

Pugna de derechos por el uso de medios tecnológicos: el supuesto carácter de información pública de los correos electrónicos y la inviolabilidad de correspondencia.

Gabriel Cuevas Gatica

Profesor ayudante de Derecho Constitucional

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Profesor patrocinante: Salvador Mohor

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto observar como los medios tecnológicos importan al derecho cuando existen conflictos de relevancia jurídica. En particular analizaremos el correo electrónico que obra en poder de los órganos de la administración y ha sido requerido como información pública, entrando en pugna, entre otros aspectos, con el derecho de la inviolabilidad de correspondencia. Es así como se han promovido amparos ante el Consejo de Transparencia, recursos de ilegalidad ante las respectivas Cortes de Apelaciones, y de la mano de estas últimas, recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional del artículo 5° inciso 2° de la Ley de Transparencia. Se analiza el criterio de la justicia constitucional a la luz de los fallos en causa rol 2153-2011 y rol 2246-2012, donde se ha fallado que el artículo impugnado vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República por tratarse el correo electrónico de una comunicación privada.

Introducción.

El hombre desde sus orígenes ha sentido la necesidad de comunicarse con otros, es así como ha ido creando medios de comunicación a lo largo de la historia que le permitan satisfacer dicha exigencia. La evolución y el significativo avance tecnológico han permitido que el hombre se pueda comunicar de modo más eficiente y eficaz, logrando sus objetivos en el menor tiempo posible. Es así como el correo epistolar adoptó por mucho tiempo una de las formas de comunicación más usada hasta la invención del correo electrónico, que reemplazó casi por completo toda otra forma de comunicación primitiva, precisamente por las rapidez con la que éste cumple su cometido.

Estas formas de comunicación no son indiferentes para el derecho, y con el avance de las nuevas tecnologías, éstas no han quedado fuera del marco normativo de nuestro ordenamiento jurídico, es más, nuestra Carta Fundamental se adapta a las nuevas tecnologías, pues la redacción del artículo 19 número 5 de la Ley Fundamental está en términos tales que no permite que la norma quede desplazada en el transcurso del tiempo, además queda de manifiesto la importancia del rol interpretativo del juez al momento de analizar un caso particular y concreto, y es que la lectura del texto constitucional o de la ley siempre debe hacerse conforme a la Constitución en su integridad y de un modo coherente y armónico.

De este modo, la importancia del correo electrónico queda de manifiesto cuando la Constitución Política de la República (en adelante CPR) reconoce como derecho fundamental en el artículo 19 N° 5 la inviolabilidad del hogar y la inviolabilidad de correspondencia.¹ Como señalamos, la redacción del artículo nos permite incorporar el correo electrónico dentro del ámbito de protección de este derecho, pues al señalar “toda forma de comunicación privada” y tal como ha señalado el Tribunal Constitucional², la expresión comunicación se entiende en el sentido genérico y que comprende todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico³. Agrega el citado fallo que la comunicación es un proceso de transmisión de 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, distinguiéndose entre la comunicación en curso y la concluida. En consecuencia, en primer lugar la CPR garantiza aquella que está desarrollándose. De ahí entonces que su ámbito de protección es 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. En segundo lugar, indica el fallo que la CPR garantiza la inviolabilidad de los documentos que se empleen en el proceso comunicativo⁴, entendiéndose estos documentos como aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. Cabe señalar que cuando la Constitución utiliza el vocablo “privados” no se está refiriendo a que no revistan la calidad de instrumentos públicos. El término se entiende como un documento que ha sido empleado en una comunicación privada, es decir, que no es revelado ni accesible, ni conocido por todos.

¹ Constitución Política de la República, Art. 19 N° 5°: “La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

² Tribunal Constitucional (2011) Rol 2153-2011, considerandos 32° y 35°.

³ JIMENEZ (1987) p. 42.

⁴ Tribunal Constitucional (2011) Rol 2153-2011, considerando 33°.

Concepto de correo electrónico.

En los fallos analizados se ha dado un concepto de correo electrónico⁵, señalándose que es una forma de comunicación, pues a través de este medio se transmiten mensajes de un emisor a uno o a varios receptores. Esta comunicación exige un soporte técnico, pues requiere la intervención de aparatos, 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. Agrega que 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), y su forma de transmisión es por un canal cerrado, en el sentido que a él no pueden acceder terceros, distinguiéndolo de la transmisión de radio o televisión. Finalmente se indica que tiene ciertas características, que son: la virtualidad, conforme con la cual el emisor y el receptor no están físicamente presentes, entendiéndose como una comunicación a distancia; la instantaneidad, la que consiste en que el mensaje se transmite a alta velocidad, de modo que puede ser recepcionado casi en tiempo real; multidireccionalidad, porque pueden participar varios emisores y receptores, e intercambiar en esos roles; multimedial, es decir, a través de él se pueden transmitir datos, imágenes, sonidos; y finalmente la ubicuidad, en cuanto a que el correo puede ser abierto por el destinatario en cualquier lugar en que se den las condiciones técnicas para ello.

En términos concretos y sencillos, el correo electrónico es un medio de comunicación cerrada de transmisión de datos, utilizado por medio de una cuenta que se adquiere electrónicamente de los servidores de Internet, que es personal para el titular de dicho correo y que es controlada por medio de su clave secreta. El correo electrónico ofrece importantes beneficios, como la facilidad de ser enviado o recibido desde cualquier parte del mundo por el usuario de dicha cuenta en un dispositivo que cuente con acceso a la red, además que por el hecho de enviarse, inmediatamente es recepcionado en la casilla del destinatario. Además, admite la posibilidad de adjuntarse documentos, archivos, imágenes, etc. En consecuencia, esta forma de comunicación es atractiva universalmente por las ventajas descritas, es por esa misma razón que no sólo es un medio utilizado por los particulares en su diario vivir o en sus empresas donde desempeñan sus labores, para el Estado es especialmente atractivo y por lo mismo utiliza este medio de comunicación, precisamente por sus ventajas le permite desarrollar sus gestiones de un modo más eficiente. Es por este motivo que entre autoridades o autoridades y particulares, o viceversa, utilizan el correo electrónico. Así se ha reconocido en las sentencias del Tribunal Constitucional en análisis, en cuanto a que resulta atractivo para la Administración, porque con su uso se

⁵ Tribunal Constitucional (2012) Rol 2153-2011, considerando 21 y (2013) Rol 2246-2012, considerando 44°.

permite acelerar el flujo de información necesaria para que se puedan tomar decisiones, acortando distancias, permitiendo que muchas personas puedan interactuar. Además, que con su uso permite prescindir de las ritualidades de las otras formas de comunicación formales e internas, como el oficio y la circular. Con el uso de estas nuevas tecnologías se ha llegado a hablar del gobierno electrónico y se entiende por tal 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 Estado⁶.

Es así que dentro del marco de un gobierno electrónico, en que la Administración utiliza el correo electrónico para cumplir con sus fines de un modo más expedito y con menor formalidad es que se ha masificado su uso, sin perjuicio que cuando la Administración actúa formalmente lo hace por medio de actos o resoluciones que no son reemplazados por estas formas de comunicación, porque un acto administrativo debe ceñirse a lo que dispone la ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del estado, de manera que para que un correo electrónico sea tenido como acto administrativo, éste debe cumplir con el procedimiento señalado en la ley, de manera que si no lo cumple, simplemente dicho correo electrónico no es un acto administrativo, sino solo un acto de comunicación privada entre autoridades. Ahora, si se le pretendía dar ese alcance y no satisface el procedimiento señalado en la ley, el acto sería nulo de derecho público, por no satisfacer un presupuesto de validez que todo acto de autoridad debe cumplir, conforme con lo que dispone el artículo 7° inciso 1° de la CPR, el acto de la autoridad no cumpliría con el procedimiento establecido en la ley.

Orígenes de la publicidad y transparencia.

a. Reforma al artículo 8° CPR.

La reforma constitucional del 26 de agosto de 2005, N° 20.050, entre otras materias, modifica el artículo 8° de la CPR, en la necesidad de incorporar expresamente a la Carta Fundamental los conceptos de probidad, publicidad y transparencia en la Administración Pública. El propósito era desarrollar el principio de probidad administrativa en forma sistemática y coherente, para asegurar que la función pública se ejerza con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y

⁶ Tribunal Constitucional (2012) Rol 2153-2011, considerando 22°. Y (2013) Rol 2246-2012, considerando 45°.

fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella⁷. En el proceso legislativo observamos que fueron objeto de debate los conceptos de publicidad y transparencia. Así, por ejemplo, el profesor Pantoja en su intervención en la comisión de Constitución señala que el concepto de probidad no presenta problemas, pero que publicidad y transparencia son cosas distintas, indica que la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que se le dio en la Ley sobre Probidad Administrativa (Ley 19.653) fue más bien el de dar a conocer y de tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de esos actos.⁸ Además, señala que la publicidad se entiende como una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho que Chile sea una República Democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad, por lo tanto tienen a disposición de los ciudadanos sus actos y dan cuenta de ellos salvo que excepcionalmente la Constitución establezca causales de secreto. Interviene también el profesor Humberto Nogueira en la comisión de Constitución señalando aspectos importantes respecto del tema que nos convoca, primero en cuanto a qué materia de interpretación constitucional hoy en día no se impone la teoría de la "Constitución testamento", sino la de la "Constitución viviente" y, en definitiva, el órgano de interpretación es el que determinará en cada momento y de acuerdo con la evolución de la sociedad, cuál es el sentido y alcance de cada disposición.⁹ En segundo lugar, al concepto de función pública, que no analizaremos en esta oportunidad. En tercer lugar, establecer el significado de información pública, que se encontraba determinado al momento por la Ley sobre Probidad y también por la convención Internacional que regula esta materia en términos específicos. En cuarto lugar, definir hasta dónde llega el derecho a la información. Este último aspecto cobra importancia, pues ya visualizaba el profesor Nogueira la posibilidad de eventuales problemas de interpretación y de aplicación de las disposiciones que se modifican, sobre todo en materia de jurisdicción constitucional, la cual tiende a ampliarse y a cubrir todos los planos de la actividad estatal. Señala que el derecho a la información debe recaer sobre el asunto que corresponde a la cosa pública, a lo que es de interés común para todos. Por lo tanto hay que acotarlo, porque, una vez más, sobre esta materia operará el control de constitucionalidad, el cual se estructura en base a tres parámetros: la legitimidad de la finalidad de la norma, porque la disposición legal, de acuerdo con el artículo 19, número 26.º, no puede afectar el contenido esencial de un derecho; en segundo

⁷ Historia de la Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. P. 140, intervención del Profesor Pantoja en la Comisión de Constitución.

⁸ Historia de la Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. P. 143.

⁹ Historia de la Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República. pp. 144 a 147, intervención del profesor Humberto Nogueira.

lugar, el principio de proporcionalidad, vale decir, si el medio es adecuado y proporcionado al objetivo perseguido, pues si no lo es, puede ser declarado inconstitucional, y, finalmente, la razonabilidad de la norma, vale decir, si tiene un fundamento que sea coherente con el objetivo y el medio que se va a perseguir. También distingue entre publicidad y transparencia, indicando que la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática.

Durante la tramitación del proyecto se discutió acerca de si la transparencia debía ser absoluta o admitía excepciones o establecer puntos de equilibrio, como lo señaló el Senador Sr. Viera Gallo.

En general, no existía total acuerdo en cuanto a los alcances de la publicidad y transparencia, especialmente en cuanto a que una ley pudiera establecer reservas o secretos, temiéndose que la autoridad convirtiera sus actos públicos en secretos conforme a las excepciones que regulara la ley.

En principio el proyecto de ley de reforma constitucional estaba redactado en términos que son públicas las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Para finalmente quedar redactada en términos más amplios, señalando el inciso 2° del artículo 8° del siguiente modo: "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional". En consecuencia la fijación de los límites es tarea que le corresponde al legislador, pero para prevenir arbitrariedades, se exige quórum calificado para su aprobación, modificación o derogación. En contexto con eso, el constituyente derivado de igual modo restringe y señala cuáles son estas materias que pueden ser de reserva o secreto.

b. Ley de Transparencia.

Con respecto a la historia de la Ley de Transparencia, el acceso de la ciudadanía a la información en poder de la Administración Pública no es un concepto nuevo en nuestra institucionalidad ni menos en el derecho comparado, que nos lleva una ventaja considerable en esta materia. En Chile, ya proviene de la Comisión de Ética Pública convocada por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en el año 1994, en que se propuso legislar respecto a la materia. En aquel entonces se

entendía como una cuestión ética que incide en la manera correcta o adecuada como han de conducirse los funcionarios públicos frente a la ciudadanía. Sin entrar en más detalles, es menester comprender el concepto del derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, y éste debe ser entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la Administración del Estado y de la documentación que sustenta tales actos. Es considerado como un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a la vez facilita la formación de una mayor y efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos¹⁰. Este principio suena coherente con el artículo 1° inciso 5° de la CPR, al señalar que es deber del Estado asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Se señala a su vez en la historia de la ley que la publicidad de los actos de gobierno permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, tratándose de un control en manos de los ciudadanos que junto a otros controles contribuye a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción. En Chile se han hecho esfuerzos legislativos que apuntan a este objetivo, pero en la práctica se ha señalado que el principio de transparencia y de acceso a la información pública se encuentra limitado, convirtiendo estas leyes en letra muerta, especialmente porque la ley de probidad disponía que por vía de reglamento se establecerán los casos de reserva o secreto de los documentos que obren en la Administración del Estado, dando un margen de arbitrariedad a la Administración para limitar el acceso a esta información. Es por estos motivos que se ha hecho necesario suplir las manifiestas deficiencias prácticas de nuestra legislación sobre acceso a la información pública¹¹, dando origen al proyecto de ley por moción parlamentaria de los senadores Jaime Gazmuri y Hernán Larraín con fecha 04 de enero de 2005, cuenta en sesión 23, legislatura 352, del Senado. En principio este proyecto sólo tenía por objeto el acceso a la información de la Administración del Estado y del Poder Legislativo, quedando pendiente para la discusión parlamentaria la forma de hacer extensivo al Poder Judicial y a los órganos que colaboran con ella. La moción presentada por los senadores señalaba que en el artículo 1° del proyecto de ley que toda información que obra en poder de la Administración del Estado es por principio pública, entendiéndose como un derecho de toda persona a solicitar y recibir la información de cualquier órgano del Estado, comprendiendo incluso el acceso a las actas y expedientes, y la posibilidad de formular consultas a las entidades. Además de lo señalado, extiende a que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Se considerara además como información

¹⁰ Historia de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, p. 5.

¹¹ Historia de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, p. 6.

pública cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público, salvo las excepciones legales.¹² Señala a su vez cuáles son las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información.

Especial preocupación existía en la tramitación de éste proyecto de ley en cuanto a las restricciones del acceso a la información pública mediante el establecimiento de una regulación que permita garantizar el efectivo ejercicio de este derecho.

Finalmente nace la Ley 20.285 regulando 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 información¹³. A su vez se define qué actos son objetos de acceso a la información pública. Se señala 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 que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones¹⁴. Además se señala cuáles son estas excepciones y dispone que las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:
 - a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
 - b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

¹² Historia de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, p. 9.

¹³ Ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Artículo 1°.

¹⁴ Ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Artículo 5°.

- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.
2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.
3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.
4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.
5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.¹⁵

Especial énfasis colocamos en el N° 2° del artículo 21 de la ley 20.285, que tiene plena aplicación en materia de correos electrónicos, pues el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios de la Administración, como ya hemos indicado, es una comunicación privada, por lo tanto revelar su contenido vulnera los derechos fundamentales de dicha persona, pues se afecta el artículo 19 N°4 y especialmente el 5° de la CPR.

Jurisprudencia constitucional a la luz de los derechos en conflicto que se analizan.

Se han fallado por el Tribunal Constitucional dos inaplicabilidades por inconstitucionalidad del artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.285, en especial respecto a la frase "...y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento...".

a) Causa Rol 2153-11

Esta inaplicabilidad fue deducida por el Subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla Mackenney, y la gestión pendiente es un reclamo de ilegalidad deducida por la

¹⁵ Ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado. Artículo 21.

misma Subsecretaría en contra del Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT) que ordenó entregar el contenido de los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla, a propósito de las solicitudes presentadas por el Alcalde de la Municipalidad de Melipilla, don Mario Gebauer Bringas de acceso a la información pública, acerca de los gastos en que incurrió el mencionado Gobernador, por concepto del terremoto del 27 de febrero de 2010 y las eventuales devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse por las transferencias efectuadas por el Ministerio del Interior, así como la respectiva orden de devolución de dicho Ministerio, incluyendo oficios, memoranda y correos electrónicos institucionales remitidos desde el Ministerio a la Gobernación y desde la Gobernación al Ministerio del Interior, incluida la Subsecretaría, y las cuentas de correos electrónicos, tanto de la gobernadora como del Subsecretario y la del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla, sólo en lo relativo y pertinente a la información que por este acto se solicita. La autoridad en esta oportunidad hizo uso del principio de divisibilidad¹⁶ entregando los antecedentes solicitados, salvo los correos electrónicos. Frente a la negativa de la autoridad a entregar los correos electrónicos, el Alcalde recurrió de amparo ante el CPLT, quien como medida para mejor resolver requirió que se le remitiera copia de los correos. Frente a esas circunstancias la subsecretaría informó que no era posible entregarlos, pues el CPLT carece de atribuciones para ello, pues la ley no prevé la posibilidad de decretar medidas para mejor resolver y que los correos electrónicos no son información pública, sino que información reservada protegida por los artículos 19 N° 4 y 5 de la CPR. El CPLT de igual modo acogió el amparo deducido y la autoridad recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago y dentro de esa gestión pendiente se dedujo la presente inaplicabilidad en cuanto a que la aplicación de la norma que se pretende impugnar vulneraría los Artículos 5°, 6°, 7°, 8° y 19 N°s 2, 3, 4, 5, 26 de la Carta Fundamental.

b) Causa Rol 2246-12

Este requerimiento fue promovido por Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia, en representación del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, y Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia, por sí. Que se promueve dentro de una gestión pendiente en el conocimiento de un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol 2496-12. El reclamo de ilegalidad y la posterior inaplicabilidad por inconstitucionalidad se genera en este caso por la solicitud presentada por el señor Juan José Soto a la Subsecretaría General de la Presidencia de las copias

¹⁶ Ley 20.285, Sobre acceso a la información pública, artículo 11 letra e) Principio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

de los correos electrónicos contenidos en la cuenta de correo institucional del Ministro Secretario General de la Presidencia, entre los días 18 y 21 de julio 2011, en cuanto se trate de correos enviados o recibidos de otros funcionarios públicos y que aludieran al desempeño de la función pública del Ministro, excluyendo correos atinentes a su vida privada. La autoridad niega tal solicitud, fundada en que dichos correos no constituían información pública conforme al artículo 8° de la CPR, y artículo 21 N°s 1 y 2 de la Ley de Transparencia, en relación con las garantías del artículo 19 N°s 4 y 5 CPR. Frente a este escenario el solicitante dedujo amparo de su derecho de acceso a la información ante el CPLT, fundando su interés en conocer antecedentes respecto al proyecto de ley que perfecciona el Sistema de Alta Dirección Pública. El Ministro Larroulet señaló que en el período solicitado había enviado y recibido alrededor de 350 correos electrónicos, ninguno de los cuales se refería al proyecto de ley aludido, y que se trataba de comunicaciones personales y privadas, protegidas por el artículo 19 N°s 4° y 5° CPR en relación con el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. En esas circunstancias El CPLT solicitó al Subsecretario, como medida para mejor resolver, indicar el número de correos electrónicos del Ministro en el período solicitado, si concurrían a su respecto otras medidas de reserva, y si dentro de dichos correos existían algunos relativos al proyecto de ley sobre la Alta Dirección Pública. Ante esto el Subsecretario respondió que no contaba con atribuciones para entregar esa información, ya que implicaría acceder a comunicaciones privadas del Ministro, violentando sus derechos constitucionales, en circunstancias que la Ley sobre Acceso a la Información Pública no contempla norma alguna que permita a una autoridad pública vulnerar dichas garantías. El CPLT acordó acoger el amparo deducido por don Juan José Soto, requiriendo al Subsecretario General de la Presidencia para que, en el plazo de 15 días hábiles, entregara la información solicitada. De este modo el Subsecretario, en representación del Ministerio, y el Ministro, por sí, dedujo Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la decisión del CPLT. Y dentro de esa gestión pendiente se interpuso el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad señalando que la aplicación del precepto legal impugnado infringe lo dispuesto en los artículos 6°, 7°, 8° inciso 2, 19 N°s 2, 3, 4, 5 y 26 de la CPR.

Razonamiento y decisión del Tribunal Constitucional en cuanto a la infracción del artículo 19 N° 5 de la CPR.

En ambos casos los requerimientos fueron acogidos por el Tribunal Constitucional. En lo medular de las sentencias se han señalado ciertos factores interpretativos que guían la decisión del tribunal, que son coincidentes en ciertos aspectos, estos son:

1. Los funcionarios públicos tiene derechos constitucionales.¹⁷
2. El mandato de publicidad no es absoluto y es sólo respecto de ciertos asuntos.¹⁸
3. Los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos.¹⁹
4. La Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.²⁰
5. Los Ministros de Estado y sus funciones.²¹

Primero, respecto de que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales no cabe duda, pues si bien en el ejercicio de sus funciones se les imponen ciertas limitaciones, éstas son específicas y excepcionales y fundadas en las necesidades del servicio, conforme a que están sujetos a una relación estatutaria que limita su actividad funcionaria, pero no suspende los derechos que la Constitución reconoce y garantiza a cada persona, desde el propio encabezado del artículo 19 de la Carta Fundamental. En consecuencia un funcionario de la Administración del Estado, por el hecho de ser persona goza de su derecho de inviolabilidad de correspondencia.

En segundo lugar, el mandato de publicidad no es absoluto, esto se explica entre otros argumentos, porque 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 utilice. La Constitución no habla de información, según ya se había fallado anteriormente en sentencia de la causa rol 1990-2012. Tampoco lo es porque la publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece, así como con las limitaciones que la misma CPR reconoce en el artículo 8°. No es menos cierto lo que señalan estas sentencias en el sentido que el carácter de reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, pues la misma Constitución contempla la posibilidad de que la ley, que debe ser de quórum calificado, o la administración sobre la base de dichas causales, declare algo como secreto o reservado. Por lo que no se contraviene a la Carta Fundamental.

En tercer lugar, es efectivo que un correo electrónico no necesariamente es un acto administrativo, en este sentido cobra importancia la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que permite que los procedimientos ad-

¹⁷ Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 17° y (2012) Rol 2153-11, considerando 10°.

¹⁸ Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 22° y (2012) Rol 2153-11, considerando 15°.

¹⁹ Tribunal Constitucional (2012) Rol 2153-11, considerando 21°.

²⁰ Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 27° y (2012) Rol 2153-11, considerando 28°.

²¹ Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 28°.

ministrativos y los actos administrativos se expresen por escrito o por medios electrónicos, conforme a lo dispuesto en los artículos 5°, 18 y 19 de la Ley 19.880. Pero es menester entender que un acto administrativo son decisiones formales, y conforme a lo que ha señalado el Tribunal Constitucional en estas sentencias, para llegar a concluir que un correo electrónico es un acto administrativo, no basta con el hecho de ser un documento electrónico, sino que además es necesario que esté suscrito mediante firma electrónica simple o avanzada. Además que la ley de procedimiento administrativo reconoce como acto administrativo a aquellos que son decisorios, los de mera constancia y los de juicio o dictamen. En consecuencia, para entenderlos como tales, se deben haber ajustado al procedimiento al que acceden.

En cuarto lugar, como ya hemos mencionado, la CPR debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico, lo que implica un proceso hermenéutico en el contexto de la sociedad tecnológica.

En quinto lugar, la calidad de Ministro de Estado y sus funciones. Se ha señalado en la causa rol 2246-12, que la calidad del Ministro de que se trata en este caso es relevante, el Ministro Secretario General de la Presidencia es quien lleva la agenda legislativa del Gobierno, se indica en el considerando cuadragésimo que se trata de un Ministerio que tiene dos roles esenciales. Por una parte, la labor de coordinación dentro del Gobierno en los asuntos programáticos de la gestión del Ejecutivo. Por la otra, es un Ministerio encargado de asesorar directamente al Presidente de la República. Es por eso que a juicio de la Magistratura Constitucional, tratándose de ese Ministerio en particular, y la solicitud de los correos de éste, por la naturaleza de sus funciones en que además de colaborar, función que le corresponde a todo ministro, en este Ministerio además colabora en materias de Gobierno y Administración, y lo asesora directamente en el ejercicio de su función legislativa, por lo tanto al entrar a revisar el contenido de los correos electrónicos de ese Ministro, se está injiriendo dentro de una de las funciones más típicas del Presidente de la República y también de las más sensibles. Por lo tanto, podemos entender que la ley establece en este caso una causal específica de reserva, conforme con el artículo 21 N° 1 de la ley 20.285.

Estos factores interpretativos, ya nos permiten vislumbrar que el derecho al acceso a la información pública, solicitándose los correos electrónicos de la autoridad, pugna con otros derechos y en especial con el derecho de la inviolabilidad de comunicaciones privadas, que es el objeto de este estudio. En efecto, el Tribunal Constitucional señala que los correos electrónicos son comunicaciones y documentos privados, conforme al lenguaje del artículo 19 N° 5 de la CPR, en consecuencia están protegidos por este derecho.²² Se indica

²² Tribunal Constitucional (2013) Rol 2246-12, considerando 43° y (2012) Rol 2153-11, considerando 29.

que para resolver adecuadamente es necesario analizar dicha disposición. Y conforme a ella se señala que la Carta Fundamental garantiza la inviolabilidad de correspondencia, y no de papeles, además con la expresión “toda” no se excluye ninguna forma de correspondencia. Se indica que con inviolabilidad se apunta a dos bienes jurídicos, el primero es la libertad de comunicaciones y el segundo, el secreto de las comunicaciones. Agrega que lo que la garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad, y le es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice. La expresión que utiliza el precepto constitucional es “comunicación privada”. Comunicación se entiende en términos genéricos, comprendiendo todo tipo de proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico, además garantiza la inviolabilidad de los documentos que se empleen en el proceso comunicativo, esto es de gran importancia, pues entender de éste modo el derecho no sólo se protege desde que la comunicación tiene un origen y un fin, pero los documentos subsisten y ello no significa que no queden bajo el amparo del artículo 19 N° 5 de la CPR.

Las comunicaciones se entienden además como privadas cuando el remitente singulariza al o los destinatarios de su comunicación con el propósito que sea recibida por aquellos a quienes va dirigida. Y el aspecto público o privado del mensaje no interesa, lo que se protege es el mensaje.

Sin perjuicio de lo anterior, la Constitución reconoce que este derecho no es absoluto y que puede romperse en los casos y formas establecidos en la ley. Por lo tanto, para poder acceder al contenido de un correo electrónico de una autoridad es menester una ley que lo autorice a ello, y que defina los casos en que es posible y las formas en que la autorización se puede dar. El legislador así lo ha hecho en casos que han sido considerados como indispensables y para una finalidad mayor, con un carácter temporal y específico. Estos aspectos no están contemplados en la Ley de Transparencia como una excepción a la inviolabilidad de correspondencia. Por lo tanto, no puede argumentarse que esta ley es una excepción a la inviolabilidad de correspondencia, además, como vimos, en la historia de la ley nunca se señaló este propósito.

De este modo el Tribunal Constitucional estima que el inciso 2° del artículo 5° de la Ley 20.285 vulnera el artículo 19 N° 5 de la CPR, por tratarse de comunicaciones y documentos privados, en virtud del cual se protege la comunicación, independientemente si el mensaje es del sector público o privado. Por lo tanto los correos de los funcionarios públicos no están exentos de protección, por no existir disposición alguna en el ordenamiento jurídico que se pueda interpretar para dejarlos al margen de la garantía, y una interpretación contraria sería considerada como peligrosa para los derechos de los ciudadanos, para el interés nacional y la seguridad de la nación. Tampoco le asigna importancia

a que el funcionario al usar el correo electrónico lo haga por medio de un computador proporcionado por la repartición, una red que sea pagada por el Estado y una casilla que le asigne el organismo respectivo. Además, el uso de las casillas institucionales para fines personales o privados va a quedar sujeto en la medida que exista una prohibición expresa en tal sentido.

Otro fundamento que se señala es que el criterio del CPLT, quien sostiene que la ley 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 ella, no es posible sostenerla. Según señala el Tribunal Constitucional la intención del legislador no fue levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, tal como ya lo habíamos mencionado.

Agrega el Tribunal que para entender vulnerado el artículo 19 N° 5 de la CPR los actos a que se refiere el art 8° no pueden ser aquellos que se transmiten por canales cerrados. Los que se comprenden son aquellos que se publican, que se notifican, que están en un expediente administrativo. Y que para que el correo sea considerado como un acto administrativo debió emitirse bajo firma electrónica simple o avanzada. Situación que no se da en ambos casos.

Un último argumento del Tribunal Constitucional es que el criterio del CPLT en cuanto a que el artículo 19 N° 5 CPR está subordinado al artículo 8° de la CPR no es correcto. No por estar ubicado en el capítulo primero va a primar por sobre las demás disposiciones de la Carta Fundamental, además agrega que la actuación de los órganos del Estado debe llevarse a efecto con respeto, promoción y protección de estos derechos. Señala además que cuando la Constitución ha querido establecer esta subordinación, lo ha señalado expresamente. Indica a su vez que la publicidad está limitada además por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre otras causales, está precisamente la de los derechos de las personas, por lo tanto la publicidad se subordina a ellos y no al contrario.

Conclusión.

La influencia de las nuevas tecnologías en nuestros días acarrea problemáticas de relevancia jurídica que años atrás eran impensadas. Estos conflictos al Derecho le interesan, y en especial al Derecho Constitucional.

En el tema que nos convoca, el uso en la Administración del correo electrónico ha llegado a generar una pugna entre los derechos de acceso a la información pública, conforme a lo señalado en el artículo 5° inciso 2° de la Ley de Transparencia, y el derecho de inviolabilidad de correspondencia. El conflicto ha sido de tal importancia, que la Administración se ha negado a entregar los

correos electrónicos cuando han sido requeridos como información pública por considerar que existe una afectación a los derechos fundamentales del funcionario respecto del cual se solicitan

Creemos que el correo electrónico utilizado por funcionarios de la Administración no constituye información pública, y que el hecho de obrar en poder de la Administración y de haber sido financiada las cuentas institucionales por el erario nacional tampoco lo hace público. El correo electrónico, sea utilizado por quien sea, es una comunicación privada, y por lo tanto bajo el amparo del artículo 19 N° 5 de la CPR, en consecuencia no puede ser considerada como información pública, porque pertenece al ámbito privado. Entender lo contrario vulneraría el derecho de inviolabilidad de correspondencia. Y si quisiera interpretarse como público, la misma Ley N° 20.285 en el artículo 21 N° 2 establece como causal de reserva o secreto cuando la publicidad de la información afecta a los derechos fundamentales de las personas, situación que en la especie concurre si es que se revelan los correos electrónicos de la autoridad.

Ya establecido que el correo electrónico es una información privada, sólo podría ser considerado excepcionalmente como pública, cuando éste revista la calidad de acto administrativo debidamente suscrito por medio de firma electrónica simple o avanzada, o en aquellos casos en que el correo electrónico acceda formalmente al procedimiento administrativo. En ese caso deja de ser una comunicación privada, y pasaría a ser pública.

Bibliografía.

JIMÉNEZ CAMPOS, Javier (1987): "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (Año N° 7, N° 20, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 35-82.

Normas.

Constitución Política de la República.

Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.

Ley 20.050, reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República, Diario Oficial, 26 de agosto de 2005.

Historia de la Ley 20.050, Biblioteca del Congreso Nacional, 26 de agosto de 2005 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] Disponible en www.leychile.cl

Historia de la Ley 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, 20 de agosto de 2008 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] disponible en www.leychile.cl

Jurisprudencia.

Tribunal Constitucional (2011): Rol 2153-2011, 11 de septiembre de 2012 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl

Tribunal Constitucional (2012): Rol 2246-2012, 31 de enero de 2013 [Fecha de consulta: 12 de agosto de 2013] Disponible en: www.tribunalconstitucional.cl