

**CORREOS ELECTRÓNICOS Y SUBSECRETARIO DEL INTERIOR:
NUEVAMENTE LA PROBLEMÁTICA DE LA RESERVA LEGAL.
COMENTARIO A SENTENCIA ROL 2153-2011,
DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2012, SOBRE REQUERIMIENTO DE
INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO
DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY N° 20.285,
SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA***

KAMEL CAZOR ALISTE**

**I) ÁMBITO DE APLICACIÓN FÁCTICA DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO
Y FUNDAMENTOS DEL REQUERIMIENTO**

Con fecha 26 de diciembre de 2011, el Subsecretario del Interior, Rodrigo Ubilla Mackenney, solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en la parte que dispone que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

La gestión pendiente invocada 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 que ordenó entregar el contenido de los correos electrónicos institucionales entre el Subsecretario y el Gobernador Provincial de Melipilla.

El requirente estimó que de aplicársele la norma impugnada se vulneran los artículos 5°, 6°, 7°, 8° y 19, N°s 2°, 3°, 4°, 5° y 26°, de la Carta Fundamental, al arrogarse el Consejo para la Transparencia competencias que no están expresamente contempladas en la Ley de Acceso a la Información Pública. Asimismo se infringe a su juicio el artículo 8° de la Carta Fundamental en lo referido al límite en la publicidad de los actos de la

* Este comentario forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1110376 (2011-2012) titulado “La reserva de ley como límite del legislador democrático y la necesidad de redefinir su función en el Estado Constitucional chileno”, del que su autor es investigador principal.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Central de Chile. Máster en Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: cazor@ucn.cl

Administración del Estado; como también los derechos a la igualdad ante la ley, la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Exponía el requirente que 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, acerca de los gastos en que incurrió la Gobernación Provincial de Melipilla, 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 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, 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, solo en lo relativo y pertinente a la información que por este acto se solicitó.

Expuso el Subsecretario del Interior que en virtud del principio de divisibilidad de la información entregó los antecedentes solicitados, salvo lo relativo a los correos electrónicos, lo que motivó un amparo del alcalde ante el Consejo para la Transparencia que, como medida para mejor resolver, requirió que se le remitiera copia de los correos.

Frente a este requerimiento, la Subsecretaría informó que ello no era posible, pues el Consejo carece de atribuciones para ello, toda vez que la Ley N° 20.285 no prevé la posibilidad de medidas para mejor resolver y los mensajes enviados a través de correos electrónicos no son información pública, sino información reservada que se encuentra protegida por las garantías del artículo 19 N°s 4° y 5° de nuestra Constitución, amparadas por un entendido de constitucionalidad que se contiene en la sentencia Rol N° 1051-2008 del Tribunal Constitucional, que declaró que las atribuciones de recabar antecedentes por el Consejo están limitadas por las excepciones a la publicidad que el legislador de quórum calificado determine al amparo del artículo 8° de la Constitución.

Finalmente, el Consejo para la Transparencia acogió el amparo (Decisión de Amparo Rol C406-11) y la autoridad pública recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual, con fecha 17 de diciembre de 2012, estimó dicho reclamo de ilegalidad (Causa Rol N° Civil 6704-2011).

En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago, teniendo presente lo resuelto por el Tribunal Constitucional en relación al artículo 5° inciso 2° de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, acogió el reclamo de ilegalidad, considerando, adicionalmente, que no se ha demostrado la pertinencia de los correos solicitados ni cuál sería su contenido preciso, por lo que “dicho modo de comunicación puede contener datos privados del

usuario, cuyo texto se enmarca dentro del ámbito personal, por lo que al ser conocido por terceros se produciría una vulneración a la esfera privada del funcionario, lo que, como es sabido, se encuentra garantizado por la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 4 y 5” (Considerando 5°).

A partir de esta perspectiva argumentativa, la Corte razonó que la eventual limitación de estos derechos constitucionales “solo será admisible en el caso que *un precepto legal específico así lo permita*, a través de un procedimiento fijado por el legislador al afecto, requisito que no satisface por sí misma la Ley N° 20.285, atendido su carácter general y la ausencia de un proceso formal idóneo para tal fin” (Considerando 6°).

Por último, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que también podrían ser aplicables otras causales de secreto, ya que los correos pueden explicitar las deliberaciones que realizan los organismos antes de adoptar una decisión, o pudieran estar cubiertas por el secreto profesional, como si en ellas se indicaran informaciones proporcionadas por abogados, o bien, por algún profesional que en el ejercicio de sus funciones tuviera la obligación de cautelar dicho secreto, o, finalmente puede “dicho conocimiento afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, al alterar los procesos decisorios que les corresponden adoptar en virtud de sus propias atribuciones expresamente señaladas en la ley” (Considerando 7°).

II) NORMA IMPUGNADA Y CONFLICTO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA *RATIO DECIDENDI*

Ahora bien, como la norma impugnada es el inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, la reproduciremos textualmente:

“Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Dentro del contenido temático que nos interesa centrar el análisis, reproduciremos solamente el segundo de los argumentos en que funda el cuestionamiento el Subsecretario del Interior y que se encuentra en el Considerando Tercero de la sentencia en comento, que reproducimos textualmente:

“En segundo lugar, la Subsecretaría sostiene que los correos electrónicos no se enmarcan dentro del artículo 8° de la Constitución. Este no manda hacer público todo lo que sucede dentro de la Administración, sino solo los actos o resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos asociados a ellos. Los correos electrónicos no se enmarcan en ninguna de estas categorías. Son solo comunicaciones personales que facilitan la interlocución. *El precepto impugnado*, al hablar de información, *excede* lo dispuesto en la Carta Fundamental”.

Es decir, a nuestro juicio, el problema central de constitucionalidad que estaba llamado a resolver el órgano jurisdiccional de control jurídico, giraba en torno a *la capacidad regulativa de nuestro legislador en la temática del acceso a la información pública*. Cuestión que, asimismo, ratifica la Corte de Santiago, al expresar en su razonamiento que la eventual limitación de los derechos constitucionales, contenidos en los N°s 4 y 5, del artículo 19 de la Constitución, “solo será admisible en el caso que un precepto legal específico así lo permita”. Con ello, necesariamente, debemos posicionar la temática del fallo estudiado, en el contexto de la reserva legal y la capacidad reguladora del legislador en materia de derechos fundamentales.

Sobre el particular, el fallo del Tribunal Constitucional precisa el conflicto constitucional en un doble sentido:

I.1.) POR UNA PARTE, COMO CUESTIÓN PREVIA A RESOLVER INDICA LO SIGUIENTE:

“CUARTO. Que, antes de entrar al análisis del requerimiento formulado, resulta preciso despejar algunos asuntos. En primer lugar, el Consejo para la Transparencia sostiene que lo alegado por la Subsecretaría implica cuestionar la aplicación que se hizo de la normativa objetada. En tal sentido, se estaría efectuando un control de legalidad, al margen de las atribuciones de esta Magistratura.

No se comparte tal criterio, pues se cuestiona una norma legal que es decisiva para que la Corte de Apelaciones resuelva el reclamo de ilegalidad presentado por la Subsecretaría del Interior contra la resolución del Consejo. La impugnación de la decisión del Consejo está siendo discutida en la gestión pendiente. *Mientras ahí se cuestiona una resolución administrativa, en el recurso de inaplicabilidad se cuestionan preceptos legales*. Hay una coincidencia de preceptos aplicables, pues el Consejo para la Transparencia fundó su decisión en el precepto cuestionado. Pero al Tribunal Constitucional se le ha solicitado resolver si esa norma legal se ajusta o no a la Constitución. Asimismo, *no se pretende en esta sede examinar si la resolución del Consejo para la Transparencia que ordenó entregar los correos involucrados en la gestión, excedió o no la ley. Ese es el conflicto en el reclamo*

de legalidad. El conflicto en el recurso de inaplicabilidad, en cambio, consiste en determinar si la aplicación de ciertos preceptos legales al asunto sub lite se ajusta o no a la Constitución. Se trata, en consecuencia, de dos conflictos distintos”;

II.2.) POR OTRA PARTE, LA SENTENCIA, COMO PRECISIÓN PRELIMINAR, EXPRESA:

“SEXTO. Que, por otra parte, esta Magistratura debe precisar, en primer lugar, que no está conociendo de oficio de este recurso. A ella le ha sido presentado un recurso de inaplicabilidad, por las personas y de acuerdo al procedimiento que el ordenamiento jurídico establece. *El conflicto traído a esta sede consiste en resolver sobre si los correos electrónicos cursados entre dos funcionarios públicos están o no protegidos por el artículo 19, N°s 4° y 5°, de la Carta Fundamental. Las normas impugnadas han sido invocadas por el requerimiento.* Por lo mismo, este Tribunal no tiene otra alternativa que resolver el presente conflicto, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 3° de la ley orgánica constitucional de esta Magistratura”;

“SÉPTIMO. Que, en segundo lugar, no se considera que por la formulación del requerimiento se cuestione la institucionalidad de la Ley N° 20.285, como se planteó en estrados. *Este Tribunal está llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de cierto precepto legal que puede ser relevante al momento de que una Corte de Apelaciones resuelva un reclamo de ilegalidad. Sin duda que la decisión impactará en la gestión pendiente.* Para eso está diseñado el recurso de inaplicabilidad, para excluir o permitir la inclusión de preceptos legales dentro del abanico de normas que tiene el juez de la instancia para resolver el asunto controvertido. *Esa decisión no implica cuestionar la institucionalidad.* Es velar por la supremacía constitucional que el Tribunal Constitucional, de modo especial y a través de distintos instrumentos, como el recurso de inaplicabilidad, debe resguardar (...).”

De esta forma, podemos deducir del razonamiento del Tribunal Constitucional (en adelante también TC), que debido a la esfera atributiva que le fija el art. 93, en este asunto lleva a cabo una separación entre las cuestiones de legalidad y cuestiones de constitucionalidad implícitas, como, asimismo, le da relevancia al cometido de pronunciarse sobre la constitucionalidad de cierto precepto legal que puede ser relevante al momento de que una Corte de Apelaciones resuelva un reclamo de ilegalidad (como finalmente así aconteció). De ahí que, además, concluya dos asuntos de suma importancia: que, por un lado, “la decisión que se adopte, ha de basarse en nuestro marco constitucional (...) esta Magistratura –se señala– no puede utilizar el derecho constitucional extranjero como parámetro para resolver un asunto sometido a su conocimiento [concluyendo el TC que “tienen, por tanto, un déficit democrático respecto a nuestro país”]” (Considerando Octavo), y, por el otro, se indica que

“no podemos resolver lo que nos parece óptimo, mejor o más conveniente. Una resolución en base a esas variables, está en el ámbito del legislador (...) Nosotros no resolvemos en base al mérito de un asunto que nos es sometido a consideración. Lo hacemos en base a la contradicción entre un precepto legal y la Constitución” (Considerando Noveno).

Especialmente importante es esta última aseveración del TC, toda vez que, en un primer momento, excluye cualquier juicio de mérito, oportunidad o conveniencia sobre la capacidad reguladora del legislador; no obstante que, con posterioridad, al desarrollar su criterio interpretativo en la *ratio decidendi* del fallo, precisamente rebate tal capacidad reguladora, configurando a partir de ello el vicio de inconstitucionalidad que sustenta su sentencia estimatoria. Es decir, implícitamente la sentencia discurrió en torno a la temática de la *reserva legal*, sin mencionarse explícitamente tal garantía, que, en última instancia, resultó determinante en la resolución del asunto, tanto en la propia sede del Tribunal Constitucional, como de la Corte de Apelaciones de Santiago. Ya que el cuestionamiento giró, sobre todo, respecto a la densidad normativa o especificidad regulativa del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, lo que es, además, una perspectiva de enjuiciamiento abstracto y no necesariamente concreto, contrariando la exigencia de la instancia de inaplicabilidad al ser claramente un control de aplicación.

III) PROBLEMATIZACIÓN DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: A PROPÓSITO DE LA CAPACIDAD REGULADORA DE LA LEY EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El comentario discurrirá, en consecuencia, en torno a la capacidad reguladora de la ley, especialmente en la temática de los derechos fundamentales. En efecto, sobre el particular hay que destacar del fallo del TC, los “factores interpretativos” que guiaron su decisión:

“DÉCIMO. Que, para resolver el presente requerimiento, queremos señalar cuatro elementos interpretativos que orientarán la decisión: que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales; que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto; que los correos electrónicos no son necesaria e inequívocamente actos administrativos, y que la Constitución debe interpretarse a la luz del progreso tecnológico”;

Solamente nos interesa centrarnos en los dos primeros elementos interpretativos, esto es, que los funcionarios públicos tienen derechos constitucionales, y que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto.

En cuanto al primer asunto, esto es, que los funcionarios públicos son titulares de derechos fundamentales, el fallo indica:

“DUODÉCIMO. Que, sin embargo, ese régimen estatutario de los funcionarios se limita a regular la actividad funcional y no suspende los derechos que la Constitución garantiza a toda persona.

La Constitución reconoce una titularidad amplia de derechos constitucionales. El artículo 19 comienza señalando que la Constitución asegura “a todas las personas” ciertos derechos. En esa amplia titularidad, caben los funcionarios públicos.

La Constitución consagra, entonces, que los funcionarios, al igual que el resto de las personas, sean titulares de los derechos fundamentales que ella asegura.

De hecho, la Constitución se preocupa de establecer directamente algunas restricciones en el ejercicio de ciertos derechos. Así, por ejemplo, los funcionarios públicos no pueden declararse en huelga (artículo 19 N° 16°); y las Fuerzas Armadas y Carabineros son cuerpos “*esencialmente obedientes y no deliberantes*” (artículo 101).

Por lo demás, la titularidad de derechos constitucionales por parte de funcionarios públicos ha sido reconocida por esta Magistratura, de modo general (STC 1990/2012) y de modo particular respecto de ciertos derechos (por ejemplo, STC 640/2005);

Concluyendo, igualmente, que “las limitaciones tienen que ver con derechos muy específicos y están señalados excepcional y determinadamente” (Considerando Decimotercero).

Respecto al segundo argumento, la sentencia indica que el derecho de acceso a la información no es un derecho absoluto y es solo respecto de ciertos asuntos.

Parte señalando que es necesario determinar “la forma en que se concibe el mandato de publicidad establecido en el artículo 8° de la Constitución”. A fin de explicar ello, transcribimos textualmente lo que expresa sobre el particular el TC:

“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 hace o tienen los órganos del Estado, sino solo 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)”;

Además, plantea lo referente al secreto de la deliberación administrativa, con ello concluye que no todo lo que sucede en la Administración puede ser público y que existe una reserva legítima:

“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*”.

Ahora bien, sistematizados los criterios argumentativos anteriores, haremos una breve aproximación a la doctrina, sobre el papel configurador de la ley en materia de derechos fundamentales, más específicamente se abordará la paradójica relación entre estos derechos y la ley.

En efecto, como indica L. M. DÍEZ-PICAZO, “una notable paradoja de los derechos fundamentales es que, tratándose primariamente de barreras frente al legislador, su plena eficacia a menudo está necesitada de colaboración legislativa”; es decir, las leyes inciden en los derechos fundamentales, “regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos”, así, “los derechos fundamentales son, a la vez, límite frente a la ley y objeto de regulación de la misma”¹. Existe, en consecuencia, entre los derechos fundamentales y la ley, una “vertiente de vincula-

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005) *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 99.

ción negativa (tope a la ley) como de vinculación positiva (promoción por la ley)².

Los derechos fundamentales, como todos los derechos subjetivos, *no son derechos absolutos y están sujetos a límites*. Los cuales, por una parte, sirven para definir el contenido mismo del derecho, y, por otra, sirven para establecer cuál es la esfera de ejercicio amparada por el Derecho, que más allá de dicho límite resultaría ilegítima su ejecución o que, sería lo mismo, se situaría en una zona que no está prevista dentro de las posibilidades de eficacia normativa del respectivo derecho subjetivo. En consecuencia, teniendo en cuenta la finalidad de convivencia general que cumplen los derechos fundamentales, estos podrían ser limitados en la medida que sea necesario para el cumplimiento de los fines de la sociedad política, con ello existen posibilidades abiertas de afectación por parte del legislador (restricciones). Asimismo, este mismo “legislador de los derechos fundamentales” puede intervenir en la esfera del respectivo derecho a fin de desarrollar o completar la indeterminación constitucional del mismo (delimitación). Expresado en otros términos, la capacidad reguladora del legislador en materia de derechos fundamentales, puede tener una perspectiva tanto de *restricción* como de *delimitación* de los mismos.

Precisado ello, E. ALDUNATE indica, además, que uno de los principales problemas dogmáticos que genera la temática de los *límites* o *restricciones* a los derechos fundamentales, *apunta a la vinculación entre las potestades normativas reguladoras y las posibilidades de control de las mismas por la jurisdicción constitucional*³ (perspectiva altamente pertinente a la sentencia en estudio). En este contexto, indica este mismo autor que “en relación a los preceptos relativos a la afectación de derechos, en general, el constituyente de 1980 fue particularmente prolífico y poco sistemático en el uso de expresiones que se pueden asociar a la idea de límites, limitaciones y restricciones”⁴.

En el caso particular del artículo 19, N° 5°, al asegurar la inviolabilidad “de toda forma de comunicación privada”, prescribe, además, que pueden “las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los *casos y formas determinados por la ley*”. Claramente estamos en presencia de una disposición constitucional que habilita al legislador para establecer limitaciones o restricciones a este derecho fundamental. Configurando de esta forma un “límite externo” al ejercicio de este derecho subjetivo, el cual, por una parte, la Constitución le garantiza su contenido esencial (como “límite interno”) y la esfera de ejercicio legítimo del mismo; pero, por otra, debe necesariamente compatibilizar

² Díez-PICAZO (2005) 99.

³ ALDUNATE, Eduardo (2008) *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal-Publishing, p. 234.

⁴ ALDUNATE (2008) 242.

su ejercicio con el derecho de acceso a la información pública, reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12° de la Constitución y, a la vez, complementario del artículo 8° que consagra la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, como de los fundamentos y procedimientos que se utilicen.

Es decir, la medida legislativa restrictiva debe basarse en las perspectivas de razonabilidad y proporcionalidad, cuyo fundamento esencial es posibilitar el acceso a la información pública. Expresado de otra forma, nos enfrentamos al problema de compatibilizar el ejercicio legítimo del derecho fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, con las posibilidades de restricciones que la Constitución habilita al legislador en “casos y formas determinados”, y que, en el tema en estudio, busca potenciar el acceso a la información, haciendo pública –según lo prescribe la Ley N° 20.285, en su artículo 5°, inciso 2°– “toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, en donde claramente se encuentran comprendidos los correos electrónicos de los funcionarios públicos.

SEGÚN E. ALDUNATE –a propósito del derecho fundamental a la inviolabilidad del hogar del artículo 19, N° 5°–, señala que “la ley tiene aquí un amplio espacio de regulación, pero ¿cuál es el contenido protectivo de este derecho para el legislador? La fórmula que expresa el mínimo según el cual la garantía no se torne vacía”⁵; y permite sustraer de ese espacio o esfera de autonomía, intervenciones arbitrarias o no sujetas a control⁶. De ahí que, citando a H. NOGUEIRA, “las limitaciones y excepciones al respeto y protección de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas deben estar expresamente establecidas por ley, como asimismo, el precepto legal y la conducta y procedimientos de las autoridades o funcionarios que se habiliten en casos determinados y excepcionales a afectar la inviolabilidad de las comunicaciones privadas deben actuar sin abuso o arbitrariedad y en la medida estrictamente necesaria, salvaguardando en el mayor grado posible la vigencia del derecho de acuerdo a los criterios de proporcionalidad y racionalidad”⁷. Prohibiendo, en consecuencia y frente a la posibilidad regulativa del legislador, la producción de preceptos que no cumplan con tales estándares, como asimismo que tal regulación legislativa no compatibilice, mediante la respectiva restricción, el ejercicio de un determinado derecho fundamental con otros derechos constitucionales. La pregunta que surge por sí sola es la siguiente: *¿cumpliría lo preceptuado en el artículo 5°, inciso 2°, de la Ley N° 20.285, con el estándar de proporcionalidad*

⁵ ALDUNATE (2008) 249-250.

⁶ ALDUNATE (2008) 250.

⁷ NOGUEIRA, Humberto (2008) *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I. Santiago: Librotecnia, p. 728.

y racionalidad regulativa que se le exige en esta temática al legislador? Contrario a los criterios desarrollados en la sentencia en comento y como lo demostraremos más adelante, creemos que sí cumpliría la regulación legal impugnada con los estándares constitucionales.

Saliendo del estricto plano de la literatura nacional, iguales dificultades se vislumbran en el Derecho comparado, en donde la ambigüedad del lenguaje en esta materia es la tónica, es habitual usar indiferentemente expresiones como “límites”, “limitaciones”, “restricciones”, “delimitación”, etc. Según L. M. DÍEZ-PICAZO, “esta falta de precisión en el lenguaje puede inducir a confusión sobre quién está legitimado a imponer topes a quién, es decir, puede llevar a poner en un mismo plano la simple posibilidad de que, siempre que concurren ciertas condiciones, la ley limite los derechos fundamentales y la irrenunciable función constitucional de estos últimos como barrera frente a la decisión legislativa por mayorías”. Pues bien, prosigue este autor, “se hablará de “delimitación” para designar aquellas intervenciones tendentes a completar la indeterminación del texto constitucional, fijando hasta dónde llega un derecho; y se hablará de “restricciones” para designar cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho”⁸.

Sin embargo, según DÍEZ-PICAZO, surge otra dificultad derivada del hecho de que *la frontera entre delimitación y restricción de los derechos fundamentales dista de ser nítida*. Para averiguar cuándo hay restricción del contenido de un derecho, es preciso haber procedido a la delimitación del contenido de ese derecho; y la delimitación del contenido de los derechos fundamentales es a menudo una empresa ardua, sobre todo por la notable indeterminación de muchos de los enunciados constitucionales que declaran derechos. En otras palabras, los derechos fundamentales suelen caracterizarse, según una conocida imagen, *por tener un núcleo de certeza y un halo de incertidumbre*. Queda, así, al descubierto el máximo interrogante que plantea la relación entre los derechos fundamentales y la ley, a saber: *¿deben predicarse los derechos fundamentales únicamente de aquellos supuestos que entran dentro de su núcleo de certeza?* La concepción predominante del contenido de los derechos fundamentales no traza una distinción neta entre lo incluido y excluido, sino que tiende a ver los derechos fundamentales, más bien, como *el conjunto del núcleo de certeza y el halo de incertidumbre*: este es amplio, tiene de contornos difusos, y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien proclamado; aquel es más reducido y comprende solo aquellas situaciones que el ordenamiento inequívocamente protege como derecho fundamental⁹.

Situados ahora en los contornos argumentativos del fallo en comento, se deben poner de relieve dos perspectivas del mismo y que derecha-

⁸ DÍEZ-PICAZO (2005) 107.

⁹ DÍEZ-PICAZO (2005) 107-110.

mente entran a examinar el fondo del requerimiento: a) El epígrafe V titulado “Se afecta negativamente la inviolabilidad de comunicaciones privadas” (Considerandos 29-52); y b) El Epígrafe VI titulado “El inciso segundo del artículo quinto de la Ley N° 20.285 excede lo previsto en la Constitución” (Considerandos 53-66).

A) EPÍGRAFE V TITULADO “SE AFECTA NEGATIVAMENTE LA INVIOLABILIDAD DE COMUNICACIONES PRIVADAS”.

Los argumentos del TC se pueden resumir del siguiente modo:

a.1. Respecto al artículo 19 N° 5° de la Constitución, se apunta que “por su sentido y por su texto, el precepto comprende las formas actuales y las futuras de comunicación, incluido, por cierto, el correo electrónico” (Considerando Trigésimo).

a.2. Indica el TC, “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)” (Considerando Trigésimo segundo). Además se expresa, “la Constitución garantiza la inviolabilidad de la comunicación y de los documentos que la desarrollan” (Considerando Trigésimo cuarto).

a.3. Expresa también el TC que “debe tratarse de comunicaciones privadas (...) El concepto apunta a que se trate de comunicaciones que permitan mantener al margen a terceros, sean estos 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” (Considerando Trigésimo quinto).

a.4. Se precisa, igualmente, “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 (...) 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 comuni-

caciones 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” (Considerando Trigésimo sexto).

a.5. Se aborda, también, lo concerniente a los casos en que la Constitución posibilita limitar la garantía de la inviolabilidad:

“TRIGESIMO OCTAVO. 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 estas 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”.

a.6. Por último, “*el acceso a comunicaciones privadas solo 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*” (Considerando Cuadragésimo primero).

a.7. Ahora bien, el TC colige de lo anterior que el precepto legal impugnado vulnera el artículo 19 N° 5 de la Constitución, por *las siguientes razones*: 1) Los correos electrónicos se enmarcan dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que utiliza la Carta en el artículo 19 N° 5°, y la tutela está dada por el hecho de llevarse a efecto por un mecanismo técnico cerrado, cuestión que además incluye, como titulares de este derecho, a los funcionarios públicos, porque “lo que se pro-

tege 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”; de ahí que, por un lado, la regla general es que, salvo prohibición expresa, las casillas institucionales pueden usarse para comunicaciones privadas o personales, y, por el otro, “que tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Estas han sido electas o designadas para que tomen buenas decisiones. Para eso están. Ello implica que deben apoyarse en la mejor información posible. Para lograr ese propósito necesitan tener cierta confidencialidad para lograr una adecuada, eficaz y pertinente deliberación técnica. Para tener en cuenta los distintos puntos de vista involucrados” (Considerandos Cuadragésimo segundo a Cuadragésimo quinto). 2) “La segunda razón para considerar que se vulnera el artículo 19 N° 5° de la Constitución es que no compartimos lo afirmado por el Consejo para la Transparencia, al sostener que la Ley N° 20.285 es uno de los casos y formas determinados por la ley que permiten interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados asociados a ellas (...) 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°” (Considerando Cuadragésimo sexto).

B) EPÍGRAFE VI TITULADO “EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO QUINTO DE LA LEY N° 20.285 EXCEDE LO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN”.

b.1. Sobre el particular son relevantes los siguientes Considerandos de la sentencia, que reproducimos textualmente:

“QUINCUAGESIMO QUINTO. Que el Consejo para la Transparencia ha reconocido esta situación. En la decisión de amparo C1101-11 se sostiene que “*el legislador ha extendido la publicidad de la información más allá del tenor del artículo 8° de la Constitución*”. El fundamento para esa ampliación lo encuentra el Consejo en que el derecho de acceso a la información se encuentra en la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones”;

“QUINCUAGESIMO SEXTO. Que, como se observa, no se discute el que la Ley N° 20.285, específicamente el precepto impugnado, fue más allá de lo establecido por la Constitución en el artículo 8°. *La discusión es si esto es legítimo o no*”;

b.2. Finalmente concluye el TC:

“SEXAGESIMO SEXTO. Que este Tribunal considera, en consecuencia, que efectivamente el inciso segundo del artículo 5°, 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”.

IV) LA ARGUMENTACIÓN DEL VOTO DISIDENTE

La sentencia fue acordada con el voto en contra de los Ministros Francisco Fernández, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García, quienes estuvieron por desestimar el requerimiento por las siguientes razones:

La disidencia se divide en cinco partes: I) Conflicto constitucional: sujetos activos, pasivos y afectación de derechos en este proceso constitucional; II) Determinación de la admisibilidad constitucional de la injerencia sobre el derecho afectado y acreditación de la razonabilidad de la limitación; III) Juicio de razonabilidad; IV) Juicio de proporcionalidad; V) Vulneración del contenido esencial del derecho al respeto a la vida privada.

Parte explicando el voto minoritario, de qué forma el artículo 5°, inciso segundo, se ajusta a la Constitución Política:

“18.- Que, sin perjuicio de lo anterior, a juicio de estos disidentes, el artículo 5°, inciso segundo, se ajusta a la Constitución Política, ya que esta, al consagrar en su artículo 8° una directriz interpretativa de publicidad y transparencia, junto con el derecho fundamental de acceso a la información dispuesto, como se indicó, en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, establece un piso mínimo a partir del cual el legislador debe desarrollar tales principios, lo que efectivamente ocurre con la Ley N° 20.285, como se desprende de la lectura de las normas transcritas. Esta propia Magistratura rechazó que se tratara de una norma interpretativa constitucional (ver prevención de los Ministros Venegas y Navarro en la STC 1051), sino que era un mandato de desarrollo del contenido constitucional como es lo habitual en la generalidad de las leyes. Además, como hemos señalado, esta Magistratura ha reconocido un derecho implícito de acceso a la información pública en consonancia con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de septiembre del año 2006 en el caso *Claude vs Chile*. Este derecho es amplio y abarca toda información en poder del Estado, salvo las excepciones constitucionales indicadas en el artículo 8°”;

“19.- Que la legitimidad de la norma impugnada, que ha sido uno de los fundamentos de la resolución del Consejo para la Transparencia, debe sortear tres juicios de ponderación, respectivamente el de razonabi-

lidad, el de proporcionalidad y el de respeto al contenido esencial de los derechos afectados”;

Posteriormente, desarrollan el *juicio de razonabilidad* que sustentaría su argumentación:

“**20.-** Que el *juicio de razonabilidad* admite diversas variables. Sin embargo, en el caso concreto, cualquiera de los conceptos que se utilice –razonabilidad como concepto subsidiario de la estricta racionalidad (STC roles N°s 282, 465, 467, 788, 1452 y 1615, entre otras) o razonabilidad como interdicción de la arbitrariedad (STC roles N°s 1133, 1217, 1234, 1307, 1332, 1418 y 1580, entre otras– se cumple en la especie. Es razonable la norma del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley 20.285, cuestionada en autos, porque está vinculada al cumplimiento de objetivos o finalidades constitucionales y legales legítimas, según lo prescribe el artículo 32 de la Ley N° 20.285”;

“**21.-** Que en el caso sub lite es preciso tener en cuenta que la legitimidad de la intervención sobre los derechos supuestamente afectados, supone describir las razones admisibles para intervenir en función de las exigencias de una sociedad democrática, esto es, que se trate de límites previstos por la Constitución o el legislador, según ya lo vimos, y que se deriven de la reivindicación de “*los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*” (artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución)”;

“**22.-** Que, en tal sentido, la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, satisface plenamente el juicio de razonabilidad a la luz de tales exigencias, dada la dimensión pública de la información solicitada”;

Luego, abordan el *juicio de proporcionalidad* que también sustentaría su argumentación:

“**30.-** Que corresponde ahora realizar el juicio de proporcionalidad invocado en el requerimiento y reiterado por la requirente en la audiencia de la vista de la causa”;

“**31.-** Que el *juicio de adecuación o idoneidad* es el punto de partida de un examen sobre la proporcionalidad de la injerencia. La autorización del CPLT de la revisión de los correos electrónicos solicitados ¿es un mecanismo adecuado para satisfacer la necesidad de información invocada por el Alcalde de Melipilla a fin de poder controlar el gasto público y permitir la rendición de cuentas por parte de autoridades? Tal como lo estipuló el Decreto 355, de 29 de marzo de 2010, por parte de las dos autoridades vinculadas a la materia: el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de Melipilla, ello es así. Asimismo, la solicitud abarca también los correos electrónicos del funcionario designado por el Ministerio del Interior como contraparte de la Gobernación Provincial de Melipilla. Esta medida que afecta a un funcionario innominado pero existente, es igual-

mente idónea para conocer la ejecución del programa y el destino final de los recursos. Llama la atención que no se reivindique el derecho al respeto a la vida privada de este funcionario, debilitando así la argumentación de la requirente. Resulta indubitado que el acceso a los correos electrónicos mencionados es una medida idónea para obtener el resultado buscado”;

“32.- Que, en cuanto al *juicio de necesidad de la medida*, ¿hay otros medios alternativos para obtener la información sobre los recursos públicos pendientes para Melipilla? Tratándose de un asunto en donde las peticiones de recursos, la asignación de los mismos y las rendiciones de cuentas del Programa Manos a la Obra se realizaron mediante correos electrónicos, según quedó acreditado por el Informe Final de la Contraloría del 1° de marzo de 2011, el Alcalde de Melipilla opta por pedir el acceso a esos correos y, frente a la negativa, recurre ante el CPLT, conforme lo establece la Ley N° 20.285. Por tanto, resulta cumplido el juicio de necesidad, puesto que ésa es la vía fijada por la ley para obtener la información, recordando que la propia autoridad validó la información mediante correos electrónicos para la aplicación del Programa Manos a la Obra”;

“33.- Que *el juicio de proporcionalidad en un sentido estricto* trata de identificar las ventajas que se obtendrían con la injerencia sobre el derecho al respeto de la vida privada, test de daño, en relación con los beneficios que se producirían con el conocimiento público de la información requerida, test de interés público.

El test de proporcionalidad en sentido estricto se satisface por las siguientes razones:

a.- Porque la solicitud se refiere a un número definido de comunicaciones electrónicas, producidas entre el Subsecretario del Interior y la Gobernadora de Melipilla; la petición no es indeterminada, sino específica. Está acotada en el tiempo, por la materia y por la cantidad de correos que guardan relación con al asunto. El requerimiento de información no se extiende a toda la correspondencia digital realizada entre el Subsecretario y la Gobernadora, sino solo a la que tenga relevancia pública referida a los fondos del Programa Manos a la Obra en lo relativo a la reconstrucción en la Comuna de Melipilla. Para cumplir con lo requerido bastaba con que el Subsecretario hubiera hecho una selección de la información según ese criterio, siguiendo los principios de la divisibilidad y de máxima divulgación (artículo 11 de la Ley N° 20.285) y, en caso de disconformidad por parte del Alcalde de Melipilla, entonces este podría haber recurrido ante el CPLT poniendo en marcha el procedimiento de reclamo establecido por la propia Ley 20.285;

b.- Porque el principio de divisibilidad tiene la virtud de generar una especie de óptimo paretiano que busca garantizar la máxima efectividad de los derechos y bienes jurídicos involucrados;

c.- Porque esta ponderación, siguiendo lo dispuesto en la Ley 20.285, excluye cualquier referencia al soporte o formato de la información solicitada, como son los correos electrónicos. Lo que interesa es la naturaleza de la información misma, no su formato. En un ejercicio de ponderación entre el derecho al respeto y protección de la vida privada, artículo 19 N° 4, frente al derecho a la información del artículo 19 N° 12 de la Constitución, no cabe apelar a una consideración abstracta en que siempre la primacía la tenga el resguardo de la privacidad. Tal posición, que acepta la tesis de la jerarquía entre derechos, se aleja de la determinación fáctica del caso concreto, siendo contraria a la naturaleza del recurso de inaplicabilidad y no es coherente con la jurisprudencia de esta Magistratura;

d.- Que la autorización mediante decreto supremo por parte del Ministerio del Interior para utilizar correos electrónicos en este programa público, exige un juicio de ponderación, puesto que, de asumir lo contrario, jamás podría existir una decisión pública adoptada por un correo electrónico que pudiera ser conocida, con lo cual se vulneraría la Constitución. Los acuerdos y contratos para la entrega de materiales a todas las municipalidades del país afectadas por el terremoto incorporaron, como procedimiento y como respaldo de una decisión pública, el uso de los correos electrónicos. ¿Por qué, entonces, una solicitud del Alcalde de Melipilla que intenta conocer sobre lo que aconteció con recursos que estima adeudados a su comuna, no puede recurrir a esa vía para indagar por qué no se le reembolsaron los gastos efectuados?”;

Finalmente, hacen referencia a la vulneración del *contenido esencial* del derecho al respeto de la vida privada:

“39.- Que, finalmente, corresponde realizar el examen del respeto al contenido esencial del derecho, tal como lo exige la Constitución en su artículo 19 N° 26, en relación con el derecho de respeto y protección de la vida privada. La ley le encomienda al CPLT fiscalizar el cumplimiento de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, respetando las causales de reserva y secreto establecidas en la Constitución y en la ley, y debiendo guardar sigilo sobre los documentos, actuaciones y resoluciones que caigan dentro de esa categoría (artículo 35 de la Ley N° 20.285). La divulgación de secretos personales califica dentro de los actos prohibidos, implícitamente, a los consejeros y directamente al personal del CPLT”;

“40.- Que *los derechos son afectados en su esencia cuando se desnaturaliza su contenido constitucional, de tal manera que el derecho se vuelve irreconocible, o cuando se establecen límites de tal entidad que entran su ejercicio más allá de lo razonable y lo tornan irrealizable* (STC Rol 43). Para determinar cuándo concurre, concretamente, la vulneración al contenido esencial, esta Magistratura ha adoptado un procedimiento: *“la determinación del contenido esencial debe tener en consideración dos elemen-*

tos irrenunciables. En primer lugar, el momento histórico de cada situación concreta, por el carácter evolutivo del contenido esencial del derecho y, luego, las condiciones inherentes de las sociedades democráticas, lo que alude a determinar el sistema de límites del ordenamiento jurídico general y cómo juega en ella el derecho y la limitación (STC 792, c. 13)”;

“41.- Que, por otra parte, cabe tener presente que la Ley N° 20.285, en su artículo 21, N° 2, al ejemplificar la causal de reserva consistente en la afectación de los derechos de las personas, se refiere particularmente a “su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. La información solicitada por el Alcalde de Melipilla no cabe en ninguna de esas categorías. No se trata, en efecto, de datos sensibles ni siquiera de datos personales a la luz de las definiciones contenidas en el artículo 2° literales f) y g) de la Ley 19.628. No se refieren, respectivamente, a “cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”, ni menos “a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”;

“42.- Que, por lo tanto, no puede en ningún caso entenderse que el respeto y la protección a la vida privada del requirente puedan verse amenazados por la aplicación del artículo 5°, inciso segundo, reprochado en autos, en el proceso *sub lite*”;

“43.- Que, por todo lo razonado precedentemente, estos disidentes nos pronunciamos por el rechazo del presente requerimiento de inaplicabilidad”.

V) COMENTARIOS FINALES

1. Queda claro que el correo electrónico es una comunicación privada comprendida en la garantía constitucional del artículo 19° N° 5, por cuanto se trata de una forma de comunicación que se permite mantener al margen de terceros (ya sea el Estado o los particulares), que no son emisores ni receptores de la información, impidiendo cualquier acción que implique acceder ilegítimamente a comunicaciones privadas.

2. En lo concerniente a los casos en que la Constitución posibilita limitar la garantía de la inviolabilidad, se desprende que debe haber una autorización legal, que regule los “casos y formas” en que se restringirá tal garantía. No queda claro, eso sí, la exigencia constitucional de la “determinación”, pues solo se le prescribe al legislador, como exigencia de densidad normativa, determinar los “casos y formas” en que procede la respectiva limitación. Ahora bien, en cuanto a los “casos”, estos están especificados en la propia ley, ya que, como

lo mencionamos con anterioridad, hace pública –según lo prescribe la Ley N° 20.285, en su artículo 5°, inciso 2°– “toda información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”, en donde claramente se encuentran comprendidos los correos electrónicos de los funcionarios públicos. Respecto a las “formas”, éstas deben necesariamente circunscribirse a los procedimientos que actualmente rigen en la Ley de acceso a la información pública, y en virtud de la cual rige su actuación el Consejo para la Transparencia, cuya competencia está fijada en la Ley N° 20.285.

3. A la luz del artículo 8° de la Carta, que consagra el principio de publicidad (inspirado en el bien jurídico de la transparencia), el exceso regulativo del precepto legal impugnado no necesariamente transforma en ilegítima tal regulación, es decir, al ir más allá de lo establecido por la Constitución, la regulación legislativa compatibilizaría, mediante la respectiva restricción, el ejercicio de un determinado derecho fundamental (art. 19° N° 5), con otro derecho subjetivo (art. 19° N° 12) y con principios constitucionales (art. 4°, principio democrático, y art. 8°, principios de publicidad y de transparencia), cuestión que justificaría la racionalidad y proporcionalidad del ejercicio de la potestad legislativa. Es decir, el artículo 8° establece una directriz mínima para la publicidad y transparencia de la información pública, a partir de la cual el legislador puede desarrollar tales principios, configurando o delimitando, de ese modo, el derecho de acceso a la información, consagrado implícitamente en nuestro sistema constitucional.

4. De esto puede colegirse, que el razonamiento del TC –debido a la esfera atributiva que le fija el art. 93–, lleva a cabo una separación entre las cuestiones de legalidad y cuestiones de constitucionalidad implícitas, dándole preeminencia al parámetro constitucional, al verificar la aplicación del precepto legal impugnado para el caso en particular. Siendo así las cosas, y descartando el parámetro de legalidad como instancia de verificación, entra derechamente a cuestionar la constitucionalidad del precepto legal, concluyendo el TC, “que efectivamente el inciso segundo del artículo 5°, impugnado en autos, *excede*, en su aplicación a la gestión pendiente de autos, lo dispuesto en la Carta Fundamental (...) 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*” (Considerando Sexagésimo sexto). Sobre esto último habría que centrar la atención, pues emplea el término “excede” y no que sea “contrario” a la Constitución (como sí lo exige el tenor del artículo 93 N° 6°), cuestionando la legitimidad regulativa que posee en esta esfera el legislador, llevando a cabo un claro control de atribución, a través de una vía que, de acuerdo a la propia naturaleza de esta instancia de verificación, exige un control concreto y, además, de ejercicio. Expresado de otra forma, al concluir que existió un exceso regulativo por el legislador en este caso, el TC no lleva a cabo un test de proporcionalidad,

ni de razonabilidad, entre la medida limitadora y la finalidad perseguida por ella, ya que al concluir que “va más allá de lo que el constituyente estimó debe publicitarse”, no pondera la adecuación ni la necesidad de la medida restrictiva, que compatibiliza el ejercicio de la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, con el derecho constitucional de acceso a la información pública, reconocido en el artículo 19° N° 12, y, a la vez, complementario del artículo 8° de la misma Carta.

5. Un asunto de mucha relevancia que hay que destacar sobre este particular, es que el control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, en sede de inaplicabilidad, es más de ejercicio que de atribución. Entendiéndose en este caso por *control de ejercicio*, aquel que se traduce en la existencia de un parámetro jurídico en el cual verificar una determinada actuación, que en la sentencia en comento se trata de un precepto legal que habilitó al Consejo para la Transparencia ordenar la entrega del contenido de correos electrónicos institucionales llevados a cabo entre órganos de la Administración del Estado, cuya aplicación en esta situación en particular podría resultar contraria a la Constitución. Otra cuestión es el *control de atribución*, ya que este hace mención a los límites con que la Constitución sujeta la atribución de las respectivas potestades, en este caso, la capacidad regulativa del legislador para establecer una restricción al ejercicio de un determinado derecho fundamental. Situados en esta perspectiva argumentativa, el voto de mayoría al rebatir tal capacidad reguladora, configurando a partir de ello el vicio de inconstitucionalidad que sustenta su sentencia estimatoria, implícitamente la sentencia discurrió en torno a la competencia atributiva que le otorga al legislador la reserva de ley, cuestionando la densidad normativa de la regulación legal, no para el caso en particular, sino, más bien, abstractamente considerada.

6. Como consecuencia de lo anterior, se desprende que la verificación que lleva a cabo el TC en este caso, discurre esencialmente en una perspectiva abstracta, toda vez que, en un primer momento, excluye cualquier juicio de mérito, oportunidad o conveniencia sobre la capacidad reguladora del legislador; no obstante que, con posterioridad, al desarrollar su criterio interpretativo en la *ratio decidendi* del fallo, *precisamente rebatida tal capacidad reguladora*, configurando a partir de ello el vicio de inconstitucionalidad que sustenta la sentencia que acoge el requerimiento. Es decir, implícitamente la sentencia discurrió en torno a la temática de la *reserva legal*, sin mencionarse explícitamente tal garantía, que, en última instancia, resultó determinante en la resolución del asunto, tanto en la propia sede del Tribunal Constitucional, como de la Corte de Apelaciones de Santiago. Ya que el cuestionamiento giró, sobre todo, respecto a la densidad normativa o especificidad regulativa del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, lo que es, claramente, una perspectiva de enjuiciamiento abstracto y no necesariamente concreto, contrariando la exigencia de la instancia de inaplicabilidad al ser un control de aplicación.

7. En resumidas cuentas y como comentario final, habría que concluir que la medida legislativa restrictiva impugnada, cumplía los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que exige nuestro sistema constitucional, cuyo fundamento esencial es posibilitar el acceso a la información pública. Expresado de otra forma, la norma limitativa impugnada compatibiliza el ejercicio legítimo del derecho fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, con las posibilidades de restricciones que la Constitución habilita al legislador en “casos y formas determinados”, y que, en el tema en estudio, busca potenciar el derecho al acceso a la información pública. En este contexto, el fallo mayoritario parece olvidar dos asuntos sustanciales en el Derecho constitucional: Por una parte, que existe un necesario correlato entre la noción de reserva legal y cómo se define la ley, y, a partir de esto, cómo asignarle un claro papel a la reserva dentro de un Estado democrático, lo que obliga a enfrentarse a la trascendental relación entre Constitución y democracia, y la intrincada vinculación de ambos con los derechos fundamentales, tarea que no está exenta de discrepancias para el intérprete constitucional; sin olvidar, en ningún caso, que el fundamento de la técnica de la reserva de ley se encuentra, actualmente, en el principio democrático y en la garantía del pluralismo político (especialmente como garantía de las minorías), de ahí que llame poderosamente la atención que la sentencia solo haya discurrido implícitamente en la importante temática de la reserva legal, sin mencionar explícitamente tal garantía. Por otra parte, omitió considerar un aspecto esencial de la teoría general de los derechos fundamentales, cual es, que, como ya se citó, la concepción predominante del contenido de los derechos fundamentales no traza una distinción neta entre lo incluido y excluido, sino que tiende a ver los derechos fundamentales, más bien, como *el conjunto del núcleo de certeza y el halo de incertidumbre*: este es amplio, tiene contornos difusos, y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien proclamado; aquel es más reducido y comprende solo aquellas situaciones que el ordenamiento inequívocamente protege como derecho fundamental; es decir, en la *ratio decidendi* no se expresó el núcleo de certeza de los derechos involucrados, ni tampoco se precisó lo concerniente a la capacidad reguladora de la ley, especialmente en su rol de restricción y de delimitación de los derechos fundamentales. En síntesis, estamos en presencia de una sentencia con un fuerte contenido antidemocrático, que para nada logra la necesaria reconciliación entre el principio democrático con los derechos fundamentales, cuestión que constituye el presupuesto básico para lograr las *condiciones de cooperación social justa*¹⁰ en un Estado constitucional de Derecho.

¹⁰ ALEXY, ROBERT (2005): “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En Carbonell, Miguel: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, p. 40.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2005): “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En Carbonell, Miguel: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- ALDUNATE, Eduardo (2008) *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal-Publishing.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2005) *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas.
- NOGUEIRA, Humberto (2008) *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I. Santiago: Librotecnia.