

INVIOLABILIDAD DE CORREOS ELECTRÓNICOS. COMENTARIOS AL FALLO 2153-2011 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Rodolfo Figueroa G.*¹

Resumen

El año 2012 el Tribunal Constitucional declaró que los correos electrónicos generados entre el Ministerio del Interior y una Gobernación Provincial, referentes a gastos de fondos públicos incurridos con ocasión de la reconstrucción debida al terremoto de 2010, son documentos privados que no cabe revelar contra la voluntad de los involucrados. El Tribunal determinó que la garantía del artículo 19 N° 5 confiere inviolabilidad a cualquier comunicación con independencia de la calidad del emisor o receptor o del contenido de la comunicación. Esto implica que la garantía señalada no se funda en el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 19 N° 4. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal citó doctrina española. El problema es que el artículo 18 de la Constitución española recoge el derecho a la intimidad en términos distintos a la Constitución chilena. Por tanto, ese contexto no es pertinente. Valga señalar que ningún autor nacional suscribe la tesis que la garantía del N° 5 no se relaciona con privacidad y es independiente del N° 4.

1. Antecedentes

Los días 9 y 17 de febrero de 2011, el alcalde de Melipilla solicitó al Ministerio del Interior acceso a la información producida y enviada entre la Gobernación Provincial de Melipilla y el Ministerio del Interior, en relación con los gastos incurridos con ocasión de la reconstrucción iniciada por el gobierno, debida al terremoto de 2010. Concretamente, la solicitud comprendía cuatro asuntos específicos: (a) fondos entregados y transferidos por el Ministerio del Interior a la Gobernación Provincial aludida; (b) casillas electrónicas de las personas

¹ Académico de la Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales. Director del Departamento de Derecho Público y del Magíster en Derecho Público. Doctor en Derecho.

indicadas; (c) rendiciones de gastos efectuados por dicha Gobernación Provincial al Ministerio del Interior, en relación al uso de esos fondos; y (d) eventuales órdenes de devolución que hiciera dicho Ministerio a la Gobernación Provincial respecto de los mismos fondos.² La solicitud del alcalde se amparó en la Ley de Acceso a la Información Pública, Ley 20.285.

El requerido entregó la información solicitada, con exclusión de los correos electrónicos relacionados con esa materia. En virtud de esa exclusión, el alcalde dedujo un recurso de amparo ante el Consejo para la Transparencia, órgano que falló en su favor, ordenando al Subsecretario la entrega de los correos. Ante esta decisión, el Subsecretario dedujo recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago y, pendiente esta gestión, interpuso un recurso de inaplicabilidad en contra del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 20.285 ante el Tribunal Constitucional. El 11 de septiembre de 2012 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia Rol N° 2153-2011 INA en la cual acoge el recurso deducido por el Subsecretario y declara la inaplicabilidad de parte del inciso 2° del artículo 5° de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

2. Objetivo

El objetivo de este trabajo consiste en revisar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional acerca de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas que involucren a funcionarios públicos. El fallo se pronuncia sobre una serie de aspectos relacionados: si los funcionarios tienen derechos constitucionales, la extensión del mandato de publicidad contenido en el artículo 8 de la Constitución, si los correos electrónicos son actos administrativos, etc. Sin embargo, este artículo solo se referirá la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la inviolabilidad de los correos electrónicos de funcionarios públicos. Por lo mismo, este trabajo tampoco se referirá a la eventual inconstitucionalidad de la Ley 20.285.

3. El argumento del Subsecretario

Para analizar el fallo del Tribunal Constitucional es útil tener presentes los argumentos del requirente. En su requerimiento, el Subsecretario presenta los argumentos para sostener que tiene un derecho constitucional para sustentar la negativa a proporcionar los correos electrónicos que, como funcionario del Estado, intercambió con otro órgano del Estado sobre un asunto público, como es el uso de fondos públicos para la reconstrucción por el terremoto. La

² Ver Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012, considerando 25. Ver también requerimiento del Subsecretario.

argumentación está contenida en la sección 3 letra b) de su requerimiento, titulada “Infracción a los artículos 19 N° 4 y 5 de la C.P.R.”³

3.1. El derecho a la privacidad en general

El requirente señala que el artículo 19 N° 4 se refiere a la privacidad de las personas, entendida como “una manifestación jurídica de la dignidad y respeto que se debe a todo individuo de la especie humana”.⁴ Agrega que esa garantía comprende las comunicaciones privadas, es decir, que el derecho a la privacidad incluye las comunicaciones privadas.⁵ Luego, el requirente afirma que la garantía del artículo 19 N° 5 “se relaciona estrechamente con la protección de la vida privada y la privacidad del 19 N° 4...”.⁶ Citando a Alejandro Silva, señala que este precepto –el N° 5– se refiere a “todo lo relativo al santuario íntimo de la persona, como son el respecto a su propia intimidad, a su propio honor”.⁷ Más adelante, el requirente alude a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, según la cual “la protección otorgada por nuestra Carta Fundamental a las comunicaciones privadas deriva fundamentalmente de la íntima relación que estas presentan con la vida privada, constituyendo una extensión o manifestación de la misma”.⁸ Según la jurisprudencia citada, existe un ligamen entre la dignidad de la persona y el derecho a la privacidad de las comunicaciones, por el carácter personalísimo o reservado que tienen, como base de la libertad individual.⁹

3.2. Privacidad de correos electrónicos de funcionarios públicos

Habiendo aludido a la privacidad, tanto en el N° 4 como en el N° 5 del artículo 19, el requirente se refiere a continuación a los correos electrónicos de funcionarios públicos. Señala expresamente que las garantías citadas protegen la privacidad de los mensajes enviados a través de correos electrónicos de fun-

3 Requerimiento del Subsecretario del Interior señor Rodrigo Ubilla, presentado ante el Tribunal Constitucional el 26 de diciembre del 2011, pp. 40-48.

4 *Ibíd.*, p. 40.

5 *Ibíd.*, p. 41.

6 *Ibíd.*

7 *Ibíd.*

8 *Ibíd.*, p. 42.

9 *Ibíd.*

cionarios públicos.¹⁰ Proporciona varios antecedentes inconducentes¹¹ hasta que, en la página 47, señala que lo relevante en este punto es determinar si la protección constitucional de la privacidad depende del continente o del contenido del mensaje. Allí defiende que lo relevante es el continente y no el contenido, que lo importante es la intención de privacidad,¹² y concluye –citando a Nogueira– que la inviolabilidad de la comunicación privada no requiere que el contenido de esta pertenezca al ámbito de la privacidad o intimidad.¹³ El Subsecretario concluye su argumentación señalando que la inviolabilidad de las comunicaciones “...es parte de la privacidad de las personas, independientemente de su contenido material, por lo que la revelación a terceros ajenos a dicha comunicación, vulnera el derecho a la privacidad”.¹⁴

4. Resumen de las ideas centrales del argumento del Subsecretario

La estructura del argumento del Subsecretario se puede esquematizar en 4 puntos:

- i) El N° 4 y el N° 5 del artículo 19 se fundan en la privacidad y esta en la dignidad o santuario íntimo de las personas.
- ii) Según la jurisprudencia del TC, la inviolabilidad de las comunicaciones deriva de su relación íntima con la vida privada.
- iii) La inviolabilidad de las comunicaciones no depende del contenido de lo comunicado (no requiere que el contenido sea privado).
- iv) La inviolabilidad de las comunicaciones es parte de la privacidad de las comunicaciones.

5. Comentarios críticos sobre el argumento del Subsecretario

A continuación se presentan algunos comentarios críticos respecto del argumento del Subsecretario, los que son relevantes para comprender el fallo del Tribunal Constitucional.

- a) En primer lugar, se debe señalar que no cabe duda que los puntos iii) y iv) anteriores son contradictorios. En efecto, no se puede afirmar al mismo

¹⁰ *Ibíd.*, p. 44.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 45-46.

¹² *Ibíd.*, p. 47.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ *Ibíd.*, p. 48

tiempo que la inviolabilidad es parte de la privacidad y que la inviolabilidad no requiere que el contenido sea privado. Volveremos sobre esto más adelante.

b) El tema central de este requerimiento –en lo que atinge al derecho a la privacidad– es si la comunicación que un funcionario público envía a otro sobre asuntos públicos está protegida por la inviolabilidad del N° 5. En su argumentación, el Subsecretario señaló que el N° 4 y el N° 5 del artículo 19 se fundan en la privacidad, y cita doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el punto. Por tanto, la inviolabilidad de las comunicaciones se concede porque se protege la privacidad. Así las cosas, la protección que reclama el Subsecretario es de su derecho a la privacidad.

Esta argumentación del Subsecretario es absurda. ¿Cómo el Subsecretario puede pretender que la petición del alcalde pueda tener que ver con su vida privada? ¿Cómo es posible que información sobre el uso de fondos públicos, producida entre funcionarios públicos, pueda formar parte de la intimidad del Subsecretario? El Consejo para la Transparencia acogió el amparo solicitado por el alcalde precisamente por la idea de que los correos entre funcionarios públicos son asuntos públicos, constituyen información pública que no forma parte de la vida privada de los funcionarios. Pues bien, el Subsecretario no da ningún argumento para sostener lo contrario, salvo una frase de Nogueira que dice que la inviolabilidad de la comunicación se concede con prescindencia del contenido de esa comunicación.

Pues bien, esa idea no hace sentido. En efecto, en la misma página donde Nogueira señala que la inviolabilidad de la comunicación privada no requiere que el contenido de la comunicación pertenezca a ámbito de la privacidad,¹⁵ afirma que la inviolabilidad de las comunicaciones tiene “su fundamento en el respeto a la privacidad de las personas”.¹⁶

Aquí hay una contradicción en el texto de Nogueira: si la inviolabilidad se funda en el respeto a la privacidad, ¿cómo se puede decir luego que la inviolabilidad no requiere que lo comunicado pertenezca a la privacidad? Esta contradicción de Nogueira queda reflejada en la argumentación del Subsecretario, en los puntos iii) y iv) del resumen antes visto.

c) El Subsecretario cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que la inviolabilidad de las comunicaciones se funda en la intimidad.

¹⁵ Nogueira, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, (Librotecnia) Tomo 1, 3ffi edición, 2010, p. 867.

¹⁶ *Ibid.*

¿Cómo es posible sostener, entonces, que la inviolabilidad no requiere que la información sea parte de la vida privada?

En suma, no hay razones en el requerimiento del Subsecretario para estimar que información pública, entre funcionarios públicos, sea inviolable, y menos afirmarlo porque se funde en el derecho a la privacidad. Esta conclusión es importante porque nos conduce a poner especial atención en la base sobre la cual el Tribunal Constitucional estructuró su argumento.

6. Razonamiento del Tribunal sobre la inviolabilidad de las comunicaciones privadas

El Tribunal Constitucional, en el voto de mayoría, sostiene que la inviolabilidad asegurada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución protege dos bienes jurídicos: la libertad de las comunicaciones y el secreto de las mismas.¹⁷ El secreto de las comunicaciones:

...precave que terceros a quienes no va dirigida la comunicación, accedan a ella. De ahí que la inviolabilidad es una presunción iuris et de iure de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad.¹⁸

Aquí el tribunal está afirmando que el secreto de las comunicaciones se protege frente a terceros porque lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas. Esto sugiere que estamos frente al derecho a la privacidad. Luego, el tribunal agrega que:

Lo que esta garantía protege es la comunicación, cualquiera sea su contenido y pertenezca o no este al ámbito de la privacidad o intimidad. El secreto se predica respecto de la comunicación. Por lo mismo, abarca el mensaje y los datos de tráfico (ruta, hora, fecha, sujetos, etc.). Y es indiferente la titularidad pública o privada del canal que se utilice;¹⁹

Esta declaración es la esencial en este fallo. El tribunal está sosteniendo que

17 Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, op. cit., considerando 31.

18 *Ibíd.*

19 *Ibíd.*

las comunicaciones privadas se protegen con independencia del contenido de las mismas; es decir, las comunicaciones privadas no se protegen por el hecho de que ellas contengan información relativa a la vida privada de los interlocutores, sino que se protegen porque son privadas, y privado no significa que pertenece a la vida privada. El contenido de la comunicación es irrelevante; también lo es la titularidad del interlocutor o el canal utilizado. En consecuencia, según esta doctrina, no puedo exigir acceso al correo del Subsecretario porque él sea una figura pública actuando en su calidad de tal, en vez de un ciudadano privado. Tampoco puedo exigir acceso al correo sobre la base de que se refiera a asuntos públicos (y no privados), como es la reconstrucción por el terremoto. Como dijo el tribunal, el secreto e inviolabilidad de los correos no dependen del carácter público o privado del interlocutor, del mensaje comunicado ni del canal utilizado.

Lo interesante es que esta doctrina no se funda en el derecho a la privacidad reconocido por el artículo 19 N° 4, sino en los términos del artículo 19 N° 5. Dicho de otra forma: las comunicaciones privadas están protegidas no porque están cubiertas por el derecho a la privacidad del artículo 19 N° 4 sino porque el N° 5 lo establece. *Privado* es un concepto utilizado por el N° 5 del artículo 19 de la Constitución que es independiente del concepto *vida privada utilizado* por el N° 4. Esto requiere una explicación sobre qué se quiere decir con la expresión *comunicaciones privadas*, y el tribunal la proporciona a continuación. Comunicaciones privadas:

...son aquellas en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que solo él o ellos la reciban (Silva Bascañán, A.; ob. cit., p. 205). El precepto protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente ella reciba y ambos sepan su contenido; por tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de este. Las comunicaciones privadas son aquellas que no están abiertas al público (Cea, José Luis; ob. cit., p. 205). Las comunicaciones privadas son comunicaciones restringidas entre dos o más personas; no están destinadas al dominio público (Vivanco, Ángela; Curso de derecho constitucional; tomo 2, Editorial PUC, Santiago, 2006, p. 364).²⁰

En este considerando se puede apreciar que privado no significa *que es parte*

20 Ibid., considerando 35.

de la vida privada de alguien, sino que *privado* es aquello que es cerrado, no dirigido al público en general. El contenido de la comunicación no es relevante sino el carácter abierto o cerrado de la misma, desde el punto de vista de los destinatarios. Por ello, el tribunal explica que las comunicaciones que se llevan a efecto por la radio o la televisión no son privadas. Ellas “...tienen por objeto obtener la máxima difusión; por lo mismo, no tienen expectativa de secreto”.²¹

En ese sentido, el tribunal reitera que, aunque los interlocutores sean funcionarios públicos, las comunicaciones son privadas si no están destinadas a ser conocidas por terceros ajenos a la comunicación y ellas se efectúan por canales cerrados.²² Los destinatarios “...pueden ser uno o muchos. En uno y otro caso, existe inviolabilidad”.²³ También reitera el tribunal que el carácter del mensaje es irrelevante para considerarlo público o privado:

El carácter inviolable de la comunicación no tiene que ver tampoco con el contenido de la misma. Se protege el mensaje, sea que tenga que ver con aspectos públicos o privados, sea que se refieran a aspectos trascendentes o intrascendentes, afecten o no la vida privada. Este derecho no se entrega en virtud del contenido de la comunicación; no tiene que ver con el carácter confidencial o privado de lo que se transmite (Martín Morales, Ricardo; *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*; Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 33);²⁴

Entonces, comunicación privada es aquella que tiene lugar por canales cerrados, debido a que los interlocutores tienen la intención de que solo ellos tengan acceso a ellas y no terceras personas. El carácter privado de esta comunicación carece de relación con el derecho a la privacidad. Por eso, la garantía del N° 5 es distinta de la del N° 4 del artículo 19.

7. Comentarios críticos

a) El voto de mayoría del Tribunal Constitucional está enarbolando una tesis inédita en nuestro medio: que el N° 5 del artículo 19 no se funda ni proviene

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

del N° 4, es decir, que la inviolabilidad de las comunicaciones no se funda en la privacidad. Esta tesis es necesaria para justificar la prohibición de acceso a correos de un funcionario público sobre asuntos públicos. En efecto, si no se requiere que la privacidad esté involucrada en las comunicaciones, entonces podemos utilizar el N° 5 del artículo 19 para impedir el acceso a cualquier comunicación.

Esta tesis es inédita porque:

- i) Ningún autor nacional ha sostenido que existe una independencia entre el N° 4 y el N° 5. Dicho de otro modo: nadie ha afirmado que el N° 5 no suponga privacidad.
- ii) El propio Tribunal Constitucional ha señalado, como ya vimos, que la inviolabilidad se funda en la intimidad. Por tanto, aquí hay una inconsistencia.
- iii) En el requerimiento no se sostiene esa tesis, sino la contraria: que la inviolabilidad se funda en la privacidad, para lo cual se cita doctrina y jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional. La única parte del requerimiento que podría relacionarse con esta inédita tesis del tribunal es la referida a la cita de Nogueira, que presenta, según vimos, una doctrina contradictoria al decir que la inviolabilidad se funda en la privacidad y luego decir que la inviolabilidad no requiere que la comunicación se relacione con la privacidad.
- iv) No cita a ningún autor nacional que diga que el contenido del mensaje es irrelevante para concederle inviolabilidad. Es curioso que el tribunal no cite a Nogueira en este punto, como lo hace el requerimiento. En vez de ello, cita a un autor español: Ricardo Martín Morales.

Todos los autores nacionales citados por el tribunal sostienen que el N° 5 constituye una derivación del N° 4. Cuando el tribunal explica la noción de “comunicación privada” cita a Alejandro Silva, José L. Cea y Ángela Vivanco. Pues bien, Silva explica que abrir o registrar una comunicación o documento privado atenta contra el derecho a la vida privada de las personas, reconocido en el artículo 19 N° 4.²⁵ Cea señala que la inviolabilidad a que se refiere el N°5 es un atributo personalísimo, ligado a lo más íntimo de cada sujeto, a partir del cual configura y proyecta su personalidad; vinculado a la intimi-

25 Silva, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, (Editorial Jurídica de Chile) Tomo XI, 2006, p. 208.

dad.²⁶ Vivanco afirma que “...la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como una garantía de la intimidad...”.²⁷ Como se puede advertir, esos tres autores estiman que la garantía del N° 5 deriva del N° 4. Por tanto, la noción de documento privado como aquel que es cerrado y que no se relaciona con privacidad, no puede fundarse en los tres autores antes mencionados, como erradamente sostiene el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, ¿qué cabe decir del voto de mayoría? ¿Es incorrecta la tesis del voto de mayoría? No necesariamente. Es posible afirmar que el N° 5 no se funda en el N° 4, y que en la Constitución encontramos dos garantías completamente separadas: una protege la privacidad y otra se denomina lisa y llanamente “inviolabilidad de las comunicaciones”, y no dice relación con la protección de la privacidad. Es interesante esta idea. El problema es que no tiene sustento: no lo dice el propio requerimiento; no lo afirma Nogueira (al contrario, afirma que la inviolabilidad se funda en la intimidad); no lo dice ningún autor nacional, y contradice lo afirmado antes por el propio Tribunal Constitucional. De modo incomprensible, el tribunal cita tres autores nacionales para apoyarla, pero ya vimos que ellos no la suscriben.

Podría ser una tesis interesante, pero carece de fundamento y eso no parece aceptable proviniendo del Tribunal Constitucional.

La única referencia para esta tesis es la cita de Ricardo Martín Morales. Primero, el tribunal citó a José Fernández para explicar que comunicación privada es aquella que discurre por un canal cerrado y luego citó únicamente a un autor, Ricardo Martín Morales, también español, para sustentar la tesis de que la comunicación privada no se relaciona con la privacidad.

Es cierto que la doctrina española considera que la protección de las comunicaciones no requiere que el asunto forme parte de la vida privada; la garantía se aplica al continente con prescindencia del contenido.²⁸ Esta afirmación de la doctrina española se sustenta en el fallo del Tribunal Constitucional español²⁹ que interpreta el artículo 18.3 de la Constitución española. Sin embargo, es fundamental tener presente que la Constitución española es distinta a la chilena en este punto.

²⁶ Cea, José L., *Derecho constitucional chileno*, (Ediciones Pontificia Universidad Católica.) Tomo II, 2012, p. 216.

²⁷ Vivanco, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, (Ediciones Pontificia Universidad Católica) Tomo II, 2006, p. 365.

²⁸ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, (Ediciones Marcial Pons) 2003, p. 408. También: Díez-Picazo, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, (Ediciones Thomson Civitas) 2008, pp. 315-316.

²⁹ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 114/1984, Fundamento Jurídico N° 7.

Constitución española	Constitución chilena
<p>Artículo 18.</p> <p>3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.</p>	<p>Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:</p> <p>5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.</p>

En resumen:

Constitución española	Constitución chilena
Se garantiza el secreto de las comunicaciones.	Se asegura la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Como se puede advertir, la Constitución española no alude a comunicaciones *privadas*, sino que asegura el secreto de todas las comunicaciones. Por eso, el Tribunal Constitucional español y la doctrina española están contestes en que la garantía es formal, sin atender al contenido. “Cualquier valoración de la comunicación para ver si está protegido su contenido o no, exigirá el levantamiento previo del secreto y, por tanto, la vulneración del derecho”³⁰ dice Pérez Royo. Pero la Constitución chilena no dice comunicaciones a secas sino que protege únicamente las que sean *privadas*. Esto hace que la garantía en Chile no sea formal, como en España, y, por lo mismo, que la referencia del voto de mayoría del Tribunal Constitucional chileno a la doctrina española sea impertinente e incomprensible. La doctrina española se refiere a un texto constitucional sustancialmente distinto al chileno: la palabra “privada”, presente en Chile y ausente en España, hace toda la diferencia. El tribunal chileno actuó como si diera lo mismo que esa palabra exista o no.

³⁰ Pérez Royo, op. cit., p. 408.

8. Voto de minoría

El razonamiento antes explicado corresponde al voto de mayoría, suscrito por los ministros Aróstica, Bertelsen, Carmona, Navarro, Peña, Venegas y Vodanovic. El voto de minoría corresponde a los ministros Fernández, García y Viera-Gallo. Dicho voto trata una serie de temas. Nos referiremos únicamente a lo atinente al derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

En primer término, el voto se refiere al asunto central antes discutido, que es la relación entre el N° 4 y el N° 5:

Que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el artículo 19 N° 5 de la Constitución, es una manifestación especial del derecho al respeto de la vida privada y de la libre comunicación. Por tanto, su contenido constitucionalmente está comprendido en el derecho al respeto de la vida privada del artículo 19 N° 4, que es la regla general y residual, a la vez, de la protección de la privacidad.³¹

Luego, el voto afirma que el caso en estudio corresponde a una eventual colisión entre el derecho a la privacidad y el acceso a información pública.³² Para tal evento, debe procederse a un juicio de razonabilidad. El artículo 5° inciso 2° de la Ley, que confiere acceso a información pública, es una norma razonable.³³ Agregan los ministros disidentes que la solicitud del alcalde de Melipilla recae sobre un asunto de “evidente interés público”. En esta materia, se debe aplicar la regla de que todo lo que se refiera a gasto fiscal es público.³⁴ Más adelante, el voto de minoría aplica un juicio de proporcionalidad a la petición de acceso a la información contenida en los correos, y concluye que esa petición satisface el juicio de adecuación o idoneidad (porque para conseguir el fin, es una vía idónea el acceso a los correos);³⁵ el juicio de necesidad (pues el acceso a la información pública es la forma fijada por la ley para obtener la información)³⁶ y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (porque la petición es precisa y delimitada y la información es divisible).³⁷

31 Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, op. cit., considerando 11 del voto de minoría.

32 *Ibíd.*, considerando 15 del voto de minoría.

33 *Ibíd.*, considerando 20 del voto de minoría.

34 *Ibíd.*, considerando 27 del voto de minoría.

35 *Ibíd.*, considerando 31 del voto de minoría.

36 *Ibíd.*, considerando 32 del voto de minoría.

37 *Ibíd.*, considerando 33 del voto de minoría.

Agrega el voto de minoría que lo relevante para decidir acerca de la publicidad o reserva de la información de que se trate es su contenido y no el medio material que le sirve de soporte o formato.³⁸ Por ello, no toda información de un correo personal es reservada, como tampoco toda información de una entidad pública es pública.³⁹

Finalmente, los ministros disidentes afirman que las causales de reserva previstas en la Ley 20.285 no son aplicables al caso. La información solicitada por el alcalde no cabe en ninguna de las categorías del artículo 21 N° 2 de la Ley. Por tanto, el voto minoritario concluye que:

...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;⁴⁰

9. Comentarios sobre el voto de minoría

El voto de minoría discrepa de la mayoría en cuanto a la relación que existe entre el N° 4 y el N° 5 del artículo 19 de la Constitución. Afirma que el N° 5 es una derivación del N° 4, tal como lo ha señalado toda la doctrina en Chile. Esto significa que las comunicaciones privadas, entendiendo por tales las que forman parte de la vida privada, son inviolables, salvo los casos previstos por la ley. La información requerida por el alcalde es información pública. Por tanto, no puede estimarse en ningún sentido que esté protegida por el N° 5 del artículo 19, ni por el N° 4. La conclusión del voto de minoría en el considerando 42 es categórica: ¿cómo la revelación de correos sobre el uso de fondos públicos para la reconstrucción va a afectar la vida privada del Subsecretario?

El voto de minoría no cita doctrina relativa a las relaciones entre el N° 4 y el N°5, pero adhiere a la postura unánime de la doctrina nacional.

A la luz del texto de la Constitución chilena, comparado con el texto de la española, y considerando la doctrina nacional, unánime en este punto, no cabe duda de que el voto de minoría tiene la razón.

Unos meses después del fallo en comento, el Tribunal Constitucional resolvió un caso análogo⁴¹ y en él mantuvo la misma doctrina.⁴²

38 Ibid., considerando 35 del voto de minoría.

39 Ibid., considerando 36 del voto de minoría.

40 Ibid., considerando 42 del voto de minoría.

41 Tribunal Constitucional, Rol 2246-2012, sentencia de fecha 31 de enero de 2013.

42 Ibid., considerando 47; en adelante, de modo casi literal con la sentencia que se comenta en este trabajo.

Conclusiones

A partir de lo señalado es posible individualizar las siguientes conclusiones:

i) El Tribunal Constitucional interpreta el N° 5 del artículo 19 de forma distinta a como lo entiende la unanimidad de la doctrina chilena.

ii) El Tribunal cita doctrina nacional para apoyar su interpretación, lo que es un error.

iii) El Tribunal interpreta el N° 5 del artículo 19 de mismo modo como el Tribunal Constitucional español y la doctrina española interpretan el artículo 18.3 de la carta fundamental de España. En efecto, de ese contexto, el tribunal chileno toma la idea de que las comunicaciones a que se refiere el N° 5 están protegidas de manera formal, con prescindencia de su contenido.

iv) Lo anterior significa que el derecho del N° 5 del artículo 19 no se funda en la idea de privacidad recogida en el N° 4.

v) La tesis del Tribunal no aparece tampoco en el requerimiento.

vi) El apoyo del Tribunal chileno en la doctrina española es incomprensible, debido a que el artículo 18.3 de la Constitución española y el artículo 19 N° 5 chileno son distintos. En efecto, el texto español garantiza el secreto de las comunicaciones, en tanto la carta chilena asegura la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

vii) Lo anterior significa que la palabra privada, que está presente en el texto chileno y ausente en el español, sería irrelevante.

viii) Todo esto llevó al Tribunal a concluir que la situación jurídica de un funcionario público, actuando en ejercicio de su cargo sobre un asunto de interés público, es equivalente a la de un particular, actuando como tal sobre un asunto netamente privado. Dicho de otro modo: un correo electrónico que verse sobre un aspecto de la vida privada de un particular, que sea enviado por él a otro particular, tiene el mismo tratamiento jurídico, sostiene el Tribunal Constitucional, que un correo enviado por un funcionario público a otro funcionario, sobre un asunto de interés público. Esto parece un despropósito.