esfera de lo público, desafiando la Constitución y creando un verdadero sistema paralelo de publicidad.

Así, en la gestión pendiente, se “publican” abusivamente antecedentes que son privados y que no han servido para fundamentar decisión de autoridad pública alguna. En efecto, los preceptos impugnados han condicionado la decisión del CPT en cuanto ha considerado a los borradores y pre informes elaborados por consultores, así como los correos electrónicos de los funcionarios de la SMA, dentro de la esfera de lo público, en circunstancias que una mirada atenta de sus elementos y características permite concluir inmediatamente que no caben dentro del ámbito constitucional de lo público.

Además, se genera infracción del derecho a la privacidad protegido en el artículo 19 N°s 4 y 5 de la CPR, ya que los antecedentes que se intenta “publicar” son documentos privados que las partes, legítimamente, no quieren revelar, y así lo han manifestado en forma inequívoca durante la gestión pendiente, ante la Corte de Apelaciones, y ante el CPLT, afectando a la requirente en su derecho a la privacidad y reserva, en perjuicio directo de los derechos de la SMA y sus funcionarios, y en particular, de su derecho a la privacidad.

Denuncia, por último, interferencias con el derecho de dominio deben ser exigentemente justificadas, dado el reforzado estándar de resguardo reconocido a este derecho en la CPR. En el caso, tanto el DICTUC como el CITUC son propietarios del primer grupo de antecedentes cuya entrega fue ordenada por la decisión del CPLT.

OBSERVACIONES DEL CPLT

El derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental implícitamente reconocido en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política, incorporado al ordenamiento jurídico, a través del inciso segundo del art. 5° de la Carta Fundamental, formando parte del bloque constitucional de derechos, por estar consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes. El derecho de acceso a la información se encuentra incorporado en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental, que reenvía el ordenamiento constitucional a su complementariedad con el artículo 13 de la CADH y art. 19 N° 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

La aplicación de las normas cuestionadas de la Ley de Transparencia no contraviene en este caso concreto el art. 8°, inciso segundo, de la Constitución, que consagra un “Principio” de Publicidad”. La Carta Fundamental no establece que solo los actos administrativos formales o terminales sean objeto del derecho de acceso a la información, ni que únicamente los procedimientos administrativos formales, sean susceptibles de derecho de acceso a la información, pues no establece un catálogo taxativo de información pública, sino que utiliza las expresiones actos, resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen los órganos del Estado, sin reconducirlos expresamente a los actos y resoluciones o procedimientos definidos en la Ley N° 19.880.

La Constitución Política estableció el piso y la Ley de Transparencia el techo, ya que no es posible exigir que sea la norma constitucional la que establezca exhaustivamente toda la regulación sobre publicidad y acceso a la información.

Además, la información ordenada entregar por el Consejo para la Transparencia, constituye un “fundamento” de un acto administrativo, hipótesis que se encuentra

dentro de la órbita del Principio de Publicidad consagrado en el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución.

Por lo demás, los arts. 3º, 4º, 5º inciso 1º, 10 inciso 1º, y 11 letras b) y d), todos de la ley de transparencia, no impugnadas, producen efectos equivalentes a los que la requirente pretende evitar, ya que en virtud de ellas de igual modo es posible fundar la entrega de la información respectiva.

Niega también que la aplicación de los preceptos legales impugnados transgreda el derecho a la vida privada, ni la inviolabilidad de las comunicaciones privadas consagrados en el art. 19 N°s 4 y 5 de la Carta Fundamental.

No es posible sostener que la revelación de los correos en controversia atente contra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas ni la vida privada de los emisores, por cuanto se trata de correos que fueron enviados por funcionarios de la SMA, en el ejercicio de sus funciones públicas vinculados con los informes antes señalados, informes que a su vez, son fundamentos de un acto administrativo (...).

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

IV. LA INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES COMO DERECHO FUNDAMENTAL

DÉCIMO SÉPTIMO: Al efecto cabe partir por recordar que la inviolabilidad de las comunicaciones es un derecho fundamental asegurado en el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental, cuyas características son necesarias de explicar con cierta

laxitud, 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 -siguiendo en esta materia especialmente lo expresado por los votos de minoría de las STC Roles N°s 2153, 2246, 2689, 5841, 6136 y 7068- 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 resulta fundamental coordinar este derecho con otros colindantes.

DÉCIMO OCTAVO: Los bienes jurídicos protegidos por la inviolabilidad de las comunicaciones son: la libertad y el secreto. Una comunicación privada se sostiene en esos dos bienes jurídicos. 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.

DÉCIMO NOVENO: En segundo lugar, resulta fundamental identificar el tipo de comunicación que se protege. 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 personal privada directa o 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, intuitu 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.

DÉCIMO NOVENO: 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.

VIGÉSIMO: 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 lo 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.”.

VIGÉSIMO PRIMERO: 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: 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.

VIGÉSIMO SEGUNDO: 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 públicos 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?

VIGÉSIMO TERCERO: Hay que precisar qué es lo constitucionalmente protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones. **Lo resguardado 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 para 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.**

VIGÉSIMO CUARTO: 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 da 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, 22a Edición). La primera definición no es aplicable, puesto que corresponde al cacheo personal o a la indagación sobre una cosa. Las otras se 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.

VIGÉSIMO QUINTO: 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 (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.

VIGÉSIMO SEXTO: Los derechos no se entienden aisladamente, sino que en un contexto constitucional complejo, lo cual 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 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.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Si lo protegido es la comunicación mientras ésta se desarrolla, su garantía se perfecciona hasta el mismo momento en que ella 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.

VIGÉSIMO OCTAVO: 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 otra la dimensión constitucional del secreto que se debe diferenciar(...).

TRIGÉSIMO: 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

Entonces, si bien existe libertad para comunicarse entre funcionarios públicos, la naturaleza del secreto resultante se desplaza hacia la dimensión institucional del artículo 8° de la Carta y no puede asimilarse a una conversación simple entre privados. Así, la comunicación privada protegida entre privados es un derecho subjetivo, mientras que la comunicación entre funcionarios públicos está protegida por la dimensión objetiva del derecho de inviolabilidad que se manifiesta en un conjunto de reglas que amparan el actuar del Estado del cual son integrantes esos funcionarios públicos. Es que existe un fundamento constitucional para defender la etapa previa de una decisión pública sin recurrir a la retórica de los derechos ya que ello constituye la dimensión constitucional del **privilegio deliberativo**. Sin embargo, “no es razonable sostener que las comunicaciones son privadas, secretas e inviolables para posteriormente protegerlas por la decisión pública que entrañan (...) 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” (voto de minoría en STC Rol N° 2246, c. 34°).

PREVENCIONES

Prevención por parte del Ministro señor Rodrigo Pica Flores.

DISIDENCIA

acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

La siguiente sentencia no se refiere al artículo 19 N° 4 o 5 de la CPR, pero consideramos relevante incorporar esta ficha ya que trata sobre el artículo 8°.

Rol	12612-21-INA
Fecha dictación	4 de agosto de 2022
Norma(s) impugnada(s)	Artículo 5°, inciso segundo, artículo 10, inciso segundo Ley 20.285 y artículo 31 BIS de la ley 19.300
Infracción constitucional invocada	Artículo 8°
Asunto	Solicitud de información efectuada por OCEANA INC a SERNAPESCA respecto a “ la cantidad y tipo de producto utilizado en tratamientos antiparasitarios por cada cente de cultivo”, junto con su producción anual entre los años 2015 a 2019.

Decisión del tribunal	Rechaza
Requirente	Mowi Chile S.A. y Salmones Tecmar S.A.

III.

Presidente	Nancy Yañez Fuenzalida
Ministros	1.- Cristián Letelier Aguilar; 2.- Nelson Pozo Silva; 3.- Daniela Marzi Muñoz; 4.- Juan José Romero Guzmán; 5.- Manuel Nuñez Poblete (suplente) ; 6.- José Ignacio Vásquez Márquez; 7- María Pía

	Silva Gallinato; 8.- Miguel Ángel Fernández González
--	--

LOS HECHOS

La causa se origina en una solicitud de información efectuada por Oceana Inc al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) relativa a *“a) cantidad y tipo de producto utilizado en tratamientos antiparasitarios por cada centro de cultivo; b) producción anual de los años 2015 a 2019”*.

SERNAPESCA denegó la solicitud invocando la causal del artículo 20 de la Ley de Transparencia, atendida la oposición deducida por las empresas dedicadas al cultivo de salmones, titulares de la información que fue requerida, entre ellas, la requirente de inaplicabilidad. Concretamente, las empresas argumentaron que dicha información forma parte de aspectos estratégicos de las mismas, por lo que su divulgación las pondría en riesgo desde un punto de vista competitivo y comercial.

Oceana dedujo amparo por denegación de información y el Consejo para la Transparencia, por resolución de 28 de julio de 2020, en el Amparo Rol C-8112-19, aplicando las normas impugnadas de inaplicabilidad, acogió el amparo y ordenó a SERNAPESCA la entrega de información solicitada por Oceana Inc., esto es: información relativa a la cantidad y tipo de productos utilizados en tratamientos antiparasitarios por cada centro de cultivo; junto con su producción anual, en los años 2015 a 2019.

IV.

ARGUMENTO(S) RECURRENTE

Se afirma que la aplicación de los artículos 5 y 10 cuestionados de la Ley de Transparencia, así como del artículo 31 bis de la sobre bases generales del medio ambiente, en cuanto hacen pública la información –ambiental- que obra en poder de la Administración del Estado, es decisiva para la resolución del reclamo de legalidad invocado como gestión judicial pendiente e importa en el caso concreto la infracción al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en cuanto contraría y excede su contenido normativo.

Se indica que las normas cuestionadas en abstracto pueden ser perfectamente constitucionales, pero que aplicadas en el caso concreto producirían un efecto tal que contraviene los límites del artículo 8° a constitucional, al compeler u obligar al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) a entregar información de las requirentes que no está cubierta por la publicidad prescrita en dicho precepto constitucional.

El artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, como se desprende de su historia fidedigna, fija un límite preciso a la publicidad que está constituido por actos y resoluciones de los órganos del Estado, fundamentos de estos o documentos que consten en un procedimiento. Este claro sentido y alcance del precepto constitucional pugna con el resultado que se obtendría de la aplicación de los preceptos impugnados a la resolución de la gestión pendiente, y que consistiría en concluir que toda información o antecedentes que obre en poder de la Administración es pública, y debe

ser entregada a quien lo solicite, en circunstancias que la información en el caso, referida a antecedentes que las empresas del sector deben proporcionar a la entidad encargada de su fiscalización, no se encuentra entre aquella información dispuesta por la Constitución como de carácter público.

(...) Así, se genera una contradicción entre el resultado de la aplicación de las normas impugnadas en la resolución del caso concreto y los límites fijados por la propia Constitución Política de la República a la publicidad de la información, y de los actos administrativos.

En este caso particular, la inconstitucionalidad consiste en que con la aplicación de las normas impugnadas se logra ampliar el abanico de antecedentes a los que se puede acceder vía Ley de Transparencia, puesto que no considera el límite fijado por nuestra Constitución a la publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado. Este límite, indican las requirentes, en el precepto constitucional contrariado, está acotado a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos que utilicen, como lo señala precisamente el artículo 8° de nuestro Código Político. Luego, las solicitudes de información vía transparencia no pueden extenderse a cualquier información o antecedente que obre en poder de la Administración. Dicho de otro modo, la inconstitucionalidad consiste en que en el caso concreto que motiva estos autos, se podrán aplicar las disposiciones legales que determinarán la entrega de antecedentes que en ningún caso constituyen actos administrativos ni documentos o información que sean complemento de ellos o que consten o formen parte del procedimiento seguido para su dictación.

Citan los requirentes jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que abona su argumentación de inconstitucionalidad por infracción al artículo 8°, inciso segundo, tales como las sentencias Roles N°s. 2907-15, 3111-16, 3974-17, 4986-18, 5950-19,

7425-19, 9264-20, 9486-20, 9907-20, 9971-20, 9972- 20, 10008-20, 10382-21, 10769-21 y 11352-21, entre otras, que se basan en antecedentes idénticos a los que dan lugar a la gestión pendiente de autos, a saber, información sanitaria que las empresas productoras de salmón deben entregar al SERNAPESCA, instando porque esta Magistratura siga los mismos criterios y acoja la inaplicabilidad impetrada.

OBSERVACIONES DEL CPLT

Afirman que la aplicación de los preceptos cuestionados de la Ley de Transparencia y de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, no generan la infracción al artículo 8° constitucional alegada.

Explica que este Tribunal Constitucional, ya en sus sentencias roles N°s 2870 y 2871, al igual como lo ha declarado la Corte Suprema (Recurso de Queja Rol N° 49.981-2016), han reconocido que el artículo 8° constitucional contempla un principio general de publicidad de la información en poder de los órganos del Estado, con las excepciones que señala la propia norma constitucional; al tiempo que su alcance e interpretación no puede ser de carácter restrictivo, salvo que se les desconozca su condición de principio.

Luego, la aplicación que se ha efectuado en el caso concreto de los incisos 2° de los artículos 5° y 10 de la 20.285, y artículo 31 bis de la ley N° 19.300, no contraviene el inciso 2° del artículo 8° de la Carta Fundamental, sino que desarrolla lícitamente el contenido del principio de publicidad.

Agrega el CPLT que la información concernida en el caso concreto sí corresponde a información que sirve de fundamento para la adopción de decisiones públicas por parte de SERNAPESCA, y forma parte de los procedimientos administrativos de fiscalización, y fundamento de los actos y resoluciones ventilados en dicho ámbito. Al efecto, el Consejo da varios ejemplos de actos y resoluciones generales y específicas del SERNAPESCA que se fundan en la información requerida; para concluir que la decisión de amparo del Consejo se ajusta plenamente al tenor del artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Además, se alude latamente a la función del SERNAPESCA y se cita el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, que dispone que el Estado está al servicio de la persona y debe respetar sus derechos y garantías, dentro de los cuales se encuentran desde luego, y conforme a los numerales 1º, 8º y 9º del artículo 19 de la Constitución, el derecho a la vida y a la integridad física; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza, y el derecho a la protección de la salud; al tiempo que del artículo 4º de la Constitución y su artículo 19 N° 12 se deriva el derecho de acceso a la información pública y a conocer cómo los órganos públicos fundan sus decisiones.

Finalmente, el Consejo para la Transparencia afirma que el impugnado artículo 31 bis de la Ley N° 19.300, no es decisivo en la resolución del asunto, ya que no ha sido invocado en el reclamo de ilegalidad pendiente, ni tampoco vulnera el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

INDICE FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL*

- VII. La impugnación**
- VIII. Cuestiones previas**
- IX. En cuanto al fondo.**
- X. Normas legales en cuestión.**
- XI. Comparación con el artículo 8º constitucional.**
- XII. Infracción al artículo 19 N°5 constitucional.**

CONSIDERANDOS PRINCIPALES DEL FALLO

SÉPTIMO: En esta oportunidad, tras cambios recientes de integración, esta Magistratura **modificará la línea jurisprudencial** -como lo hizo en las sentencias recientemente dictadas, Roles N° 11.736, 12.144, 12.145, 12.326 -, la cual, siempre en votación dividida, fue determinada por mayoría durante estos últimos tres años, para rechazar la presente acción, de acuerdo con los fundamentos que más adelante esta sentencia desarrollará.

Pues bien, en aras de los principios de transparencia y de motivación de las sentencias, resulta necesario dar razones para tal cambio jurisprudencial. Como las necesidades de certeza jurídica y de igualdad ante la ley y ante la Constitución hacen relevante que las líneas jurisprudenciales de este Tribunal gocen de un nivel de homogeneidad y consolidación que las haga reconocibles, cuestión que empalma con el derecho de todo justiciable a la igual protección por el sistema jurídico en el ejercicio de sus derechos (artículo 19, numeral 3°, inciso primero, de la Constitución vigente), no puede obviarse entonces que este órgano de justicia constitucional debe hacerse cargo de lo que implica un cambio jurisprudencial.

Sucedee que, en materia de Derecho Procesal Constitucional, se ha sostenido que *“dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está la predicción y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales”* (Osvaldo Alfredo Gozaíni (2014), Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, Tomo III, Ed. Thomson Reuters La Ley,

Buenos Aires, p. 604). Es en ese orden de ideas que esta sentencia anuncia expresamente un cambio de línea jurisprudencial respecto del control de la preceptiva cuestionada, y no solamente una variación de criterio respecto de la presente causa.

OCTAVO: Al respecto debemos destacar, en primer lugar, la importancia del “principio de coherencia interna del ordenamiento”, el cual no sólo se refiere al ordenamiento jurídico sino asimismo a las sentencias emanadas de los tribunales que lo interpretan y aplican, como es el caso de aquellas emanadas de este Tribunal Constitucional, como consecuencia de *“la importancia de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento y como eficaz instrumento para mantener la coherencia del mismo”* (Francisco J., Ezquiaga Ganuzas (2013), *La Argumentación en la Justicia Constitucional*, Ed. Jurídica Grijley, Lima, p. 337).

Asimismo, respecto del carácter lógico de los argumentos justificativos utilizados en las sentencias, no puede obviarse asimismo “el argumento de autoridad o ab exemplo”, que consiste “en utilizar la opinión de una persona en favor de una tesis propia, pero al no proporcionar más que opiniones esta forma de argumentación obtiene una fuerza mayor o menos en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada”(Francisco J., Ezquiaga Ganuzas (2013), *ob. cit.*, p. 402). No hay duda, por lo dicho, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituye un argumento de autoridad y por ello cobra relevancia si hay un cambio en su jurisprudencia cuando decide casos posteriores similares.

NOVENO: Indudablemente en esta materia se presenta el problema de si el Tribunal Constitucional está obligado o no a seguir la línea jurisprudencial que emana de sus sentencias previas (el auto precedente o auto vinculación), la cual generalmente es invocada por las partes que recurren a él, o si existe la posibilidad

de que efectúe un cambio jurisprudencial a pesar de la igualdad sustancial de los supuestos del caso.

Entendemos que la dificultad se plantea especialmente cuando dicha jurisprudencia constituye una doctrina reiterada que establece esta Magistratura al decidir causas similares, doctrina que ha supuesto seleccionar un determinado significado atribuido a las normas que interpreta para descartar otros y que constituye un “precedente” cuya existencia no puede obviarse.

La existencia de un precedente se da en algunas decisiones jurisdiccionales que satisfacen ciertos requisitos. En particular, “ser precedente” es una característica que consiste en que tal decisión emplea alguna norma general y abstracta cuya presencia es considerada normativamente relevante para decisiones jurisdiccionales posteriores” (Álvaro Núñez Vaquero y José Angel Fernández Cruz (2021), “Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el nasciturus”, Derecho PUCP, N° 86, p. 296).

DÉCIMO PRIMERO: Respecto al precedente horizontal -es decir, a aquel que obliga a que un caso judicial sea “resuelto conforme la regla explicitable de una sentencia anterior recaída en un supuesto análogo, pronunciado por el mismo tribunal” (Garay, Alberto F. (2013). La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema. Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, p. 16)-, la Corte Suprema de Argentina, en el conocido caso Baretta, formuló ciertas pautas para resolver cuándo podía apartarse de sus precedentes, al señalar que, como excepción, cabía solo en “causas graves, es decir, cuando resultase “de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito”. La Corte indicó, entonces, que el “error” y la “inconveniencia” de los precedentes eran factores que la habilitaban a abandonarlos. Pero ¿cuándo es “inconveniente”

de mantener un criterio? ¿cuán grave debe ser el error y cómo evitar que este se transforme en una habilitación a abandonar todo aquel precedente que no le resulte simpático al juez? En 2006, dicha Corte precisó un poco más –en la causa Barreto– qué factores dan lugar al cambio de jurisprudencia. Afirma que deben existir: (i) causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio; o (ii) “razones de justicia”. Entre estas últimas, enumera: “(a) el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión; (b) la apreciación de las lecciones de la experiencia; (c) la existencia de cambiantes circunstancias históricas que hubieran demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido”.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencia de Constitucionalidad No 111/19 de Corte Constitucional, 13 de Marzo de 2019, en un modelo en el que sus precedentes son obligatorios de seguir, sostuvo: "30: No se justifica que la Corte Constitucional cambie su precedente. Un interviniente sostuvo que la Corte Constitucional debe cambiar su precedente debido a la sentencia proferida por la Corte Interamericana en el caso López Mendoza vs. Venezuela . Esta Corporación estima que no se cumple ninguno de los requisitos que permita hacer un ajuste al precedente existente. Como lo ha señalado esta Corte, el cambio de precedente es válido únicamente si se presenta uno de los siguientes tres casos: (i) que la jurisprudencia vigente haya sido errónea porque fue “adecuada en una situación social determinada, [que no responde] adecuadamente al cambio social posterior”; (ii) que la jurisprudencia resulta errónea por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico , y (iii) si hubo un cambio en el ordenamiento jurídico positivo ."

Cabe tener en cuenta, asimismo, lo que ha señalado el Tribunal Constitucional de España, con base en el principio de igualdad: “(...) un órgano judicial no se encuentra condicionado necesariamente por un pronunciamiento previo, sino que

puede alterarlo, siempre que justifique razonada y razonablemente el cambio de criterio (...)” (FJ. 4º, Sentencia 80/2020). Por lo tanto, si bien la Magistratura puede modificar sus criterios previos, ello la obliga a motivar adecuadamente ese cambio.

DÉCIMO SEGUNDO: En el mismo sentido, no puede olvidarse que la interpretación constitucional se hace con una finalidad: resolver conflictos jurídicos teniendo como estándar el significado de la norma que recoge los valores y principios fundamentales para estructurar en cohesión, unión y paz la convivencia de los miembros de una sociedad diversa en un momento histórico determinado, por lo cual la interpretación de la Constitución muchas veces evoluciona para adaptarse a los paradigmas culturales, jurídicos y sociales actuales, pues se usa para resolver conflictos hic et nunc, aquí y ahora. Por lo tanto, el recurso a la jurisprudencia como referente y elemento de juicio no puede significar la petrificación del derecho a los estándares de una época pretérita y superada, ni tampoco puede significar la negación de la necesaria interpretación evolutiva de las normas constitucionales.

DÉCIMO TERCERO: En relación a la jurisprudencia de este Tribunal sobre sus precedentes, algunas sentencias han explicitado que existe un precedente vinculante; otras lo recuerdan y expresamente deciden afirmarlo; otras mencionan que existe un precedente aplicable pero que debe ser reemplazado; hay sentencias en que el voto de minoría cuestiona directa o indirectamente a la mayoría apartarse del precedente que se estima vinculante; existen casos en que un precedente busca actualizar uno anterior, pero sin modificarlo sustantivamente; y, por último, hay algunas sentencias que buscan justificar razonadamente el cambio de doctrina (García García, José Francisco (2018), “Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional”, Revista de Derecho Público, Número Especial, pp. 247-262).

En relación a esta última hipótesis, este Tribunal ha sostenido, como criterio general, que “para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesare y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto”, por lo cual “los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen” (STC 171, c. 15°). Es decir, es posible tal cambio en la medida que se advierta y se fundamente claramente la decisión (STC 1572, c. 12°, 1598, c. 12°, 1808, c. 12°, 2301, c. 8°, entre otras).

DÉCIMO CUARTO: En cuanto a la sentencia de inaplicabilidad, si bien “sólo produce efecto en el caso concreto en el que se dicta (artículo 92 de la ley orgánica constitucional del TC N° 17.997), esta Magistratura ha sostenido que, “por la certeza o seguridad jurídica, es conveniente mantener la razón decisoria mantenida en fallo anteriores sobre la misma materia” (STC 2246, c. 7°), sin perjuicio de poder cambiar la doctrina justificándolo razonadamente.

Entonces cabe afirmar, en primer lugar, **que siendo la inaplicabilidad un control de carácter concreto, no puede llevar a una repetición automática, mecánica y ciega de sentencias por el solo hecho de plantearse una cuestión sobre las mismas normas de manera reiterada;** en segundo lugar, ni la ley orgánica de esta Magistratura ni la Constitución vigente **establecen ni regulan en ninguna parte un sistema de precedentes jurisprudenciales ni de extensión de efectos de sentencias fuera del proceso en el control de inaplicabilidad,** que además tiene solo efectos particulares y se refiere solo al caso concreto; y, en fin, en tercer lugar, despejado el carácter concreto del control de inaplicabilidad, debe tenerse

presente que lo que sí merece una lectura posiblemente más allá del caso específico es **el estándar de constitucionalidad que se fije como parámetro de control y su razonabilidad, en la medida que ello se traduce en determinar el sentido, alcance y significado de normas constitucionales, cuya eficacia, pese al efecto inter partes de la sentencia, es abstracta y erga omnes** (STC Rol 12.271, cc. 11º, 12º y 13º, entre otras sentencias).

DÉCIMO QUINTO: Si la interpretación constitucional que corresponde efectuar a este Tribunal cuando dicta una sentencia debe tener como parámetro objetivo la lógica de lo razonable, deben buscarse, por lo tanto, argumentos para resolver un conflicto entre las distintas razones que se presentan como la respuesta adecuada para el caso. En efecto, si tal decisión “debe exponerse no como un acto arbitrario, sino como el resultado de un razonamiento que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente controlado” (Jerzy Wróblewski (2001), Constitución y teoría de la interpretación jurídica, 1º reimpresión, Cuadernos Civitas, Madrid, p. 62), la razonabilidad de una sentencia que resuelve un conflicto constitucional exige entonces interpretar la ley a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución.

DÉCIMO SEXTO: Por lo anterior, al modificar la jurisprudencia previa y sostener la constitucionalidad de las normas impugnadas en relación al caso concreto, los ministros que suscriben esta sentencia consideran que, al abordar los reproches de constitucionalidad del requirente, resulta pertinente que en dicho análisis se considere lo expresado en la sentencia de este órgano, de 23 de junio de 2002 (Rol N°325), en cuanto señala que: “Los **principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes. La Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, “es una super-ley, es una ley fundamental;** de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las

exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho.” (c. 13º).

Complementado lo anterior, la hermenéutica ha considerado el principio de “presunción de legitimidad” o “interpretación de conformidad a la Constitución”, que el Tribunal ha aplicado de manera reiterada. De sus fallos se infiere que los preceptos que le corresponde controlar deben estimarse, en principio, constitucionales, válidos o legitimados y que sólo deben declararse inconstitucionales, una vez que el análisis depurado de ellos lleve a los sentenciadores a la íntima convicción, más allá de toda duda razonable, de que no es posible armonizarlo con la preceptiva de la Carta Fundamental (Valenzuela Somarriva, Eugenio, Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional, Cuaderno N° 31, Tribunal Constitucional de Chile, 2006, p. 35).

De este modo esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutivo sobre la constitucionalidad de una o más normas, de forma que la fundamentación de la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un determinado precepto jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional, hace palpable que la llamada “razonabilidad técnica” configure una especie de principio general, situación que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los valores, principios, fines y derechos consagrados en la Constitución fines y los medios que utiliza Ley de Transparencia N° 20.285 para lograr concretarlos. En otras palabras, la existencia de una correspondencia o vínculo entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar se expresa en un método que requiere de una

justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos (STC 9853, 8887, 11526, 9266)

III. ALCANCE DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN

DÉCIMO SÉPTIMO: Pues bien, la doctrina que surge de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad recaídas en los arts. 5 y 10 de la Ley de Transparencia que son impugnados en estos autos sostiene que la aplicación de tales preceptos contraviene el inciso 2º del art. 8º de la Constitución.

Al interpretar esa disposición constitucional, tal jurisprudencia ha sostenido que ésta “no hace público todo lo que el Estado tenga o posea, sino sólo “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 25º; STC Rol N° 2558, c. 10º; STC Rol N° 3111, c. 21º); que “son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” (C. 26º, STC Rol N° 2982); que el artículo 8º no establece el principio de publicidad (STC Rol N° 1990/2012), no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC Rol N° 634/2007) y no habla de información (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013); que, como los preceptos legales impugnados amplían el objeto del acceso a la información, se afecta el artículo 8º constitucional, porque si éste 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”, entendiéndose que el uso de estas expresiones es restrictivo y sólo busca enumerar taxativamente aquello que específicamente se quería hacer público. (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 38º; STC Rol N° 2558, c. 21º; STC Rol 4669, c. 26º).

DÉCIMO OCTAVO: Al enfrentar ahora los cuestionamientos que formulan los requirentes en contra de los preceptos legales impugnados nuevamente nos encontramos con que la cuestión constitucional que especialmente debe dilucidar esta Magistratura se vincula con la interpretación del artículo 8° de la Constitución y cómo esa interpretación es compatible con los preceptos impugnados. Ya recordamos que dos cuestiones han estado en el centro de la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Primero, si la Constitución consagra o no un principio de publicidad. Y, segundo, el alcance del mismo y los límites de aquel.

DÉCIMO NOVENO: La noción de principio está en juego, puesto que, como ya se recordó y han sostenido las sentencias que han declarado inaplicables los preceptos que se cuestionan, el artículo 8° constitucional “tampoco 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 Rol N° 1.990, c.19°).

VIGÉSIMO: La ausencia de la voz “principio” en la Constitución no debería eludir que ello sea resorte de interpretación, como lo indica el propio Tribunal. Lo anterior resulta obvio, porque la Constitución denomina principio a pocas cuestiones: la probidad (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución), los principios básicos del régimen democrático y constitucional (para la defensa del pluralismo político en el artículo 19, numeral 15° de la Constitución), los principios de carácter técnico y profesional en que se funda la carrera funcionaria en la Administración Pública (artículo 38 de la Constitución) y el principio del

desarrollo territorial y armónico con que se debe organizar el gobierno y administración interior del Estado (artículo 115 de la Constitución), y nada más. Estos principios son los únicos que la Constitución indica en forma expresa, pero no es posible entender que sean los únicos que formen parte de nuestro ordenamiento.

VIGÉSIMO PRIMERO: Sólo en la revisión de un cúmulo de sentencias es posible advertir que la jurisprudencia constitucional recurre permanentemente a los principios. Sólo a título ejemplar: al principio de separación de poderes (STC roles N°s 2865 y 2866 en el c.15°, 2868, c.6°, y 2805, c.19°); principio de igualdad ante la ley (STC roles N°s 2805, c.20°, y 2673, c.15°); principio de protección a la maternidad (STC Rol N° 2796, c.6°); principios del bien común y servicialidad del Estado (STC roles N°s 2693, c.7°, y 2793, c.19°); principio de legalidad (STC roles N°s 2671, c.17°, 2834, c.27°, 2694, c.14°, y 2722, c.14°); principio de legalidad del gasto (STC roles N°s 2868, c.14°, y 2744, c.6°); principio de independencia de la función parlamentaria (STC Rol N° 2868, c.7°); principio de igualdad (STC Rol N° 2694, c.3°); principio de certeza y seguridad jurídica (STC Rol N° 2694, c.18°); principio de autonomía financiera del Congreso Nacional (STC Rol N° 2868); principios de culpabilidad penal, de tipicidad y de legalidad penal (STC Rol N° 2722); principio del debido proceso (STC Rol N° 2722, c.5°); principio del justo y racional procedimiento (STC Rol N° 2722, c.6°); principio de presunción de inocencia (STC Rol N° 2799, c.17°); principio de razonabilidad (STC Rol N° 2798, c.27°); principio de proporcionalidad (STC roles N°s 2671, c.23°, y 2798, c.27°); principio de juridicidad (STC Rol N° 2798, c.3°).

En este brevísimo racconto no hay referencias a los principios de dignidad humana, de libertad, de primacía de la persona humana, de igualdad de oportunidades, de participación o de integración social, por sólo indicar los referidos al artículo 1° de

la Constitución. No haremos la distinción aquí entre valores (como igualdad, libertad o dignidad) y los principios, por cuanto desde el punto de vista normativo los valores operan como principios. En fin, interpretativamente no somos nada sin los principios, puesto que en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos, sin importar que el constituyente o el legislador los denomine como tales.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Resuelto interpretativamente el correcto uso del principio de publicidad, cabe verificar su alcance. Si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible. “Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...) Toda norma es o bien una regla o un principio.” [Robert Alexy (2002), Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86-87]. Es por ello que un principio es una norma genérica, porque “por un lado, exige la formulación de otras normas -que la “concreticen”, la “actualicen” o le den “ejecución”- sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero, b) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas” (Riccardo Guastini (2010), Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, Ed. Trotta, p. 77).

VIGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el artículo 8° de la Constitución Política establece el principio de publicidad y, como tal, es el mínimo o parámetro a partir del cual se admite un desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos. Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y no es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo.

Por lo tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, **sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste.** En ese sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos” “incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad pública. ¿Dónde se vierten esos fundamentos que es necesario explicitar que sean públicos? Hoy, hay muchos formatos en que se pueden consignar los fundamentos de un acto, siendo los correos electrónicos uno de ellos.

Por tanto, la alegación del requirente respecto de que los artículos 5° y 10° de la Ley N° 20.285 y el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 infringirían el artículo 8° de la Constitución Política de la República por “ir más allá” del texto constitucional es

incoherente con la consideración de principio del determinado artículo. El deber argumentativo, cuando se enfrenta un principio, no es sostener que éste va más allá de la Constitución, sino que la contradice materialmente. En síntesis, el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado.

VIGÉSIMO CUARTO: Por lo demás, como ha sostenido esta Magistratura, el derecho de acceso a la información pública -cuyo ejercicio regula la ley N° 20.285 y que es consecuencia de la consagración del principio de publicidad establecido en el inciso 2° del art. 8° de la Carta Fundamental- “se encuentra reconocido implícitamente en el artículo N° 12 de la Constitución” (Roles 634-06, 1990-11, 2153- 11). En efecto, “el inciso 2° del precepto constitucional (del art. 8°) se vincula más propiamente con el derecho a la información que estamos analizando, puesto que se refiere a la necesidad de que los actos y resoluciones de los órganos estatales sean públicos” (Silva Bascuñán, A., (2008), Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, p.300), por lo que la citada norma constitucional “garantiza el acceso a las fuentes informativas derivadas de la actividad estatal, lo cual es esencial para permitir el pleno ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, y ello supone que no sólo los individuos, sino los medios de comunicación social, puedan llegar a tener conocimiento de los actos y resoluciones públicas, para estar así en condiciones de divulgarlos, examinarlos, evaluarlos, criticarlos, aprovecharlos y, eventualmente, impugnarlos” (Silva Bascuñán, A., ob. cit., p. 301).

PREVENCIONES

No hubo prevenciones en el caso.

DISIDENCIA

acordada la sentencia con el voto en contra de los Ministros señores
CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ
GONZÁLEZ Y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

Capítulo V: Conclusiones

I. Interpretación de la muestra recopilada.

Tal como se ha señalado anteriormente, el TC ha cambiado el criterio interpretativo que era dominante hasta la fecha, cuestión no menor, ya que se había asentado con bastante fuerza la interpretación de que la Ley 20.285, principalmente que su artículo 5 y 10; contrariaba a lo presupuestado en la Carta Magna.

El principal razonamiento que el tribunal esgrime es el siguiente:

“Los principios hermenéuticos aplicables para interpretar la Constitución son más amplios que los que rigen para las leyes. La Constitución, a diferencia de las leyes ordinarias, “es una super-ley, es una ley aquí la fundamental; de necesidad de establecer con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho.”

En cuanto al criterio que había sido el dominante en la materia el Tribunal señala que:

“De este modo esta Magistratura ha utilizado el criterio de la razonabilidad, como método resolutorio sobre la constitucionalidad de una o más normas, de forma que la fundamentación de la convicción de los magistrados sobre la legitimidad o invalidez de un determinado precepto jurídico dentro de nuestro ordenamiento constitucional, hace palpable que la llamada “razonabilidad técnica” configure una especie de principio general, situación que en el caso que nos ocupa se traduce en una apropiada adecuación entre los valores, principios, fines y derechos consagrados en la

Constitución fines y los medios que utiliza la Ley de Transparencia N° 20.285 para lograr concretarlos. En otras palabras, la existencia de una correspondencia o vínculo entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar se expresa en un método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos (STC 9853, 8887, 11526, 9266).”

En lo medular sostiene respecto a los principios que:

“Si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible. “Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...) Toda norma es o bien una regla o un principio.” [Robert Alexy (2002), Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86-87]. Es por ello que un principio es una norma genérica, porque “por un lado, exige la formulación de otras normas -que la “concreticen”, la “actualicen” o le den “ejecución”- sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero, b) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas” (Riccardo Guastini (2010), Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, Ed. Trotta, p. 77).”

“ Ahora bien, el artículo 8° de la Constitución Política establece el principio de publicidad y, como tal, es el mínimo o parámetro a partir del cual se admite un desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos. Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y no es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo.

Por lo tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste. En ese sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos” “incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad pública. ¿Dónde se vierten esos fundamentos que es necesario explicitar que sean públicos? Hoy, hay muchos formatos en que se pueden consignar los fundamentos de un acto, siendo los correos electrónicos uno de ellos.

Por tanto, la alegación del requirente respecto de que los artículos 5° y 10° de la Ley N° 20.285 infringirían el artículo 8° de la Constitución Política de la República por “ir más allá” del texto constitucional es incoherente con la consideración de principio del determinado artículo. El deber argumentativo, cuando se enfrenta un principio, no es sostener que éste va más allá de la Constitución, sino que la contradice materialmente. En síntesis, el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado.”

Vistas las razones que fundamentan el cambio jurisprudencial por parte del TC, cabe hacerse la pregunta del porqué un criterio se mantuvo dominando por tantos años, cuestión cuya explicación intentamos abordar en la presente obra, y que se justifica en gran medida al cambio de composición del TC, comenzando desde la presidencia misma, la cual desde hace dos años ocupa el cargo doña Nancy Yañez Fuenzalida, quien parece tener una visión mucho más publicista del Derecho Constitucional, que sus antecesores Presidentes como doña Marisol Peña Torres o don Iván Aróstica Maldonado, además los nuevos ministros también vienen a establecer una nueva visión

no sólo respecto en materia de publicidad, sino que también en diversas áreas del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- LIBROS.

- 1.- Benussi Díaz, C. 2020. Obligaciones de seguridad en el tratamiento de datos personales en Chile: escenario actual y desafíos regulatorios pendientes. Revista Chilena de Derecho y Tecnología.
- 2.- Carbonell, F. (2022). “ El precedente constitucional en Chile”. Teoría y práctica del precedente judicial en iberoamérica. México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 3.- Cea, J. 2004. Derecho Constitucional chileno. Tomo 1. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- 4.- Centro de Estudios Públicos/ Chile 21/ Espacio Público/ Libertad y Desarrollo (2018). Transparencia, acceso a información pública y gestión de la información en el Estado.
- 5.- Cerda Silva y Álvarez Valenzuela. 2005. Sobre la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas. Ley 19.927 que tipifica los Delitos de Pornografía Infantil. Anuario de Derechos Humanos.
- 6.- Delpiazzo, Carlos (2003) “ Control social de la Administración y transparencia”. Ius Publicum.
7. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. (2007). Reforma al artículo 6º constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos.

8.- Federación Iberoamericana de Ombudsman, (2015). XIII Informe Sobre Derechos Humanos, Transparencia e información pública.

9.- Henríquez, Miriam. (2016). Las fuentes del orden constitucional chileno. Editorial Thomson Reuters.

10.- Rodríguez, R. “ El precedente constitucional en el Perú, entre el poder de la historia y las razón de los derechos”. Estudios al precedente constitucional.

11.- VILLANUEVA, E. (2003) Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica. México: Universidad Autónoma de México. p16.

12.- Zuñiga, F. y Vega, F. (2006), El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica.

13.-_Zúñiga Urbina, F. y Gómez Bernal, G. (2011). Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad : doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales.

-ARTÍCULOS.

14.- Camacho Cepeda, G. 2014. Constitución y Transparencia. Revista de Derecho Público.

- 15.- Camacho Céspedes, G. (2015). El rol del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso a la información pública. *Revista de Derecho Público*.
- 16.- Camacho Cepeda, G. (2018). Sobre la transparencia, el derecho de acceso a la información pública y los deberes de publicidad. su diferencia conceptual y práctica. *Revista de Derecho público, Universidad de Chile*.
- 17.- Castro, J. 2013. El derecho fundamental a la intimidad del trabajador y el uso del correo electrónico en la empresa. *Revista de Estudios laborales*,
- 18.- Consejo para la Transparencia (2016). A 10 años del fallo Claude Reyes: Impacto y Desafíos. Ediciones Consejo Para la Transparencia.
- 19.- Evans Espiñeira, E. (2014). La inviolabilidad del hogar y de la Correspondencia: Nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales. *Revista de derecho Universidad finis Terrae. (REVISTA)*.
- 20.- Larrea, J. 2008. Legalidad del control del empleador sobre el correo electrónico asignado a sus trabajadores”. *Revista de Derecho Informático*. p9.
- 21.- Matus Arenas, J. 2013. Derecho de acceso a la información pública y protección de datos personales. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile.
- 22.-Moreno Carrasco, D. (2015). Acceso a la información pública y correos electrónicos de los funcionarios públicos en Chile. *Revista Chilena derecho y tecnología*.
- 23.- Navarro, E. (2014). Bases constitucionales del Principio de Transparencia. *Revista de Derecho Público*, volumen 73.
- 24.- Vial, T. (2009). La ley de transparencia y acceso a la información pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información. *Revista Anuario Derecho Público UDP*.

25.- Viera Gallo, J. (2013) El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae.

26.- Zambrano Meza, F. 2013. ¿Tienen derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones los servidores públicos? Publicidad de los correos electrónicos institucionales y la necesidad de ponderación. Revista Derecho y Humanidades.

-DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

27.- Aliaga Medina, V. (2015). Acto administrativo e información pública : los criterios del Consejo para la Transparencia . Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/5108>

28.- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2008). Historia fidedigna de la Ley 20.285», Disponible en: [www.lasnuevasreglas.gob.cl](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5215/Gobierno de Chile (2017). Agenda de Probidad y Transparencia. Disponible en: <a href=)

29.- Contreras, P. Secretos de Estado Transparencia y Seguridad Nacional. Editorial: Legal Publishing. (disponible en: <https://webproxy.uahurtado.cl:3353/launchapp/title/LALEY/2015/41685302/v1/document/1A52280A-5F7F-FAE2-18B0-B60EE58E0979/anchor/1A52280A-5F7F-FAE2-18B0-B60EE58E0979>).

30.- Droguett González, C. G. 2020. El interés público de la información en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. p. 95.

disponible en:

(<https://webproxy.uahurtado.cl:2831/cloudLibrary/ebook/info/9788413368887>.)

30.- FERNANDEZ, M. El principio Constitucional de publicidad. (2013). Revista de Derecho Universidad Finis Terrae. p. 257. (disponible en: https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL+content_type:4/publicidad/vid/principio-constitucional-publicidad-649016261)

31.- Figueroa, R. 2014. Privacidad. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/1321.p107-108>.

32.- Henríquez, M. y García, J; 2024; El precedente en el Tribunal Constitucional: Finning y la consolidaciones de una práctica reflexiva, En: Zúñiga Urbina, F., & Rivero Hurtado, R. Justicia Constitucional y Democracia. Libro homenaje al Profesor Rodrigo Pica Flores Tirant lo Blanch. (disponible en: <https://webproxy.uahurtado.cl:2831/cloudLibrary/ebook/show/9788410566972>)

33.- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>>.

34.- Peredo Rojas, M. Lecciones de Teoría Constitucional chilena Editorial: Legal Publishing. (disponible en: <https://webproxy.uahurtado.cl:3353/launchapp/title/LALEY/2019/42727781/v1/document//>)

-

-FUENTES NORMATIVAS.

35.- CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2008. Ley 20.285: Sobre acceso a la información pública.

36.- Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2005, Constitución Política de la República.

37.- Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Ley 17.997: LOC del Tribunal Constitucional.

38.- Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ley 19.628: Sobre protección de la vida privada.

39.- Chile, Ministerio del Interior. Ley N° 18.825: Modifica la Constitución Política de la República. Artículo único N° 1.

-RESOLUCIONES JUDICIALES.

37.- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , 2006, “ Caso Claude Reyes con el Estado de Chile. considerando 77.

38.- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 634-2007,

39.- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 1990-2011

40.- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N°2153-12,

41.- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 11736-2021

42.- Sentencia del Tribunal Constitucional Chileno, Rol N° 2144-21

-OTROS.

43.- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Sesión Ordinaria N° 23, Moción Parlamentaria Boletín N° 3773-06.

44.- Chile, Honorable Cámara de Senado. 2013, Boletín N° 8805-07: Proyecto de reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y el derecho de acceso a la información

45.- Comisión de Derechos Humanos, 54º periodo de sesiones; 28 de enero de 1998, Organización de Naciones Unidas.

46.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su periodo 108º, periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre del 2000.

47.- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría especial para la libertad de expresión. (2010). Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.

47. Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948.

48.- Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. (2007). Reforma al artículo 6º constitucional que establece el acceso a la información pública como un derecho fundamental de los mexicanos.

49.- Organización de los Estados Americanos,, IX Conferencia Internacional Americana: Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Bogotá, Colombia.

50.- Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969, San José, Costa Rica.

51.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).