



Los Límites de la Transparencia

Se trata de una decisión judicial de la mayor importancia, no sólo por la resolución del caso específico de que se trata, sino por las definiciones que realiza respecto de lo que se considera información pública y los límites a la publicidad de los actos.

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en STC Rol N° 2153-11, de fecha 11 de Septiembre de 2012, sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley 20.285¹, sobre acceso a la información pública en la parte que dispone que es pública “*toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento*”.

La gestión pendiente es un reclamo de ilegalidad deducido por la Subsecretaría de Interior en contra del Consejo para la Transparencia, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual se impugna la decisión del Consejo para la Transparencia (CPLT) que ordenó entregar el contenido de correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla. Se trata de una decisión judicial de la mayor importancia, no sólo por la resolución del caso específico de que se trata, sino por las definiciones que realiza respecto de lo que se considera información pública y los límites a la publicidad de los actos.

1. Antecedentes principales

En el caso planteado, el Subsecretario del Interior, mediante recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, recurre al TC por estimar que la aplicación de la norma impugnada vulnera garantías constitucionales², al arrogarse el Consejo para la Transparencia competencias que no están expresamente



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

La controversia está dada porque se plantea que los correos son comunicaciones y documentos privados y se sostiene que las casillas electrónicas que proporciona la Administración son para el ejercicio de la función pública, por lo que no pueden ser privados.

contempladas en la Ley de Acceso a la Información Pública. Asimismo se infringe la CPR³ en lo referido al límite en la publicidad de los actos de la Administración.

El Alcalde de Melipilla formuló solicitudes de acceso a la información acerca de los gastos en que incurrió la Gobernación Provincial de esa comuna, por concepto del terremoto del 27F de 2010 y las eventuales devoluciones del presupuesto que no pudieron ejecutarse, incluyendo correos electrónicos institucionales⁴, en lo pertinente a la información señalada.

La Subsecretaría entregó los antecedentes, salvo los correos electrónicos, lo que motivó un amparo ante el Consejo para la Transparencia⁵ (CPLT) que, como medida para mejor resolver, solicitó copia de los correos. El CPLT acogió el amparo y la Subsecretaría recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En síntesis, la requirente señala que si bien la Ley de Transparencia fue sometida a control preventivo, ésta no puede amparar eventuales vulneraciones de derechos fundamentales⁶. Agrega que los correos electrónicos no son información pública y que el derecho a la información no es absoluto. Expone que los mensajes no son actos administrativos por lo cual no son informaciones públicas⁷. Argumenta que el CPLT ha entendido que los correos electrónicos han venido a reemplazar parcialmente a los actos administrativos, arrogándose la potestad de calificar qué es o no un acto administrativo, ampliando el concepto de información pública y extralimitándose en sus competencias.

Por su parte, el CPLT solicita el rechazo del recurso por estimar que los correos electrónicos constituyen información cubierta por la parte no impugnada de la norma, que el artículo fue objeto de un control preventivo obligatorio⁸ y se declaró su constitucionalidad, que el derecho de acceso se refiere a informaciones sin distinguir el origen y que correos pueden ser fundamento de actos o resoluciones por lo cual no pueden considerarse comunicaciones privadas.

La controversia, entonces está dada porque por una parte se plantea que los correos son comunicaciones y documentos privados y están protegidos (como derecho a la intimidad y privacidad). Por otra parte, se sostiene que las casillas electrónicas que proporciona la Administración son para el



ejercicio de la función pública; por lo que no pueden ser privados.

2. Contenido de la sentencia

Criterios de interpretación

El TC estructura su fallo en torno a que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales, que el derecho de acceso a la información no es absoluto, que los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos y que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.

El TC estructura su fallo en torno a cuatro elementos interpretativos que orientarán su decisión y en consecuencia, seguiremos para efectos de este comentario: que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales, que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, que los correos electrónicos no son necesariamente e inequívocamente actos administrativos y que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico.

En primer lugar, respecto de que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales, el TC señala que los funcionarios públicos tienen una relación estatutaria cuyo origen está en la ley, pero que se limita a regular la actividad funcionaria y no suspende los derechos constitucionales que la CP garantiza a las personas. Las restricciones o limitaciones exigen una expresa consagración normativa (c11 y siguientes).

En segundo lugar, en relación a que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto, el mandato de publicidad es sólo respecto de ciertos asuntos, el TC sostiene que el mandato de publicidad tiene dentro de sus propósitos obligar a las autoridades a responder a la sociedad y promover la responsabilidad pública⁹ (c15 y siguientes). El acceso a información recae sobre los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen y tiene excepciones¹⁰. La deliberación técnica requiere un espacio para explorar alternativas con libertad y eso implica ciertos márgenes de reserva de esos diálogos¹¹.

En tercer lugar, esto es, que los correos electrónicos no son necesariamente e inequívocamente actos administrativos, el TC los define como una forma de comunicación digitalizada, con características especiales (c21) y lo diferencia del documento

El TC señala que para que un informe quede comprendido dentro del derecho a la información debe ser genuinamente uno materializado en un acto trámite e incorporado al expediente y debe servir de complemento directo o esencial al acto administrativo.

electrónico¹², que requiere para su validez estar suscrito por “*firma electrónica*”. El TC señala que para que un informe quede comprendido dentro del derecho a la información debe ser genuinamente uno materializado en un acto trámite e incorporado al expediente y debe servir de complemento directo o esencial al acto administrativo¹³.

Finalmente, la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico, este elemento, para el Tribunal, exige interpretar la CP en armonía con la innovación. Así, si se reconoce la libertad de expresión en medios electrónicos, debe también resguardarse la inviolabilidad de las comunicaciones electrónicas (c28). La CP al referirse a “*toda forma de comunicación privada*”, no quiso excluir ninguna. Tampoco importa su formato, ya que se buscó cubrir toda forma de comunicación por cualquier medio que se hiciera¹⁴. La expresión “inviolabilidad” apunta a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente. Por una parte, la libertad¹⁵ y por otra, el secreto de las comunicaciones, para precaver que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. Se protege “*la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no éste al ámbito de la privacidad o intimidad...y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice*” (c31).

La Constitución también garantiza con la inviolabilidad los documentos lo que tiene enorme importancia, porque estos exceden la comunicación ya que subsisten después de terminada aquella. Las comunicaciones que protege la CP tienen que ser directas¹⁶ y privadas¹⁷, se protege el mensaje y no el carácter confidencial o público de lo que se transmite (c35).

Principales razones para acoger el requerimiento

El TC estimó que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, en primer lugar por las siguientes razones:

A) Los correos electrónicos son “comunicaciones y documentos privados”. Son comunicaciones que se transmiten por canales cerrados y tienen emisores y destinatarios acotados. Por ello, hay una expectativa razonable de que están a cubierto de injerencias y del conocimiento de terceros. Los correos de funcionarios públicos, no están exentos de esta protección¹⁸. La



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

regla general es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones personales o privadas¹⁹ (c43)²⁰. Tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Para tomar buenas decisiones éstas deben apoyarse en la mejor información posible y necesitan tener cierta confidencialidad para lograr una adecuada deliberación técnica (c45).

B) El TC no comparte lo afirmado por el CPLT, al sostener 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 ellas, porque la intención del legislador no fue levantar la inviolabilidad de las comunicaciones, sino construir un procedimiento para acceder a actos administrativos que pueden hacerse públicos. A su vez, es un procedimiento genérico distinto a los “casos y formas determinados”²¹ que exige la CP. No tendría sentido que el legislador se hubiera preocupado de establecer estrictas condiciones para acceder a comunicaciones y documentos cuando investiga un delito si cualquier ciudadano pudiera acceder a esos mismos antecedentes si estuvieran en manos de un funcionario (c46).

C) Los actos a que se refiere el artículo 8° son aquellos que se publican, que se notifican o que están en un expediente administrativo (c47). La ley otorga a los interesados en el proceso administrativo derecho a acceder a los actos y sus documentos. Su derecho de acceso se lo da la Ley N° 19.880 y sólo puede acceder a lo que consta en el expediente. No tendría sentido que cualquier persona pudiera acceder a más documentación que el propio interesado, por lo que habiendo un procedimiento administrativo, el derecho de acceso tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo (c48,49).



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Si los correos fueran actos administrativos, debieron emitirse bajo firma electrónica. Si, por su parte, los correos fueran actos de juicio, debieron ser ponderados o constar en los vistos de los actos entregados. Que no hayan estado es un índice de que no eran documentos ni directos ni esenciales.

D) Si los correos fueran actos administrativos, debieron emitirse bajo firma electrónica. Si, por su parte, los correos fueran actos de juicio, debieron ser ponderados o constar en los vistos de los actos entregados. Que no hayan estado es un índice de que no eran documentos ni directos ni esenciales.

E) Los antecedentes que se solicitaron tienen que ver con recursos públicos sujetos a la rendición de cuentas. Esta implica acompañar los comprobantes y la documentación auténtica que la respalde. La Contraloría permite que se haga en soporte electrónico, pero validado por firma electrónica. Todo ello demuestra que no se está en presencia de actos administrativos decisorios ni de informes (c50).

F) El artículo 8 de la CP, no por encontrarse en el Capítulo I de la CP prima sobre las demás disposiciones (artículo 19 N° 5) y la actuación de los órganos del Estado debe llevarse a efecto con respeto, promoción y protección de todos los derechos²². Cuando la CP ha establecido una subordinación, lo ha dicho expresamente. La publicidad está limitada por las causales de reserva o secreto, entre las que 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 (c51).

El TC estimó que el precepto impugnado vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución, en segundo lugar por las siguientes razones:

A) El legislador ha extendido la publicidad más allá de la Constitución, introduciendo el concepto de información que no usa la CP²³. El artículo impugnado considera dos tipos de información, primero la “elaborada con presupuesto público” que debe haber sido elaborada por la Administración y financiada con el presupuesto de la Nación y, en segundo término, la información “que obre en poder de los órganos de la administración”, es decir, que esté bajo su cuidado (c59). Resulta difícil imaginar una información que no esté comprendida en alguna de estas categorías, de ser así, toda ella sería pública (c61).



El precepto impugnado excede lo dispuesto en la Carta fundamental porque se ha utilizado para incluir a los correos electrónicos como información que elabora la Administración.

B) No puede sostenerse que los correos electrónicos que estén al margen de un procedimiento estén insertos en alguna de las categorías que emplea la Constitución. No son un acto o resolución y no son “fundamentos”, razón principal o el motivo para decidir en un sentido determinado, constituido más bien por documentos e informes. Además, no se proporcionó, a juicio del TC, ningún antecedente para pensar que existe una conexión sustantiva o directa entre los correos y la rendición de cuentas cuya información fue solicitada y entregada.

C) El precepto impugnado excede lo dispuesto en la Carta Fundamental porque se ha utilizado para incluir a los correos electrónicos como información que elabora la Administración. Ello pugna con la Carta Fundamental, pues va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse.

Voto de minoría

El voto de minoría estimó necesario realizar un juicio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos confrontados, acceso a la información pública y respeto a la vida privada y estima irrelevantes como potenciales vulneraciones alegadas aquellas referidas a la igualdad ante la ley, el debido proceso y la inviolabilidad de las comunicaciones (c8 y siguientes).

A juicio de los disidentes, el artículo 5°, inciso segundo, se ajusta a la Constitución, porque el artículo 8 de la CP consagra una directriz interpretativa de publicidad y transparencia y junto con el derecho fundamental de acceso a la información del artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, establece un piso mínimo a partir del cual el legislador debe desarrollar tales principios (c18).

A su vez, estiman que es razonable la norma porque está vinculada al cumplimiento de objetivos constitucionales y legales legítimos, por la dimensión pública de la información solicitada, que recae en un asunto de evidente interés público (c22y ss).



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

Para los disidentes, la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido consiste en diferenciar el tipo de información contenida en los correos, ya que ellos pueden incluir tanto información pública, como también opiniones de carácter personal..

Respecto del juicio de proporcionalidad, estiman que la revisión de los correos electrónicos es un mecanismo adecuado para satisfacer la necesidad de información invocada a fin de poder controlar el gasto público y permitir la rendición de cuentas por parte de autoridades (c31) y no hay otros medios alternativos porque las peticiones de recursos, la asignación de los mismos y las rendiciones se realizaron mediante correos electrónicos (c32).

Para los disidentes, la forma de dilucidar el aparente conflicto a que se ha aludido consiste en diferenciar el tipo de información contenida en los correos, ya que ellos pueden incluir tanto información pública, como también opiniones de carácter personal o pareceres y sugerencias para la aprobación de una resolución, que estarían cubiertos por el así denominado “privilegio deliberativo” (c34). De esta forma, lo relevante para decidir es el contenido y no el medio material que le sirve de soporte o formato (35).

Finalmente, estiman que la ley al ejemplificar la causal de reserva consistente en la afectación de los derechos de las personas²⁴, se refiere particularmente a “su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico” y que la información solicitada en autos no cabe en ninguna de esas categorías por lo que no puede entenderse que el respeto y la protección a la vida privada del requirente puedan verse amenazados.

3. Conclusiones

El fallo del TC sienta un buen precedente en materia de de información pública y sus límites. Por una parte, establece los criterios que permiten determinar más concretamente lo que es posible considerar como información pública, concediendo márgenes de deliberación a la autoridad administrativa, necesarios para formarse un juicio y decidir adecuadamente, cumpliendo de esta forma con su función pública. La existencia de estos márgenes supone la reserva del proceso de deliberación



El control absoluto de los contenidos de los correos electrónicos podría tener un efecto dañino al incentivar que las autoridades hagan política oculta por medios diversos.

deliberación que asegure la libertad en la formación de las convicciones de los órganos públicos.

Por otra parte, el Tribunal aplica, por decirlo de algún modo, el contenido de la garantía constitucional a las circunstancias actuales, explicitando que los ámbitos de protección se extienden a las nuevas formas de comunicación, independiente del soporte en el cual se efectúen o la propiedad o medios por los cuales se canaliza. Así, lo protegido es el mensaje, sea cual fuere el formato en que éste se comunique.

El control absoluto de los contenidos de los correos electrónicos podría tener un efecto dañino al incentivar que las autoridades hagan política oculta por medios diversos. Ninguna doctrina puede desconocer la importancia de que exista política, lo que implica la existencia de áreas que no tienen que ver con la privacidad, sino con el éxito de negociaciones políticas de las autoridades públicas. Los actores políticos requieren de ciertas garantías en sus procesos de negociación.

Asimismo, por tratarse de un área que no está resuelta de manera precisa por la ley o la Constitución, el CPLT ha actuado con mucha discrecionalidad interpretativa. Su decisión implica modificar el *status quo*, generado un escenario de incertidumbre jurídica mediante una regla jurisprudencial nueva. Los actores políticos, no habrían podido adecuar su conducta a la sentencia del CPLT, debido a que la regla que contiene no fue prevista por ellos. Ello es malo para el Estado de Derecho. Por eso, este tipo de decisiones, a lo menos, debieran operar hacia futuro.

Finalmente, cabe hacer presente que entregar a un órgano como el Consejo de la Transparencia la atribución de conocer el contenido de una comunicación privada y determinar qué parte del mensaje considera público o personal, sin mediar autorización o revisión judicial inmediata que garantice la adecuada tutela de las garantías de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, parece excesiva en el marco de una sociedad libre.

Entregar al Consejo de la Transparencia la atribución de conocer el contenido de una comunicación privada y determinar qué parte del mensaje considera público o personal, sin mediar autorización o revisión judicial inmediata que garantice la adecuada tutela de las garantías de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, parece excesiva en el marco de una sociedad libre.

¹ Inciso segundo del artículo 5 de la Ley N° 20.285. Dicha disposición señala: “En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

² Artículos 5, 6, 7, 8 y 19, N° s 2, 3, 4, 5 y 26 CPR.

³ Artículo 8 CPR.

⁴ Correos entre el Ministerio y la Gobernación, incluida la Subsecretaría y las cuentas de correos electrónicos, de la Gobernadora y Subsecretario. Se incluye también la del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla.

⁵ (Rol C406-11).

⁶ Además señala que el CT ha declarado en otras ocasiones el carácter de información pública de mensajes de correos electrónicos despachados en el ejercicio de funciones pública (roles c 83-10, c 640-10 y c377-11).

⁷ Ley de Procedimiento Administrativo 19.880, artículo 3°.

⁸ Sentencia Rol N° 1051, de 10 de julio de 2008.

⁹ Roles TC 634-2007, 1732-2011, 1800-2011 y 1990-2012.

¹⁰ Las leyes deben interpretarse conforme a la CP y la ley 20.285 es un elemento de interpretación pero no es la única norma que concentra todo lo referente a la publicidad, Roles TC 1990-2012, 2152-2012.

¹¹ Por ejemplo, no son públicos “los materiales de registro de las secretarías de comisiones y de los comités parlamentarios” ni los acuerdos de los tribunales colegiados (c18).

¹² Ley 19.799: Documento electrónico es “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”.



ISSN: 0718-2090

www.lyd.org

FICHA*:

Rol N° 2153-11: Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, el Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto y los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino. 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. Redactó la sentencia el Ministro señor Carlos Carmona Santander y la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino. Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olgúin. Se certifica que el Ministro señor Navarro concurrió al acuerdo, pero no firma por haber cesado en sus funciones.

¹³ Complemento directo si se vincula necesariamente con el acto y complemento esencial si ha sido indispensable para la dictación del acto (c27).

¹⁴ Considerando 30.

¹⁵ El solo hecho de que las personas sepan que lo que transmitan a otros será grabado, interceptado o registrado, genera una inhibición de comunicarse (c30).

¹⁶ En el sentido de que tengan un origen y un destino definidos (c34).

¹⁷ Esto es, donde se singulariza al destinatario de su comunicación con el evidente propósito de que sólo él o ellos la reciban (c34).

¹⁸ El Estado pone a disposición de los funcionarios una serie de bienes que pueden usarse con distintos propósitos. 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. Lo que se debe prevenir siempre es el mal uso, porque eso afecta la probidad.

¹⁹ El D.S. N° 93/2006, del Minsegres establece que los órganos del Estado deben instruir a sus funcionarios acerca de la adecuada utilización de las casillas institucionales y 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 y en este caso, permitir a los funcionarios habilitar y acceder a una casilla personal desde el equipo que tengan asignados en la institución.

²⁰ En el mismo sentido, la Contraloría ha establecido que no resulta procedente calificar la utilización de computadores institucionales como un uso indebido de bienes públicos, dado que el acceso a casillas de correo electrónico privadas, desde un equipo computacional institucional, no se encuentra prohibido (c44).

²¹ También, con que el CT es un órgano público, sujeto al principio de legalidad, con potestades expresas y acotadas (STC 1892/2011).

²² (STC 53/1988 y 943/2008).

²³ Rol 1990-2012.

²⁴ Ley N° 20.285, en su artículo 21, N° 2.