



Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.

VISTOS:

Con fecha 25 de julio de 2014, Cristián Gonzalo Riquelme Urra, Director Administrativo de la Presidencia de la República, ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5° y 10 de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a Información Pública:

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

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

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.





Gestión invocada:

La gestión invocada es el reclamo de ilegalidad Rol N° 4007-2014, caratulado "Presidencia de la República con Consejo para la Transparencia", en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Antecedentes.

Con fecha 24 de septiembre de 2013, Pamela Ortiz Herrera formuló solicitud de información a la Presidencia de la República respecto de los antecedentes, comunicaciones previas y resoluciones de compra de dos banderas patrias para reposición solicitadas el 8 de junio de 2011 y de otras 5 solicitadas el 11 de octubre del mismo año, incluyendo correos electrónicos, especificaciones técnicas, vida útil, medidas, tipos de tela, cuidados y lugar de almacenamiento. Solicitó también las especificaciones sobre otras compras de banderas.



La solicitud fue respondida en octubre de 2013, aludiendo a la bandera monumental de la Plaza de la Ciudadanía, la ejecución de la obra e instalación, los proveedores y la imposibilidad de los proveedores nacionales para cumplir las especificaciones técnicas de la bandera. En cuanto a la entrega de documentos, la Presidencia señaló tener sólo 2 cotizaciones de la proveedora y un memorándum de adquisiciones por el cual se solicita la elaboración de la resolución que aprueba el contrato por la compra de dos banderas. El solicitante dedujo amparo de información ante el Consejo para la Transparencia por no ser íntegramente satisfecha su solicitud.

La Presidencia de la República contestó invocando la reserva y la eficacia del servicio como causales para defender lo obrado, pues no es constitucional ni legalmente admisible entregar correos electrónicos, como



ha sido reconocido por la jurisprudencia, al estar ellos amparados por las garantías de intimidad de los numerales 4° y 5° del artículo 19 de la Carta Fundamental y porque sería discriminar a los funcionarios públicos en la materia.

De igual forma, agregó que se afectaría la eficacia del servicio, al desincentivarse el uso de este medio por no garantizar la debida confidencialidad, negando además al Consejo para la Transparencia la entrega de los correos electrónicos que requirió durante la tramitación del amparo, por haber datos personales de funcionarios resguardados por el artículo 2° de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, por estar caducadas las casillas respectivas.

Finalmente el Consejo acogió la solicitud de amparo ordenando la entrega de los correos electrónicos por considerar que son públicos cuando constituyen en sí el o los fundamentos de actos administrativos, de acuerdo al artículo 8° de la Carta Fundamental, considerando que en este caso lo son, a pesar de no estar invocados en las resoluciones respectivas.

Por último, la requirente de inaplicabilidad formuló el reclamo de legalidad que constituye la gestión invocada.

Señala que la aplicación del inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a Información Pública, es decisiva en la resolución de la gestión, pues en dicho precepto se ha fundado lo resuelto por el Consejo para la Transparencia, agregando que el inciso segundo de dicho artículo también resulta decisivo, por cuanto los correos electrónicos, a ojos de dicho Consejo, vendrían a contener información elaborada con presupuesto público. En cuanto al artículo 10 de la aludida Ley N° 20.285, señala que el Consejo lo ha





utilizado como motivación para determinar la publicidad de correos electrónicos, por lo cual también requiere su declaración de inaplicabilidad.

Normas constitucionales infringidas:

En el requerimiento se invocan como infringidos los artículos 6°, 7°, 8° y 19, numerales 2°, 4° y 5°, de la Carta Fundamental.

Tras referirse latamente al artículo 8° de la Constitución, así como a su sentido, alcance y origen, señala que estableció la reserva de ley del secreto y que no amplió el objeto del principio de publicidad que ya existía en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, agregando que según este Tribunal el acceso público a información no se refiere a todo, sino taxativamente a actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos, con los límites que en el propio artículo 8° se contienen, por lo cual si los mensajes de correos electrónicos no son parte del expediente administrativo, no son información pública. Agrega que para este Tribunal la existencia de información en poder de la Administración o el ser elaborada con recursos públicos no necesariamente implica o justifica una decisión que implique publicidad, cuyo es el caso con los correos aludidos.

Concluye que, de acuerdo a lo razonado por este Tribunal en sentencia Rol N° 2505, el legislador excedió el marco constitucional en esta materia, agregando que lo obrado por el Consejo para la Transparencia va en contra de la jurisprudencia constitucional, vulnera y además supera lo dispuesto por el artículo 8° de la Carta Fundamental, pues se refiere a correos que no están en procedimiento alguno, sin perjuicio de que los mensajes electrónicos no están englobados en dicho artículo, a lo cual se suma que el Consejo para la Transparencia





requiere la entrega de correos indeterminados o indeterminables.

Así, considera que en la aplicación de los preceptos impugnados se han violado los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental por parte del Consejo para la Transparencia, arrogándose facultades que no le ha entregado la ley y pretendiendo definir él lo que es información pública, excediendo los trámites y antecedentes de la contratación pública, alterando el procedimiento administrativo y perturbando la etapa de negociación.

Posteriormente se refiere latamente a las garantías de la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, para arribar a la inviolabilidad del correo electrónico y la titularidad de esos derechos por los funcionarios públicos, en términos ya conocidos por este Tribunal en causas anteriores. Diferencia la propiedad de la casilla y los mensajes derivados de ella, recalcando que la protección constitucional abarca la forma de comunicación, con indiferencia de su contenido.

En extensa referencia a la garantía de igualdad ante la ley, expone que se devendría en un trato gravoso, injustificado y diferenciado para los funcionarios públicos, que perderían la privacidad sobre su correo electrónico, en un caso de discriminación arbitraria.

Por todo lo expuesto, solicita la inaplicabilidad de la preceptiva impugnada.

Acogido a tramitación el requerimiento por la Segunda Sala de este Tribunal, se ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión invocada, confiriéndose traslado para resolver acerca de la admisibilidad.

Evacuando el traslado a fojas 141, el Consejo para la Transparencia solicitó la declaración de inadmisibilidad, señalando que la preceptiva impugnada no





sería de aplicación decisiva, pues si se llegara a prescindir de ella, al tenor del artículo 11, letras a), c) y d), de la misma Ley N° 20.285, se arribaría a la misma conclusión de publicidad de la decisión de amparo, pues dichas normas contienen los principios de relevancia, apertura o transparencia y máxima divulgación, a los cuales se refiere en detalle, que determinarían que la información relativa a estas tratativas y negociación de compra vía trato directo sería pública.

Expone que en este caso la publicidad de estos correos electrónicos que contienen fundamentos de decisiones emana del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política y del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por la vía de consagrar esta última el derecho a acceder a información pública.

Alega además falta de fundamento plausible, pues conforme a los artículos 5° y 8° de la Constitución Política, 5°, 10 y 11 de la Ley N° 20.285, los antecedentes solicitados son públicos.

Posteriormente se refiere latamente al sistema de contratación pública, haciendo suyo lo razonado en sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2351 de este Tribunal, que declaró inadmisibles un requerimiento de inaplicabilidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 en materia de correos electrónicos, por ser pública la información relativa a la modificación de contratos del Transantiago, aunque estuviere contenida en mensajes de casillas. Señala que no ha alterado el procedimiento de contratación pública y que se citen o no en el acto administrativo que decreta la compra, los correos por medio de los cuales se negoció fueron fundamentos del acto en cuestión.





Expone que los artículos 5° y 10 impugnados son reglas generales, mas no normas absolutas, pues debe evaluarse la concurrencia de excepciones, todo lo cual exige interpretar dichas normas y determinar sus excepciones, ponderar causales de reserva, lo que es una cuestión de mera legalidad ajena a esta sede.

Agrega que la preceptiva impugnada es una unidad lógica, que sólo puede adquirir la calidad de precepto legal al complementarse con las frases y demás normas que condicionan la publicidad a la no concurrencia de excepciones a la transparencia, que siguen vigentes.

Acompaña documentos a fojas 164, entre ellos la contestación de la Presidencia, que a fojas 176 reconocería la existencia de los correos.

Con fecha 21 de agosto de 2014 se declaró la admisibilidad del requerimiento y posteriormente se confirió traslado acerca del fondo del conflicto de constitucionalidad planteado.

Evacuando el traslado mediante un escrito de 59 páginas, el Consejo para la Transparencia dio lata cuenta de la preceptiva impugnada, del requerimiento y los caracteres de la gestión invocada.

Señaló que el requerimiento no puede prosperar porque las normas legales impugnadas se ajustan plenamente a la Carta Fundamental y su aplicación en la gestión pendiente no la infringe, pues junto con establecer hipótesis de publicidad reconocen que éstas quedan sujetas a las causales de reserva previstas por la Constitución.


Agregó que el inciso primero del artículo 5° reitera la norma de publicidad de la Constitución y que su inciso segundo agrega dos hipótesis:



- "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".

Expuso que el artículo 10 agrega que cualquier persona puede solicitar información a los órganos de la Administración, incluyendo información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea su formato, y con las excepciones legales, en una regla no absoluta, pues está sujeta a las excepciones generales, ya que la publicidad es el punto de partida. En este marco, señala que el Consejo también tiene el deber legal de velar por el cumplimiento de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales.



Así, señaló que cualquier aplicación razonable de los mismos en la gestión pendiente debe resguardar los preceptos constitucionales de privacidad que se alegan infringidos y que una cuestión diversa es debatir si, en la especie, concurre o no una causal de excepción que amerite que la información no sea pública, ya que ése es el juicio de legalidad sometido al conocimiento de los jueces del fondo. Citando jurisprudencia de inadmisibilidad, concluye que la normativa impugnada no puede ser considerada aisladamente, pues adquiere sentido al ser ponderada con la concurrencia de excepciones al principio de transparencia, y que entenderlo de otra forma hace que el juez constitucional y el del fondo se confundan, transformando la inaplicabilidad en una supercasación preventiva de manera anómala.

En el capítulo siguiente, expuso que el requerimiento debe rechazarse porque, a pretexto de pedir la inaplicación de dos preceptos legales en una gestión

judicial, persigue impugnar la decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia, contrastando a fojas 403 los fundamentos y peticiones respectivas, a partir de lo cual constata su similitud.

A fojas 404 señaló que lo impugnado es la aplicación que el Consejo hizo de la preceptiva legal, pues se ataca la "aplicación expansiva" del artículo 8° de la Carta Fundamental y que la aplicación de la Ley N° 20.285 va más allá de lo contemplado por el Constituyente, motivo por el cual se está en presencia de un asunto de legalidad ajeno a esta sede.

Reiteró lo argumentado en sede de admisibilidad en orden a que la preceptiva no sería decisiva y que por la vía del artículo 11 de la misma Ley N° 20.285 se llega a idéntico resultado. A la misma conclusión de publicidad, que la parte requirente califica de inconstitucional, se llega aplicando el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra la libertad de buscar y recibir información de toda índole, norma a partir de la cual, en el caso Claude Reyes y otros contra el Estado de Chile, se declaró el derecho de acceso a información bajo control del Estado. Por otra parte, señala que se arriba a similar conclusión a partir de la libertad de información del numeral 12° del artículo 19 de la Constitución Política, citando al efecto las sentencias roles N°s 634 y 1800 de este Tribunal.

A continuación se refiere extensamente a los principios de relevancia, apertura y máxima divulgación contenidos en el aludido artículo 11 de la Ley N° 20.285.

Agregó que por aplicación del principio de relevancia del artículo 11 la Corte de Apelaciones de Puerto Montt dispuso la publicidad de correos electrónicos de funcionarios del SERVIU de Los Lagos, enviados y recibidos en ejercicio de sus funciones. En el mismo orden, el principio de apertura implica una presunción de publicidad y el principio de máxima





divulgación obliga a entregar la información en los términos más amplios posibles, y que la concurrencia de limitantes y excepciones es un asunto de mera legalidad. En la misma línea, señaló que respecto de la evaluación ambiental del proyecto Hidroaysén se solicitaron correos electrónicos y se constató que no había afectación de privacidad al referirse a funciones públicas.

En el capítulo siguiente expuso que la última jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sostiene que lo protegido por una comunicación privada enviada a través de un correo electrónico institucional de un funcionario público, en el ejercicio de funciones públicas, es el contenido de la comunicación y no su continente, formato o soporte, citando las sentencias de inadmisibilidad roles N°s 2351 y 2395, de la Primera Sala, relativas a los correos electrónicos sobre la modificación de contratos del Transantiago, que declararon su publicidad en tanto fundamentos de decisiones de autoridad.

En dicha línea, en el capítulo siguiente argumentó que los correos electrónicos solicitados sirvieron de sustento o complemento directo y esencial para la dictación de actos administrativos de la Presidencia de la República que aprobaron la adquisición de banderas patrias, por lo que se encuentran en estricta armonía con lo dispuesto en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, de lo que se sigue que son públicos, salvo que concurran las excepciones que señala la misma norma, agregando que no afectan los derechos fundamentales citados en el requerimiento de inaplicabilidad, el cual además no se encuentra razonablemente fundado.

A fojas 415 señaló que mediante oficio de 13 de diciembre de 2013 la Presidencia de la República reconoció la existencia de estos correos al efectuar descargos ante el Consejo para la Transparencia, señalando que obraban en su poder y no los entregaría. En





ese orden, la publicidad no deriva solamente de tener los correos, sino también de ser fundamento de los actos que aprueban la compra de banderas, tema al cual se refiere la solicitud de información y que nada tiene que ver con la vida privada de los funcionarios.

A continuación se refirió latamente al régimen de compras y trato directo para el sector público en la Ley N° 19.886 y su reglamento, señalando que la Presidencia de la República no está exenta de su aplicación y haciendo presente que no se ha cumplido la publicidad de transparencia activa respecto de términos de referencia, resolución, adjudicación y orden de compra.

Expuso que el Consejo para la Transparencia, de manera unánime, se ha pronunciado por la publicidad de los correos electrónicos de funcionarios públicos cuando constituyen el o los fundamentos de un acto administrativo, por aplicación de lo dispuesto por los artículos 8°, inciso segundo, y 19, numeral 12°, de la Constitución Política, así como por los artículos 5°, 10, 11, letras a), c) y d), de la Ley N° 20.285 y 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



En cuanto a esta regla de publicidad del correo, señala que la Corte Suprema y este Tribunal se encuentran contestes, citando las sentencias roles N°s 2153, 2246 y 2351 de esta Magistratura, y agregando que la parte requirente ha reconocido tener correos vinculados a la materia, los cuales obviamente son sustento o complemento esencial de la decisión de compra, sobre todo si no hubo bases de licitación.

En el capítulo siguiente expone que la aplicación de los artículos 5° y 10 de la Ley N° 20.285 no infringe el artículo 8° del Código Político, pues, por el contrario, dichos preceptos constituyen un lícito desarrollo legal de su contenido, cosa que fue reconocida



por este Tribunal en su control preventivo ejercido mediante la sentencia Rol N° 1051.


Continúa afirmando que sólo entendiendo el "derecho de acceso" como un derecho fundamental a la información, concebido en forma amplia, es posible satisfacer su verdadero sentido y alcance, reiterando su vinculación con la libertad de información en la Constitución y en el Pacto de San José de Costa Rica, y agregando que limita la privacidad de funcionarios públicos.

Señaló asimismo que si se entendiera que la publicidad se predica sólo de aquello que señala literalmente el artículo 8° de la Constitución, la normativa chilena sobre acceso a la información sería una de las más restrictivas, y que la propia Administración la ha entendido en sentido amplio y no restringido. Expone que atribuir un sentido restringido a las normas sobre acceso a información debilita el alcance de la Ley N° 20.285, en tanto el soporte virtual es usado públicamente desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.799, sobre firma electrónica, y cada vez con mayor frecuencia los correos electrónicos son usados como fundamento o sustento de decisiones administrativas, reemplazando documentos, oficios, memos, etc. Concluye que acoger este requerimiento querría decir que, por público que sea el contenido de un correo electrónico, no podríamos acceder a él en caso de no consentirlo su emisor o su receptor, pues el continente prevalecería siempre sobre el contenido.

Precisó que no sostienen, como pretende afirmar la requirente, que "todo lo que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado puede ser considerado información pública", o que se haya dispuesto la publicidad de determinados y específicos correos electrónicos únicamente porque obran en poder de la Administración del Estado, pues deben ponderarse las causales de reserva.



Concluye que no se vulneran los artículos 6° y 7° de la Constitución y que no hay afectación de derechos fundamentales, pues la protección de la vida privada tiene límites y no es absoluta, tal como se ha reconocido en la jurisprudencia de este Tribunal, y que uno de sus límites es el acceso a información pública, que es uno de los bienes jurídicos superiores que autorizan su limitación. Se refiere, además, a la protección de datos personales sensibles, marco en el cual se encuentra la Ley N° 19.628, reiterando que en este caso hay información pública, que no dice relación con la vida privada, autogenerada por un órgano público en ejercicio de sus funciones.



Argumentó que los mensajes enviados y recibidos a través de los correos electrónicos institucionales son, al tenor de los artículos 2°, letra d), y 3°, inciso primero, de la Ley No 19.799, documentos electrónicos equivalentes a los de soporte en papel y que si se refieren a la transferencia, utilización, rendición de cuenta y devolución de fondos públicos, constituyen información pública, que bajo ningún supuesto puede ser catalogada como parte de la vida privada o intimidad de los funcionarios.

En el capítulo siguiente explica extensamente que el derecho comparado respalda el acceso a correos electrónicos relativos al ejercicio de funciones públicas, sin entender que con ello se vulnera la inviolabilidad de las comunicaciones o la vida privada, agregando a continuación que el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución se refiere a la garantía de las comunicaciones privadas, mas no de las comunicaciones públicas, y que sostener lo contrario implicaría que las comunicaciones en papel también serían inviolables, frustrando la efectividad de la norma del artículo 8° de la Constitución.

A continuación expone que la Ley N° 20.285 contiene los resguardos suficientes respecto de información potencialmente privada, pues puede requerirse la aplicación de su artículo 26, consistente en mantener reserva mientras se debate la publicidad o el secreto. Además, el Director Ejecutivo de la Presidencia de la República no comunicó la solicitud de acceso a información a los funcionarios afectados, cuestión establecida en el artículo 20, para que ellos puedan oponerse.

Luego señala que se cumplen los estándares de especificidad y determinación para resguardar derechos de terceros y que al no haber discriminación arbitraria no se infringe la garantía de la igualdad ante la ley.

Por todo lo expuesto, solicitó el rechazo del requerimiento, con expresa condena en costas.

Concluida la tramitación del proceso y recepcionadas las piezas principales de la gestión invocada, se ordenó traer los autos en relación.

Con fecha 6 de noviembre de 2014 se verificó la vista de la causa, alegando por la parte requirente la abogada María de Los Ángeles Coddou Plaza de los Reyes y por la parte requerida el abogado Rodrigo Reyes Barrientos.

Con fecha 20 del mismo mes se adoptó acuerdo.

CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

PRIMERO.- Gestión pendiente. Que, de conformidad con lo expresado en la parte expositiva de la presente sentencia, en una resolución cuya reclamación está conociendo la Corte Apelaciones de Santiago, el Consejo para la Transparencia acogió una solicitud de amparo en contra del Director Administrativo de la Presidencia de la República (Decisión Amparo Rol C1894-13). La





información cuya entrega ha ordenado el Consejo es la "copia de los correos electrónicos relacionados con la dictación de las Resoluciones Exentas Nos. 1584, de 8 de junio de 2011, y 2778, de 21 de octubre de 2011, que pudo identificar como aquellos vinculados a dicha materia, en cuanto esta información obre en poder de la reclamada (...)" (fojas 306);

SEGUNDO.- Que el requerimiento de autos solicita que se decrete la inaplicabilidad de los siguientes preceptos legales contenidos en la Ley N° 20.285:

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

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

Artículo 10.- *Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.*

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o





soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

II. DOS CUESTIONES PREVIAS

TERCERO.- Preceptos legales impugnados cuya aplicación puede resultar decisiva en la resolución de la gestión pendiente. Que la publicidad de los correos electrónicos dispuesta por el Consejo para la Transparencia se funda, esencialmente, en el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia (ver, entre otras, fojas 302 y 405). No obstante, el inciso segundo del aludido artículo también fue invocado por el Consejo ante la Corte de Apelaciones que conoce de la gestión pendiente (ver fojas 397 y siguientes);

CUARTO.- Existe un conflicto constitucional. No se está en presencia de un asunto de mera legalidad. Que la discusión referida a los preceptos legales impugnados versa sobre la conformidad o no de normas legales con disposiciones constitucionales, no siendo, por consiguiente, un asunto de mera legalidad. Por el contrario, el contraste de las normas legales impugnadas con las disposiciones constitucionales, en particular con el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, como se verá, permite verificar, en este preciso caso concreto, que los correos electrónicos deben ser de acceso público, salvo que el Consejo o, en su caso, la Corte determinen que concurre alguna causal de reserva;

III. EN CUANTO AL FONDO

QUINTO.- Que, verificada la deliberación en la presente causa, el resultado de la votación fue el siguiente:

A) Votos por acoger parcialmente: por una parte el del Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto y por otra el de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Juan José Romero Guzmán.



B) Votos por acoger totalmente: el de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander e Iván Aróstica Maldonado, y de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril.

C) Votos por rechazar totalmente: el de la Ministra señora Marisol Peña Torres y de los Ministros señores Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza;

SEXTO.- Que, en mérito de lo expuesto, el requerimiento será acogido respecto de los siguientes preceptos: (i) el artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, y (ii) el artículo 10, inciso segundo, oración final, de la mencionada ley, específicamente la siguiente frase: "*así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales*";

IV. VOTO POR ACOGER DE LOS MINISTROS SEÑORES CARLOS CARMONA SANTANDER (PRESIDENTE DEL TRIBUNAL), HERNÁN VODANOVIC SCHNAKE, IVÁN ARÓSTICA MALDONADO Y MARÍA LUISA BRAHM BARRIL

NORMAS LEGALES EN CUESTIÓN.

1°. Que, por de pronto, cabe puntualizar que sólo el inciso primero del artículo 5° y el artículo 10 de la Ley de Transparencia son decisivos o determinantes en la gestión judicial pendiente, donde se objeta aquel acuerdo del Consejo para la Transparencia que ordena entregar copia de unos correos electrónicos eventualmente relacionados con determinados actos de la Presidencia de la República.

En efecto, en sesión N° 523, de 16 de mayo de 2014, decidiendo el amparo C1894-13, dicho Consejo discurrió que tales correos electrónicos configuraron el "sustento"





para la dictación de las resoluciones de la Presidencia de la República que indica, añadiendo que ellos "sirvieron de base o constituyeron el complemento directo y esencial de los actos administrativos" señalados (considerando 3 a fs. 170 de estos autos constitucionales);

2°. Que, a continuación, luego de citar precisamente "los artículos 5°, inciso primero, y 10 de la Ley de Transparencia" (considerando 6), el Consejo -si bien admite que en tales actos de la Presidencia no se observa referencia directa o indirecta alguna a esos correos electrónicos, no obstante ello, razona así:

"la circunstancia de que un órgano de la Administración hubiere excluido de los vistos de las resoluciones administrativas los actos u otros antecedentes que pudieren haber servido de fundamento para la dictación de dicho acto administrativo, no excluye la posibilidad de que tales antecedentes constituyan fundamento del acto de que se trata. Lo contrario, esto es, estimar que solo constituyen fundamentos aquellos antecedentes mencionados en un determinado acto administrativo, posibilitaría para la autoridad un ejercicio amplio y discrecional que puede conllevar a restringir el principio de publicidad, gobernado por el artículo 8° de la Constitución" (considerando 8);

3°. Que el inciso primero del artículo 5° citado, en que se basa el Consejo para la Transparencia, reza como sigue: "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".

El artículo 10, por su parte, en lo pertinente, dispone que: "El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales" (inciso segundo);

COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 8° CONSTITUCIONAL.

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

Es así que, mientras esta regla constitucional dispone que son públicos "los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilizan", de otro lado, dicha norma legal establece que son públicos "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".

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



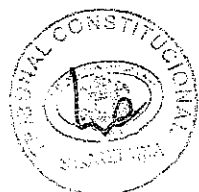


5°. Que, como se dijo, en este caso concreto el Consejo para la Transparencia ha aplicado precisamente esta última parte -puesta de resalto- del inciso primero del artículo 5° precopiado, para ordenar la entrega de determinados correos electrónicos que procederían de la Presidencia de la República.

Por eso en su decisión del amparo rol C1894-13 ordena entregar copia de los correos electrónicos solicitados ante él, aun reconociendo que en los actos administrativos de que se trata no hay referencia alguna a dichas comunicaciones, pues, en concepto del señalado Consejo, estos e-mail "son los antecedentes que sirvieron de base o constituyeron el complemento directo y esencial" de las determinaciones gubernamentales que señala (considerando 3 citado);

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

Efectivamente, a este respecto es útil recordar que la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 13, introducido por la Ley N° 19.653, primitivamente dispuso que "La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ella" (inciso segundo). Para luego añadir: "*Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial*" (inciso tercero);





7°. Que, sin embargo, en definitiva la posterior Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 no incluyó esta enunciación, al configurar el actual artículo 8°, inciso segundo, constitucional.

Es más, tal como aparece de la tramitación legislativa de esta reforma constitucional, en el Senado se desestimó una indicación del Ejecutivo que proponía incluir *"y los documentos de cualquier naturaleza u origen que les sirvan de sustento o complemento"*, dentro de las actuaciones estatales objeto de publicidad, precisamente porque -como explicó el entonces senador Viera-Gallo- no puede sino entenderse que ellos forman parte de los "fundamentos" que motivan tales actos (Boletines 2526-07 y 2534-07, I Trámite Constitucional, segundo Informe de la Comisión de Constitución, de 18 de marzo de 2003, pág. 69);




8°. Que, justamente para que la Ley N° 18.575 mantuviera conformidad con dicha reforma constitucional efectuada el año 2005 por la Ley N° 20.050, a posteriori, esta misma Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, derogó expresamente el citado inciso tercero del artículo 13 de esa Ley N° 18.575, que -como se recordó- decía así: "Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial".

Por ende, al eliminarse definitivamente la referencia a los "documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial", ella dejó de conformar una categoría propia y diferenciada de antecedentes - distinta a los actos administrativos y a sus fundamentos- que pueden ser objeto de publicidad, según las Bases Generales de la Administración del Estado;

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

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



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

10°. Que, lo anterior, naturalmente debe entenderse sin desmedro alguno de que -ante la sede contralora o jurisdiccional que corresponda- se investigue la ilegalidad de un acto administrativo dado por vicio de subrepción, esto es por obedecer a fundamentos



subyacentes o a circunstancias ocultas, que no se han expuesto de manera transparente. Cuestionamiento que en la especie no se ha dado ante las instancias competentes.

Sin perjuicio, además, de que los órganos de persecución penal, facultados al efecto, puedan pesquisar la comisión de posibles fraudes e irregularidades, evento en el cual podrían, incluso, interceptar comunicaciones privadas, en la forma y condiciones que contempla, por ejemplo, el artículo 222 del Código Procesal Penal, en consonancia con el artículo 19, N° 5°, de la Carta Fundamental;

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

11°. Que, en todo caso, una interpretación pro-constitucional del inciso primero del artículo 5° cuestionado, en la parte alusiva a "los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial", daría para entender que en ella se dispone la publicidad de los demás documentos a que se remiten o hacen referencia expresa los fundamentos en que se sostiene un acto de la Administración, como motivación principal de una decisión tomada. Reafirmando así el criterio de que - por principio- no son admisibles más justificaciones de los actos de la autoridad que aquellas declaradas en los mismos.

Pero dicha oración resulta a todas luces inconstitucional, si se quiere entender que la sola mención a "los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial", aparecida con la Ley N° 19.653 (al introducirla en la Ley N° 18.575), pero que después no fue contemplada por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, al paso que luego fue eliminada por la misma Ley N° 20.285 (al derogarla en las leyes N° 18.575 y 19.880), por el simple hecho de haber mantenido presencia en el artículo 5°, inciso primero, de la Ley de





Transparencia, pueda poseer el exorbitante alcance de permitir abrir y registrar un medio de comunicación privada;

12°. Que, en relación a esto último, es menester transcribir el artículo 19, N° 5°, de la Constitución, que "asegura a todas las personas", para lo que importa en este caso, "la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada", de manera que ésta sólo puede "abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley".

Correspondiendo reiterar, en esta oportunidad, que entre las personas a quienes la Constitución ofrece allí su seguridad, se encuentran las autoridades y funcionarios públicos; que entre dichas formas de comunicación privada se cuentan los correos electrónicos institucionales, puestos a su disposición, y que la Ley de Transparencia no puede ser tenida como una ley habilitante para abrirlos o registrarlos;



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

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

Además que los citados veredictos explicitaron ampliamente, en tercer lugar, las razones que llevan a

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

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

A lo que se agrega que el artículo 10 de la Ley de Transparencia, también reclamado por igual vastedad, presenta los mismos reparos que se formularon antes con respecto al inciso primero del indicado artículo 5°, habida cuenta de que la aplicación intrusiva de cualquiera de los dos preceptos ocasiona igual resultado lesivo a la garantía del artículo 19, N° 5°, de la Constitución.


V. VOTO POR ACOGER PARCIALMENTE DEL MINISTRO SEÑOR RAÚL BERTELSEN REPETTO.

El señor Ministro Raúl Bertelsen Repetto, compartiendo lo que a continuación se argumenta por los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Juan José Romero Guzmán respecto de la compatibilidad del artículo 5°, inciso primero, (y del artículo 10, inciso segundo, primera oración) de la Ley de Transparencia con la



Constitución, estuvo por acoger parcialmente el requerimiento, solamente respecto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en la parte que dispone que es pública "toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento", de conformidad con los argumentos que se expresan en las sentencias definitivas roles N°s 2153, de 11 de septiembre de 2013, y 2246, de 31 de enero de 2013, de esta Magistratura, que declararon la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dicho precepto.

VI. VOTO POR ACOGER PARCIALMENTE DE LOS MINISTROS SEÑORES FRANCISCO FERNÁNDEZ FREDES Y JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN.




1°. Compatibilidad del artículo 5°, inciso primero, (y del artículo 10, inciso segundo, primera oración) de la Ley de Transparencia con la Constitución. Que corresponde rechazar el requerimiento en lo referente al primer precepto legal aludido, debido a que éste es casi una repetición de lo manifestado en la primera parte del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución. La disposición legal recién señalada no amplía o extralimita el marco o "techo" establecido por la Constitución. La única diferencia de texto entre la disposición legal y la constitucional es aquella en virtud de la cual la primera puntualiza la noción general de "fundamentos" de los actos de los órganos de la Administración del Estado al utilizarse la expresión "documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial". En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 2558.

La circunstancia de que la Constitución no establezca una regla asimilable a un "piso", sino a un "techo", no significa que el legislador no pueda

pormenorizar la disposición constitucional con un alcance tan amplio como lo permita el texto o tenor literal de la Carta Fundamental, tal como lo ha hecho con la expresión aludida en el párrafo precedente.

No obstante lo anterior, debe advertirse que no cabe interpretar la noción de fundamento de actos y resoluciones de órganos del Estado de una manera excesivamente formal y restrictiva. En este sentido, y de relevancia para este caso concreto, no hay argumento que se sustente en el texto del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución para reducir la información potencialmente pública a actos formales incorporados en un expediente administrativo. Igualmente, la Constitución no dispone que el fundamento de un acto o resolución de un órgano del Estado necesariamente deba tener un carácter formal.




Asimismo, y en un plano teórico, lo que forma parte de un expediente administrativo podría no ser más que el maquillaje de una política que busca satisfacer en todo o en parte intereses particulares más que el bien común. A este respecto, no debe olvidarse que el inciso primero del mismo artículo 8° de la Constitución establece el principio de probidad en el ejercicio de las funciones públicas, lo cual permite concluir que ambos temas (probidad y publicidad) no se encuentran desligados uno de otro.

Finalmente, debe tenerse presente que el denominado "privilegio" deliberativo no es uno que tenga reconocimiento explícito en la Constitución. Si fruto del proceso deliberativo se ha producido información que sirvió de fundamento a actos o resoluciones del órgano de la Administración del Estado concernido, dicha información, de acuerdo al texto de la Constitución, es pública en el sentido de ser susceptible de ser conocida por quien la requiere, sin perjuicio de las excepciones

consagradas. La reserva de información de carácter meramente deliberativo no es un asunto que tenga relevancia en la determinación de si una información es o no, en principio, pública. Dicho tema pertenece a un segundo y postrero examen, relacionado con las causales de reserva de aquella información potencialmente pública, lo cual es resorte del Consejo para la Transparencia (y, eventualmente, de las cortes de justicia) ponderar y resolver.

Por último, cabe destacar que lo señalado respecto del inciso primero del artículo 5° es aplicable, también, a lo dispuesto en la primera oración del inciso segundo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, el que establece una regla similar;



2°. **Incompatibilidad con la Constitución del inciso segundo del artículo 5° (y del artículo 10, inciso segundo, última oración) de la Ley de Transparencia.** Que, a diferencia de lo que sucede con el inciso primero del mismo artículo, el inciso segundo aludido es inconciliable con el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, debido a que extiende o extralimita las hipótesis de publicidad de la regla constitucional mencionada. En efecto, aunque pudiese considerarse que lo habitual es que la "información elaborada con presupuesto público" o que "obre en poder de los órganos de la Administración (...)" corresponda, también, a aquella información susceptible de ser pública en virtud del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, resulta evidente que amplía la cobertura de lo que debe ser público. Así se ha expresado por este Tribunal en ocasiones anteriores (STC roles N°s 2246, 2153, 2379 y 2558).

Para el Consejo el precepto constitucional constituye, más que una regla o marco normativo, un principio o "piso" susceptible de ser desplegado por el



legislador para la debida aplicación o realización del valor constitucional consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental.

Dicha interpretación carece de asidero de acuerdo al tenor literal de la norma constitucional, la cual, como se señaló en la STC Rol N° 2341, considerando 11°, establece reglas más que principios: *"el artículo 8° de la Constitución no establece un mero principio general, sino que establece reglas que desarrollan la materia, y en que, como consecuencia, la libertad de configuración normativa del legislador está limitada tanto respecto de su contenido como de su forma"*.

A mayor abundamiento, la historia fidedigna del precepto constitucional mencionado enseña, con claridad, que lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia fue discutido, pero no prosperó (STC Rol N° 2558).



Por último, lo señalado respecto del inciso segundo del artículo 5° es aplicable, también, a lo dispuesto en la oración final del inciso segundo del artículo 10 de la Ley de Transparencia, el que establece una regla similar;

3°.- Implicancias de lo dispuesto en el artículo 19, N° 5°, de la Constitución. Que el carácter público de un documento, en los términos del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, depende del contenido de la información. Por el contrario, el carácter privado de una comunicación, en atención al artículo 19, N° 5°, de la Norma Fundamental, depende del continente o forma en que la información es notificada o transmitida.

De la diferenciación previa es posible realizar la siguiente clasificación para la determinación de si la información contenida en un correo electrónico es privada o susceptible de acceso público:

CORREOS ELECTRÓNICOS		
Art. 19, N° 5° (continente)	Art. 8°, inciso 2° (contenido)	
<i>¿Es particular o institucional la cuenta de correo electrónico?</i>	<i>¿Se refiere la información a fundamentos del acto del órgano del Estado?</i>	<i>¿Privado o de acceso público?</i>
Cuenta particular	(no aplicable)	- Privado
Cuenta institucional	No	- Privado
	Sí	✓ De acceso público (en lo referente a la información pertinente)

La primera columna de la tabla, la cual dice relación con la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones contenida en el artículo 19, N° 5°, de la Constitución, distingue si la cuenta de correo electrónico es particular o institucional. En efecto y tal como se señaló con anterioridad, lo que protege el aludido precepto constitucional es la forma o "continente" en que la información es transmitida. Tanto los particulares como los funcionarios públicos (estos últimos con los matices que derivan del inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental) son beneficiarios del resguardo derivado del primero de los derechos constitucionales.

La segunda columna, la cual dice relación con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, no distingue en base al "continente", sino a la información "contenida" en los correos electrónicos. Así, se distingue si la información se refiere o no (de acuerdo al caso objeto de análisis) a los fundamentos de el o los actos de la Presidencia de la República (órgano del Estado) relativos a la adquisición de la bandera chilena ubicada al frente del Palacio de la Moneda. En este sentido, sólo es de acceso público aquella información referida al tópico aludido precedentemente.

Las distinciones explicadas permiten armonizar lo dispuesto en las dos disposiciones constitucionales aludidas;

4°.- Consecuencia para el caso concreto derivada de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes. Que cabe tener presente, en primer lugar, y como un hecho no controvertido, el siguiente reconocimiento de la Presidencia de la República: "[a] este respecto y dado el tenor del reclamo interpuesto ante el órgano que Ud. preside [sic], se procedió a realizar una búsqueda de correos electrónicos relacionados con la materia de la solicitud. Al respecto se puede informar que si bien obran en poder de la Presidencia, no podemos sino denegar el acceso a los correos electrónicos requeridos (...)" (Oficio N° 1110, de fecha 13 de diciembre de 2013, en virtud del cual se evacuaron los descargos al Amparo Rol C1894-13).

En segundo lugar, dado el reconocimiento anterior, puede deducirse que sí existen (o han existido) correos electrónicos referidos a la materia específica sobre la que se solicitó acceso. Es decir, existe o existió un "continente" cuyo "contenido" es o fue susceptible de ser revisado con el fin de identificar aquella información

que verse sobre los fundamentos de los actos administrativos del órgano público pertinente.

Por consiguiente, y salvo la aplicación de causales de reserva (ponderación que no le corresponde hacer a este Tribunal), es de acceso público la información contenida en aquellos correos electrónicos (en caso que aún existan y que sean parte de una cuenta de correo electrónico institucional) que versan específicamente sobre la materia, tarjándose las partes que no digan relación con el asunto que motivó la Decisión de Amparo C1894-13 del Consejo para la Transparencia;

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 8° y 19, N° 5°, de la Constitución Política de la República y los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

1° Que se acoge parcialmente el requerimiento deducido a fojas 1, sólo en cuanto se declara la inaplicabilidad del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285 y del artículo 10, inciso segundo, oración final, de la mencionada ley, en la parte que dispone "*así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales*".

2° Que se deja sin efecto la suspensión dispuesta a fojas 74, debiendo oficiarse al efecto.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Marisol Peña Torres y de los Ministros Gonzalo García Pino y Domingo Hernández Emparanza, quienes estuvieron

por rechazar el requerimiento por las razones que a continuación se expresan:

I.- Los antecedentes del acto administrativo se fundan en documentación que está contenida parcialmente en correos electrónicos.

1°. Que la gestión pendiente es una reclamación de ilegalidad, que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, entre el Consejo para la Transparencia y la Dirección Administrativa de la Presidencia de la República, bajo el Rol N° 4007-2014;


2°. Que el origen de este recurso es la solicitud de información efectuada por doña Pamela Ortiz Herrera, quien requirió de la referida Dirección los antecedentes que sirven de sustento a la compra de grandes banderas nacionales, según se desprende del texto de la misma solicitud en donde requiere:

i) *“Los antecedentes que sirven de sustento a las resoluciones de compra de dos banderas patrias para reposición, solicitadas el 8 de junio de 2011, y otras cinco banderas solicitadas el 11 de octubre del mismo año al proveedor extranjero U.S Flag and Flagpole Supply, LP de los Estados Unidos. Sean extendidos los antecedentes como órdenes de compra, e-mails o cualquier otro tipo de comunicación que se haya sostenido con el proveedor previo a las compras.*

ii) *Además, solicito las especificaciones técnicas de las banderas solicitadas: tipos de tela, medidas, vida útil de las banderas, cuidados requeridos y dónde se almacenan. Requiero también las mismas especificaciones sobre próximas compras de banderas que la entidad gubernamental pretenda*



efectuar en los meses que le quedan de mandato" (fs. 294 del presente proceso constitucional)";




3°. Que la respuesta de la Dirección Administrativa de la Presidencia incluyó la información requerida, además de los memoranda y resoluciones relativas a la adquisición de las banderas. Sin embargo, no se entregaron antecedentes acerca de las comunicaciones previas sostenidas con el proveedor, incluyendo aquéllas efectuadas a través de correos electrónicos. Por esta razón, la solicitante interpuso amparo ante el Consejo para la Transparencia. En respuesta del amparo, la Presidencia declaró que *"se procedió a realizar una búsqueda de correos electrónicos relacionados con la materia de la solicitud. Al respecto, si bien obran en poder de la Presidencia, no podemos sino denegar el acceso a los correos electrónicos, porque lo solicitado no constituye información pública sino que su entrega vulnera derechos fundamentales garantizados a todas las personas, como son el respeto y protección a la esfera privada y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada."* (Fs. 298);

4°. Que el Consejo para la Transparencia acogió el amparo interpuesto declarando que la solicitud de información se refería exclusivamente a los antecedentes que sirvieron de base o constituyeron complemento directo y esencial de los actos administrativos que aprobaron las compras señaladas, sean correos electrónicos o no, declarando que:

" (...) tales comunicaciones debieron formar parte del iter decisorio de la autoridad, que en definitiva llevó a adoptar la decisión de autorizar la adquisición de las banderas." (Fs. 88 y 304 del presente proceso constitucional);

5°. Que, en definitiva, de los antecedentes que constan en este proceso, los correos electrónicos existen en poder de la Administración y al tratarse de comunicaciones directas con el proveedor extranjero, efectivamente formaron parte del procedimiento de compra de las banderas aludidas. Si bien el formato utilizado son los correos electrónicos, esto no obsta a que la información contenida en ellos sea pública en virtud del artículo 8° de la Constitución Política de la República al tratarse de "fundamentos" de un acto administrativo;

II.- Los principios no son reglas de interpretación restrictiva, salvo que se les desconozca su condición de tales.




6°. Que dos cuestiones han estado en el centro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Primero, si existe o no un principio de publicidad. Y, segundo, el alcance del mismo;

7°. Que la noción de principio está en juego, puesto que, como ha sostenido nuestra jurisprudencia, "tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban "dar estricto cumplimiento" a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza" (STC Rol N° 1.990, considerando 19°);

8°. Que la ausencia de la voz "principio" en la Constitución no debería eludir que ello sea resorte de interpretación como lo indica el propio Tribunal. Lo anterior es de recibo, porque la Constitución denomina



principio a pocas cuestiones: la probidad (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución), los principios básicos del régimen democrático y constitucional (para la defensa del pluralismo político en el artículo 19, numeral 15°, de la Constitución), los principios de carácter técnico y profesional en que se funda la carrera funcionaria en la Administración Pública (artículo 38 de la Constitución) y el principio del desarrollo territorial y armónico con que se debe organizar el gobierno y administración interior del Estado (artículo 115 de la Constitución), y nada más. Estos principios son los únicos que la Constitución indica en forma expresa, pero no es posible entender que sean los únicos que formen parte de nuestro ordenamiento;

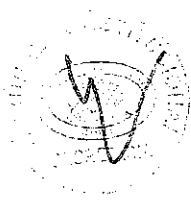


9°. Que tal afirmación es reiterativa por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Sólo en la revisión de un puñado de las últimas sentencias es posible advertir que la jurisprudencia constitucional recurre permanentemente a los principios. Sólo a título ejemplar: al principio de separación de poderes (STC roles N°s 2865 y 2866 en el considerando 15°, 2868, considerando 6°, y 2805, considerando 19°); principio de igualdad ante la ley (STC roles N°s 2805, considerando 20°, y 2673, considerando 15°); principio de protección a la maternidad (STC Rol N° 2796, considerando 6°); principios del bien común y servicialidad del Estado (STC roles N°s 2693, considerando 7°, y 2793, considerando 19°); principio de legalidad (STC roles N°s 2671, considerando 17°, 2834, considerando 27°, 2694, considerando 14°, y 2722, considerando 14°); principio de legalidad del gasto (STC roles N°s 2868, considerando 14°, y 2744, considerando 6°); principio de independencia de la función parlamentaria (STC Rol N° 2868, considerando 7°); principio de igualdad (STC Rol N° 2694, considerando 3°); principio de certeza y seguridad jurídica (STC Rol N° 2694, considerando 18°); principio de autonomía

financiera del Congreso Nacional (STC Rol N° 2868); principios de culpabilidad penal, de tipicidad y de legalidad penal (STC Rol N° 2722); principio del debido proceso (STC Rol N° 2722, considerando 5°); principio del justo y racional procedimiento (STC Rol N° 2722, considerando 6°); principio de presunción de inocencia (STC Rol N° 2799, considerando 17°); principio de razonabilidad (STC Rol N° 2798, considerando 27°); principio de proporcionalidad (STC roles N°s 2671, considerando 23°, y 2798, considerando 27°); principio de juridicidad (STC Rol N° 2798, considerando 3°). En este brevísimo recuento no hay referencias a los principios de dignidad humana, de libertad, de primacía de la persona humana, de igualdad de oportunidades, de participación o de integración social, por sólo indicar los referidos al artículo 1° de la Constitución. No haremos la distinción aquí entre valores (como igualdad, libertad o dignidad) y los principios, por cuanto desde el punto de vista normativo los valores operan como principios. En fin, interpretativamente no somos nada sin los principios, puesto que en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos, sin importar que el constituyente o el legislador los denomine como tales;

10°. Que, resuelto interpretativamente el correcto uso del principio de publicidad, cabe verificar su alcance. Si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible. *“Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...) Toda norma es o bien una regla o un principio.”* [Robert Alexy (2002), Teoría

de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86-87];




11°. Que el artículo 8° de la Constitución Política de la República establece un principio de publicidad y, como tal, es el mínimo a partir del cual se admite desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos. Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y NO es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo. Por tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste. En este sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos "sus fundamentos" "incorporados en el expediente administrativo respectivo", con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad pública. ¿Dónde se vierten esos fundamentos que es necesario explicitar que sean públicos? Hoy, hay muchos formatos en que se pueden consignar los fundamentos de un acto, siendo los correos electrónicos uno de ellos.

Por tanto, la alegación del requirente respecto de que los artículos 5° y 10 de la Ley N° 20.285

infringirían el artículo 8° de la Constitución Política de la República por "ir más allá" del texto constitucional, es incoherente con la consideración de principio del determinado artículo. El deber argumentativo, cuando se enfrenta un principio, no es sostener que éste va más allá de la Constitución sino que la contradice materialmente. En síntesis, el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado;

III.- El régimen de contratación "pública" a la luz de la transparencia para verificar la probidad.



12°. Que la materia solicitada dice relación con un contrato realizado en el marco de la Ley N° 19.886, sobre contratación pública. La adquisición de grandes banderas con un solo proveedor extranjero se inscribe dentro de las reglas excepcionales de la Ley de Contratación Pública.

Lo habitual es que el régimen de adquisición para el Estado se realice bajo el marco de la licitación pública. También se dispone bajo otras reglas la licitación privada y el trato directo;

13°. Que el artículo 7°, literal c), de la Ley N° 19.886 define la contratación directa como "el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento."

El artículo 8° de la misma ley prescribe que procede este tipo de contratación en ocho determinados casos. Respecto de este requerimiento sólo parecen procedentes las siguientes causales:

"d) Si sólo existe un proveedor del bien o servicio;

e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional;".

Conforme al inciso final del artículo 8° de la Ley N° 19.886, tratándose de estas causales (c, d, f y g) no se exigen tres cotizaciones previas a la contratación;

14°. Que, respecto a la información que debe ser pública en relación a las contrataciones, el artículo 57 del Reglamento de la Ley N° 19.886 (Decreto Supremo N° 250/2011, del Ministerio de Hacienda) establece que tratándose de contrataciones directas debe publicarse:

"1. La resolución fundada que autoriza el Trato o Contratación Directa, salvo lo dispuesto en la letra f) del Artículo 8 de la Ley de Compras.

2. Los Términos de Referencia aprobados por la Entidad Licitante.

3. La recepción y el cuadro de las cotizaciones recibidas, en la que deberá constar la individualización de los invitados a cotizar, a menos que la Ley de Compras permita efectuar el Trato o Contratación Directa a través de una cotización.


4. La resolución de la Entidad Licitante que resuelva sobre la Adjudicación. En estos casos, la orden de compra respectiva hará las veces de la señalada resolución.

5. El texto del Contrato de Suministro o Servicio definitivo, si lo hubiere, la forma y modalidad de pago y



cualquier otro documento que la entidad licitante determine, teniendo en consideración la Ley de Compras y el presente Reglamento.”;

15°. Que, según indica el Consejo para la Transparencia, a fs. 418 del presente proceso constitucional, la Dirección Administrativa de la Presidencia no publicó toda la información a la que estaba obligada de acuerdo a la regulación de la contratación pública, por lo que es indicio de que tales informaciones están contenidas en documentos distintos a los entregados a la solicitante de información, y puede encontrarse en correos electrónicos;



16°. Que el régimen de contratación tiene sentido con el objeto de verificar los fines públicos a los cuales está sujeta dicha adquisición, los medios a través de los cuales se realiza y el procedimiento ajustado a derecho en el mismo. Como el deber de probidad establecido en la Constitución exige “a sus titulares dar un estricto cumplimiento” a este deber “en todas sus actuaciones”, parece necesario alumbrar con la mayor transparencia posible aquellos actos que no se ciñen a las reglas habituales. Si no existen los medios de control amplios exigibles desde la transparencia, primarán los criterios excepcionales desde el recurso a los controles formalmente habilitantes del acto administrativo. Por lo tanto, la amplia consideración de principio de la transparencia debe concordar con el cumplimiento en plenitud del principio de probidad, que está consagrado en el mismo precepto constitucional;

17°. Que, en el caso concreto, parece necesario asumir un adecuado resguardo frente a un proveedor situado en el extranjero, con el cual se utiliza el mecanismo del trato directo respecto de un contrato con la Administración del Estado, en relación con el que existe constancia que un medio idóneo para determinar los


detalles del acto administrativo fue el uso de la comunicación electrónica, cuestión que a nadie debería extrañar en la segunda década del siglo XXI. Es lo mismo que consideró el Consejo para la Transparencia cuando sostiene que:

"el trato directo con una compañía extranjera, proveedora de las banderas, permite razonablemente colegir que, a lo menos, las materias vinculadas con la dictación de las señaladas resoluciones administrativas debieron constar en algún soporte, en que se hubiera plasmado los elementos esenciales de la contratación de que se trata. En este contexto, el propio reconocimiento que ha hecho la reclamada acerca de la existencia de los correos electrónicos relacionados con la adquisición de las consultadas banderas, no hace sino arribar a la antedicha conclusión, pues no parece consistente que, por un lado, identifique determinados correos y les asigne una connotación -vinculados a la materia- y, por otro lado, señale que los mismos no sirvieron de base para la dictación de tales actos, por no ser mencionados en el cuerpo de las referidas resoluciones" (fs. 303 y 304 de este proceso constitucional);

IV.- La reserva de la información invocada es un asunto de legalidad.

18°. Que el requerimiento contiene una afirmación contradictoria. Por un lado, el requirente alega que los artículos 5° y 10 de la Ley N° 20.285 infringen el artículo 8° de la Constitución, por ir más allá de su propio texto, considerando pública información que el texto constitucional no contempla, como, por ejemplo, aquella información gestada con presupuesto público o

aquella que esté consignada en cualquier tipo de soporte. Su alegato es que esta información sería un añadido público inconstitucional. Hasta allí el alegato se desenvuelve en la primera hipótesis del artículo 8°. Pero, simultáneamente, agrega como argumento de refuerzo que la entrega de esta información infringe derechos fundamentales de los funcionarios (vida privada, inviolabilidad de comunicaciones, igualdad) y, en tal sentido, se verificaría una causal de reserva. Por tanto, el reclamo es doble y contradictorio. Se pide que se declare que tal información no es pública y a la vez que se acredite que se trata de información de tal naturaleza de reserva que afecta los derechos fundamentales de los funcionarios públicos que participan de dicha comunicación electrónica;



19°. Que la primera cuestión está en la esfera de la decisión del Tribunal Constitucional. En cambio, la segunda es ajena a nuestras competencias. Tal como se resolvió en STC Rol N° 2505, "la dicotomía información pública/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece, aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas." (C. 26°). En este sentido, será competencia de la Corte que resuelva la reclamación de ilegalidad determinar si en los hechos revelar la información solicitada afecta o no los derechos de los funcionarios;

V.- No se ha infringido el principio de juridicidad.

20°. Que el requirente alega que el Consejo para la Transparencia se arroga competencias que no tiene al ordenar levantar la inviolabilidad de las comunicaciones



privadas, competencia que sólo la ley puede otorgar, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 5°, de la Constitución;

21°. Que si bien este Tribunal ha asimilado el uso de los correos electrónicos con una analogía correcta a la correspondencia (STC roles N°s 2153 y 2246), habría que verificar si ello es lo que acontece en este caso. La información que obra en este proceso constitucional acredita que, más allá del formato en que se produjo la comunicación, lo cierto es que la solicitud de información se restringe a la información relativa a la compra de banderas, y no a comunicaciones de índole privada entre el funcionario respectivo y la empresa proveedora. El principio de divisibilidad permite cumplir con el mandato de publicidad, sin lesionar derechos de terceros, por lo que no se aprecia infracción al principio de juridicidad recogido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental;




VI.- No hay violación de las comunicaciones privadas.

22°. Que hay que precisar qué es lo constitucionalmente protegido por la inviolabilidad de las comunicaciones. Eso nos lleva a especificar qué es exactamente lo resguardado por esta inviolabilidad. Lo protegido por este derecho es el proceso de comunicación mientras éste se realice. Esa conversación es la que es necesario garantizar mediante una protección especial de intangibilidad. La fortaleza de este derecho se logra transformando en invulnerable el medio a través del cual se realiza, sin importar el contenido de lo comunicado;

23°. Que, finalmente, en este caso, además de tratarse de comunicaciones en el marco de una contratación directa de productos, con un proveedor

extranjero, el proceso de comunicación ya se encuentra finalizado y el contenido de esos correos, si bien puede constituir el objeto protegido por derechos fundamentales, la Ley N° 20.285 contempla mecanismos para evitar afectar los derechos de terceros. Tal como consta en la decisión de amparo Rol C 1894-13, ante la alegación de la Presidencia de que la revelación de los correos electrónicos vulneraría derechos de los funcionarios, conforme a la ley procedía aplicar el artículo 20 de la Ley N° 20.285, esto es, comunicar a las personas posiblemente afectadas e informarles de la facultad de oponerse a la revelación de información, o aceptarla. En este caso no se verificó tal procedimiento (fojas 304);



VII.- No se discrimina a los funcionarios públicos cuando se les solicita información pública.

24°.- Que, finalmente, el requirente alega una vulneración al principio de igualdad ante la ley, fundado en el hecho de que al solicitárseles estos correos electrónicos se les priva a los "servidores públicos" "de manera arbitraria, irracional y fuera de toda proporcionalidad, de derechos fundamentales al respeto y protección a la vida privada y a la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados" (fs. 58 del requerimiento);

25°. Que, sea que se acoja o rechace el requerimiento, jamás los funcionarios públicos de la Dirección Administrativa estarán expuestos a vulneración de su vida privada ni de la inviolabilidad de sus comunicaciones, garantías constitucionales sobre las cuales no discurre nada porque están fuera del marco de la gestión pendiente. Por tanto, no cabe asumir que exista una desigual aplicación de la ley a su respecto. Más bien lo contrario, no siendo los correos electrónicos



referidos a la vida privada o si eventualmente se quisiera eliminar la ligereza de la comunicación electrónica que incluya usos coloquiales que resulten impertinentes, puede esgrimirse el principio de divisibilidad para evitar tal afectación. En cualquier circunstancia, resiste el juicio de igualdad perfectamente cuando a un funcionario público le exigen información pública y a una persona privada no se le realiza tal requerimiento. Son personas distintas en contextos distintos;

26°. Que, en síntesis, cabe desestimar el requerimiento por no verificarse una afectación de los artículos 6°, 7°, 8° y 19, numerales 2°, 4° y 5°, de la Constitución.



Redactó la sentencia y el tercer voto por acoger el Ministro señor Juan José Romero Guzmán. Redactaron, el voto por acoger totalmente el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, el segundo voto por acoger su autor y la disidencia el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2689-14-INA.

[Handwritten signatures]

Mari sol Pérez

[Signature]



[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

María Luisa Peña



COPIA FIEL DE SU ORIGINAL
TENIDO A LA VISTA

Santiago, 24 de Mayo de 2016

[Handwritten signature]



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, la Ministra señora Marisol Peña Torres, los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril.

Los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes concurrieron a la vista y acuerdo de esta causa, pero no firman el presente fallo por haber cesado en el desempeño de sus cargos.

Autoriza el Secretario del Tribunal Constitucional, señor Rodrigo Pica Flores.

[Handwritten signature]