

# **LOS DERECHOS DE CARÁCTER COMERCIAL O ECONÓMICO COMO CAUSALES DE RESERVA O SECRETO ANTE LA LEY DE TRANSPARENCIA**

**DOMINGO VALDÉS PRIETO<sup>♦</sup>**

Santiago, Diciembre de 2009.

---

<sup>♦</sup> Abogado, Universidad de Chile y Master of Laws, University of Chicago.  
Profesor de Derecho Económico y Libre Competencia en la Universidad de Chile.

## PREÁMBULO EXPLICATIVO

El presente estudio tiene por objeto analizar el sentido y significación del concepto de “*derechos de carácter comercial y económico*” formulado por el artículo 21 N°2 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, en adelante la Ley de Transparencia, en cuanto fuente de causales de reserva o secreto y en su específica relación con el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, garantizado por el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República. Asimismo, se busca analizar el mencionado derecho fundamental y la libertad de competencia mercantil en cuanto operan como límites al principio jurídico de la transparencia y abordar, desde esta perspectiva, el denominado secreto comercial.

Es preciso advertir que este análisis no busca realizar una evaluación o crítica del sistema imperante, sino que tan sólo efectuar una descripción del sistema de tutela del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y su principal forma específica, la libertad de competencia mercantil, en sus relaciones con el principio jurídico de la transparencia.

Este estudio, que se realiza únicamente desde la óptica del Derecho vigente en la República de Chile a esta fecha, sin perjuicio de algunas referencias al derecho comparado, ha sido elaborado a solicitud del Consejo de la Transparencia creado por la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Sin embargo, las conclusiones del mismo son responsabilidad privativa de su autor y, por tanto, no representan necesariamente el parecer o la visión del Consejo de la Transparencia acerca de los tópicos aquí tratados.

Este informe se divide en cinco secciones. La primera de ellas se titula “**El Principio de la Transparencia. Conceptos Económicos y Jurídicos**”, en tanto que la segunda sección se ocupa de “**El Principio Jurídico de la Transparencia en la Actividad Estatal**”. La tercera sección trata de “**Los Derechos de las Personas como Límite al Principio de la Transparencia en la Actividad Estatal**”. La cuarta sección es denominada “**Reservas o Secretos Vinculados a la Libertad de Competencia Mercantil**”. La quinta y última sección, intitulada “**Conclusiones**”, cierra este estudio entregando un resumen de las principales conclusiones.

## DESARROLLO

### I. EL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA. CONCEPTOS ECONÓMICOS Y JURÍDICOS.

La voz transparencia se origina en una noción económica que da cuenta de una característica predicable de los mercados y que consiste en que, verificada en grado sumo, no hay en éstos costos de información. En otras palabras, un mercado perfectamente transparente es aquél en que todos los que actúan en el mismo disponen de un conocimiento completo y cierto de las acciones de los demás<sup>1</sup>. Algunos autores extienden este conocimiento completo y cierto a los precios del mercado y a la naturaleza de los bienes transados<sup>2</sup>.

Si bien es cierto que los mercados perfectamente transparentes no existen en la realidad, la transparencia en cuanto medida del grado de conocimiento de la información necesaria para tomar decisiones constituye un elemento relevante de ciertos modelos económicos<sup>3</sup>.

El concepto de transparencia halla su fuente en el análisis económico de los mercados y, por tanto, la información a que alude interesa a los agentes económicos, toda vez que dice relación con los precios de los bienes que aquéllos transan, las cantidades transadas, la calidad y oportunidad de dicha información y otros aspectos relevantes de la actividad económica. En tal sentido, la transparencia en su máximo grado es sinónimo de información perfecta<sup>4</sup>.

Paradójicamente, en la actualidad la noción de transparencia resulta predicada en forma analógica de la actividad estatal y así cabe afirmar que un Estado perfectamente transparente es aquél en que todos los ciudadanos disponen o pueden llegar a disponer de un conocimiento completo y cierto de la actividad de los órganos estatales<sup>5</sup>. Al igual que decíamos que no existen los mercados perfectamente transparentes, es preciso destacar que tampoco existen los Estados perfectamente transparentes en el sentido indicado y esto último resulta razonable y necesario, toda vez que según veremos hay cierta información que, a pesar de estar referida a la actividad estatal, no debe llegar a ser pública, v.gr., la vinculada a estrategias o recursos destinados a preservar la seguridad de la Nación en caso de guerra.

A partir de tales nociones de transparencia, nos resulta posible observar el desarrollo de una forma operativa y jurídica del Principio de la Transparencia, bajo la cual ya no se intenta describir una característica de un paradigma abstracto o una forma modélica, sino que se adentra en el orden normativo jurídico.

Así, emerge el Principio Jurídico de la Transparencia, el que se traduce en generar obligaciones y deberes en la función estatal y en el proceso competitivo en relación con la transparencia. Desde el momento en que hay obligaciones y deberes al respecto, existen derechos correlativos para exigir las correspondientes conductas, dando así espacio a una formulación jurídica a partir del expuesto concepto económico de transparencia. De esta forma, postulamos una noción jurídica del

---

<sup>1</sup> Julio Pascual y Vicente, "Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia", pgs. 380-381, Ediciones Civitas, Madrid, 2002.

<sup>2</sup> Richard J. Pierce & Ernest Gellhorn, "Regulated Industries", West Publishing Co., Estados Unidos de América, 1994.

<sup>3</sup> Fritz Machlup, "The Political Economy of Monopoly. Business, Labor and Government Policies", pgs. 12 y stes., Baltimore, The Johns Hopkins Press, USA, 1952. Este autor refiere la transparencia a la categoría de mercado perfecto, distinguiendo adicionalmente los presupuestos correspondientes a competencia pura y competencia perfecta.

<sup>4</sup> Perfect Information: It is complete knowledge in connection with the array of present and future prices as well as the location of goods and services. Any lack of it is commonly mentioned as a source for market imperfection. Shin, Jae K. & Siegel, Joel G. "Dictionary of Economics", pg. 266, Ed. John Wiley & Sons Inc., New York, 1995.

<sup>5</sup> La noción de transparencia, entendida como conocimiento de la actividad estatal, aparece recogida en el artículo 13, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En efecto, según dicha disposición la función pública conlleva "que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas".

principio de la transparencia como *el conocimiento cierto y razonablemente completo que resulta debido de la actividad de una persona o grupo de personas*. Este principio se particulariza en función de la naturaleza de las personas a cuya actividad refiera:

- i) si se trata del Estado y de la actividad de las personas jurídicas y órganos que conforman aquél, se formaliza como un principio jurídico que rige la función pública y, por tanto, resulta debido por los órganos estatales y consecuentemente es exigible a éstos. En este ámbito, el mencionado principio suele ser confundido con su causa: la publicidad; así, la publicidad es causa de la transparencia y ésta efecto de aquélla. La importancia del principio jurídico de la transparencia radica en que éste opera como un eficaz incentivo a la probidad y al profesionalismo de los órganos estatales, todo lo cual ha de redundar en un mayor y mejor respeto por parte del Estado de todos y cada uno los derechos de la persona humana. El principio jurídico de la transparencia en relación con la actividad estatal será tratado en la Sección II de este estudio, y
- ii) si se trata de competidores de un determinado mercado y de la actividad que éstos despliegan para disputarse la clientela en los mercados, se formaliza también como un principio jurídico que permite rechazar ciertas opacidades artificialmente creadas por algún agente económico, así como ciertas categorías de ofensas a la libertad, lealtad y resguardo de los consumidores que han de caracterizar el proceso competitivo. El principio jurídico de la transparencia en relación con el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas y su forma específica de libertad de competencia mercantil será abordado en la Secciones III y IV de este estudio

Los dos ámbitos mencionados a los cuales se aplica el Principio Jurídico de la Transparencia presentan características muy disímiles entre sí. Consecuencia de ello es que dichos ámbitos son, respectivamente, regidos por regímenes jurídicos muy diferentes. La transparencia de la actividad estatal se rige por el Derecho Público y en particular por su emergente legislación sobre acceso a la información pública, en tanto que la transparencia de la actividad desarrollada en el ámbito económico resulta reglada eminentemente por la garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y su principal forma específica: la libertad de competencia mercantil y sus pertinentes legislaciones de desarrollo.

Adicionalmente a esta relación de analogía que, a través del Principio Jurídico de la Transparencia, articula la actividad estatal con la actividad competencial en el plano conceptual, es preciso dar cuenta de algunas conexiones de orden práctico entre dichas actividades.

La primera consideración es que, según expondremos, la actividad estatal presenta un grado de superposición con la actividad económica. En efecto, el inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República contempla el principio de la restricción del Estado Empresario, según el cual se estatuye que, por regla general, no compete ni corresponde al Estado y sus organismos el desarrollo de actividades empresariales, puesto que éstas se hallan reservadas a los privados. Este principio admite excepciones que en lo formal han de ajustarse al artículo 19

Nº21, inciso segundo, de la Constitución, y en lo substancial al principio de subsidiariedad, cuya formulación en su aspecto positivo se encuentra en el artículo primero, inciso tercero, de la Constitución.

Cumplidas las mentadas exigencias formales y substanciales, el Estado y sus organismos pueden desarrollar actividades empresariales, dando lugar a empresas del Estado y sociedades estatales que compiten con otros agentes económicos en sus respectivos mercados relevantes. Para efectos del principio jurídico de la transparencia, las empresas del Estado y sociedades estatales son consideradas órganos estatales – en una acepción lata e impropia – y en cuanto tales se hallan afectas a algunas obligaciones de transparencia, aunque con matices según observaremos en la Sección II de este estudio.

Más aún, excepcionalmente acontece que ciertas autoridades públicas compiten directamente en ciertos mercados, esto es, sin mediar la constitución de una empresa del Estado o sociedad estatal. Así sucede, por ejemplo, con el Banco Central de Chile que es el más importante de los actores en el mercado cambiario. De esta forma, observamos que ciertos agentes económicos – que resultan también calificados como órganos del Estado, aunque esta vez dicha calificación se predica en un sentido propio – desarrollan simultáneamente actividad estatal y actividad económica y, por tanto, se hallan sujetos al Principio Jurídico de la Transparencia en su doble vertiente pública y privada.

La segunda consideración se describe a través de la pregunta de en qué medida un exceso de transparencia en la actividad estatal podría suponer un detrimento para el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y, específicamente, para la libertad de competencia mercantil. Este exceso de transparencia puede adoptar dos modalidades.

La primera - que resulta de lo explicado precedentemente - corresponde a un competidor que reviste la calidad de sociedad estatal o empresa del Estado (por tanto se le considera órgano estatal en un sentido lato e impropio) y que, por mandato de la legislación de acceso a la información pública, deba revelar antecedentes cuya reserva resulta necesaria para competir en su respectivo mercado relevante.

La segunda modalidad refiere a un competidor que no reviste la calidad de órgano estatal en el sentido indicado – se trata de un ente privado en el cual el Estado no realiza aportes ni alcanza participación alguna - y cuyos datos sensibles para competir son develados por algún órgano estatal (sentido lato e impropio) en atención a un mandato de la legislación de acceso a la información pública que recae sobre esa entidad.

Estos dilemas, que pueden eventualmente producir una colisión entre el principio jurídico de la transparencia en cuanto referido a la actividad estatal y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, han ser resueltos bajo la mecánica de las reservas o secretos según lo previsto en la Constitución Política de la República. En efecto, tales reservas o secretos se activan en función de los límites de aquel principio que se hallan contemplados en la Constitución Política de la República.

## II. EL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL

### II.1. EVOLUCIÓN Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL

La transparencia, en cuanto principio jurídico informador de la actividad estatal, ha experimentado un largo periplo en su desarrollo y formalización<sup>6</sup>. Conceptualmente dicho periplo ha supuesto recientemente, a lo menos, dos significativos avances: i) la ampliación de los órganos estatales vinculados a la mencionada transparencia, al pasarse desde un estadio en el cual este principio sólo era exigido a la Administración del Estado hasta la situación actual, en la cual ese principio rige también al Congreso y al Poder Judicial, entre otros órganos estatales, y ii) la precisión en cuanto a la jerarquía normativa requerida para establecer secretos o reservas al Principio de la Transparencia. Antiguamente disposiciones infralegales podían generar secretos o reservas, en circunstancias de que actualmente éstos sólo pueden ser dispuestos por normas de jerarquía equivalente, al menos, a una ley de quórum calificado. La relevancia de este cambio radica en evitar que ocurran situaciones como la generada por el DS N°26 de 2001 sobre Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República que entregó a los jefes superiores de servicio la determinación de las materias secretas o reservadas mediante resolución fundada. Esto permitió que se dictasen cerca de noventa resoluciones disponiendo la reserva y secreto de documentos con una extensión excesiva, lo cual implicó transformar el principio de la transparencia en una excepción<sup>7</sup>.

El fundamento último de la Transparencia arranca, sin duda, de la naturaleza del Estado, el cual *“está al servicio de la persona humana”* y *“su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*, según prescribe el artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República. En efecto, una actividad estatal transparente contribuye a reducir una eventual arbitrariedad en las decisiones estatales, sea que aquélla tenga su origen en una falta de probidad<sup>8</sup> o bien en una falta de profesionalismo y, por tanto, permite verificar un adecuado cumplimiento de la función pública<sup>9</sup>, así como contribuir a un mayor y mejor respeto de las garantías constitucionales por el Estado y sus organismos.

---

<sup>6</sup> El mencionado periplo se remonta a la Ley 19.653, denominada “Ley de Probidad” que incorporó a la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el Título III de la misma, denominado “De la Probidad Administrativa”, e introdujo el actual artículo 13 de esa ley. Sobre el particular puede consultarse el completo trabajo de Jorge Álvarez Vásquez, “El Derecho de Acceso a la Información desde una Perspectiva Constitucional”, pgs. 63-71, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, 2006.

<sup>7</sup> Esta situación fue puesta de manifiesto por Contraloría General de la República mediante el Dictamen N° 49883, de 4 de octubre de 2004, a través del cual dicha autoridad pública observó que ciertas decisiones de la Administración “(...) fijan materias sujetas a secreto o reserva en términos de tal amplitud que no resulta admisible entenderlas amparadas por la regulación legal y reglamentaria que debe servirles de fundamento (...)”.

<sup>8</sup> Gustavo Cuevas Farren, “Análisis del Artículo 8° de la Constitución Política sobre Probidad, Publicidad y Transparencia”, pgs. 71-72, Ius Publicum N°23/2009.

<sup>9</sup> Carlos E. Delpiazzo, “Control Social de la Administración y Transparencia”, pgs. 43 y ss., Ius Publicum N°11/2003.

La transparencia, al ser identificada con su causa ha recibido la denominación de “publicidad”<sup>10</sup>, y en cuanto tal ha sido reconocida explícitamente a nivel constitucional a partir de la reforma efectuada a nuestro máximo cuerpo normativo, mediante la Ley 20.050 de fecha 26 de agosto de 2005. Si bien anteriormente la Ley 18.575 ya había recepcionado expresamente el Principio de la Transparencia y éste podía ser también educido de otros principios y preceptos constitucionales en vigor, la importancia de dicha reforma radica en que desde aquella fecha el Principio de la Transparencia cuenta con un estatuto constitucional propio. En efecto, prescribe nuestra Constitución Política de la República:

*“Artículo 8º: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

*El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.*

*Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes<sup>11</sup>.”*

A partir de esta normativa constitucional resulta posible construir las líneas maestras del nuevo estatuto jurídico de la transparencia en la actividad estatal.

La primera gran línea maestra derivada de este precepto constitucional consiste en que el Principio de la Transparencia opera como regla general de la actividad estatal y que el secreto o la reserva constituyen límites a aquél. Sobre este particular, cabe señalar que el Constituyente ha dispuesto la *publicidad* de los actos y resoluciones de los órganos estatales, mas no ha aludido a la *transparencia* de los mismos. A nuestro juicio, la diferencia entre publicidad y transparencia es sutil: la primera es causa de la segunda. En efecto, de la publicidad de los actos de los órganos de los órganos estatales se sigue la transparencia de aquéllos toda vez que la publicidad proporciona o permite el mayor grado de conocimiento o información que constituye la esencia de la transparencia. Esta estrecha relación entre causa y efecto explica por qué ciertos cuerpos legislativos refieren en forma conjunta a los principios de la publicidad y transparencia<sup>12</sup>. La transparencia, según hemos explicado, constituye una noción de origen económico y que refiere al grado de conocimiento existente en un mercado. Así, la transparencia se opone a la opacidad, de la misma forma como la publicidad se opone al secreto (este término deriva de *secretus*, que significa poner a parte o segregar).

<sup>10</sup> El término “publicidad” significa “*cualidad o estado de público*”; en tanto que “público” significa “*notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos*”. Confrontar, Diccionario de la Lengua Española, pg. 1259, Tomo 8, Madrid, 2001.

<sup>11</sup> Estos dos últimos incisos han sido añadidos por la Ley N° 20.414 que realiza una Reforma Constitucional en Materia de Transparencia, Modernización del Estado y Calidad de la Política.

<sup>12</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículos 4° y 16°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado..

La segunda línea maestra de este nuevo estatuto guarda relación con la localización de este nuevo precepto constitucional. Éste se halla situado en el Capítulo I de la Constitución, denominado Bases de la Institucionalidad y, como bien ha observado el Tribunal Constitucional, dicho capítulo da cuenta de las “(...) *bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuanto fluye de ellas se irradia sobre los capítulos siguientes y, con mayor razón aún, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar (...)*”<sup>13</sup>.

De lo anterior se sigue que la Transparencia es un principio jurídico de jerarquía constitucional, con todo lo que ello significa. En efecto, este principio da lugar a un derecho fundamental implícito<sup>14</sup>, con base en la naturaleza humana y ejecutable con fuerza coactiva propia en cuanto que no requiere de ley alguna para ser puesto en ejercicio.

La Ley de Transparencia ha definido el Principio Jurídico de la Transparencia para la función pública como consistente en “*respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*”<sup>15</sup>

Como resulta de dicha definición el Principio Jurídico de la Transparencia descansa sobre la publicidad de los actos de la Administración y el acceso a la información. Luego, resulta correcto inferir que sólo hay transparencia allí donde existe publicidad y/o acceso a la información y, por tanto, aquélla es un efecto de éstas.

## II.2. TRANSPARENCIA ACTIVA Y PASIVA

Luego de la reforma experimentada por el inciso primero del artículo 6 de la Constitución Política, que precisó que: “*Los órganos del Estado deben (...) garantizar el orden institucional de la República*”, resulta más evidente aún que las autoridades públicas tienen un deber de proactividad en orden adoptar las medidas necesarias para que el Principio de la Transparencia alcance su máximo desarrollo dentro los límites previstos por la Constitución. Esta reforma permite distinguir entre transparencia activa y transparencia pasiva.

Todo órgano estatal tiene el deber de ejercer la función pública con transparencia y ello entraña un doble aspecto: a) *promover* el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos que se adopten en el ejercicio de esa función<sup>16</sup> y b) *permitir* el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de los actos que se adopten en el ejercicio de esa función, lo que es consecuencia de la publicidad. Esta distinción también se halla expresamente contemplada en relación con los procedimientos administrativos<sup>17</sup> y en la Ley de Transparencia<sup>18</sup>.

La diferencia entre uno y otro caso, como puede observarse, radica en distinguir si la iniciativa de entregar la información requerida descansa en el órgano estatal (letra

<sup>13</sup> Sentencia Rol N°410 del Tribunal Constitucional, considerando 23°.

<sup>14</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, considerandos 9° y 10°.

<sup>15</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 4°, inciso 2°.

<sup>16</sup> Artículo 13, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>17</sup> Artículo 16°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>18</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 3°.



a)) y que recibe la denominación de transparencia activa<sup>19</sup> o bien si esa iniciativa descansa en el sujeto activo solicitante de la información (letra b)), denominada transparencia pasiva<sup>20</sup>. En rigor, la transparencia activa descansa en un mandato legislativo que establece el deber de poner a disposición del público en general información significativa sobre la gestión pública sin que medie solicitud alguna, deber legal que de conformidad con el principio de la vinculación positiva determina la acción de los órganos del Estado<sup>21</sup>.

La transparencia pasiva importa reconocer un derecho subjetivo para exigir información a los órganos estatales de sus actos y resoluciones, sus respectivos contenidos, fundamentos y procedimientos. Este derecho subjetivo será analizado en el capítulo siguiente.

### **II.3. DERECHO SUBJETIVO PARA LA TRANSPARENCIA PASIVA**

Cabe a este punto advertir que la mencionada transparencia – denominada publicidad en la Constitución – resulta operativizada bajo la forma de un derecho subjetivo que permite acceder a la información en poder de los órganos estatales. Esta operativización a través de un derecho subjetivo específico resultaba del todo necesaria habida consideración que la información relativa a la actividad estatal que se declara pública resulta voluminosa y extensa. De allí que sería extremadamente oneroso hacer pública esa información en forma total y masiva<sup>22</sup>. A fin de evitar un derroche de recursos fiscales, esta transparencia se ha diseñado de forma tal que sea el interesado quién solicite aquella información específica que precisa a la respectiva autoridad pública y, por esta vía, se proceda selectivamente en función del interés del solicitante. Esto nos lleva a analizar el estatuto jurídico de la transparencia en la actividad estatal bajo la estructura del derecho subjetivo de acceso a la información<sup>23</sup>. Excede los límites de este informe pronunciarnos acerca de la naturaleza jurídica de este derecho subjetivo, procediendo sólo indicar que existen diversas concepciones al respecto<sup>24</sup>.

A tal efecto, distinguiremos los siguientes elementos de este derecho subjetivo: a) sujeto activo; b) sujeto pasivo; c) sujeto afectado por la entrega de información; c) objeto formal y material; d) causa y e) formalidades.

#### **II.3.1. Sujeto Activo**

Atendido los términos amplios del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, resulta razonable interpretar que se trata de un derecho subjetivo que está disponible a toda persona, natural o jurídica, sea que se trate de una autoridad pública, de una autoridad privada o de un particular. En otras palabras, cualquier persona puede actuar como sujeto activo, esto es, como solicitante de información relativa a la

---

<sup>19</sup> Por mandato de la Ley de Transparencia, cierta información debe hallarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos del servicio respectivo. Este deber es denominado de transparencia activa; confrontar, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 6° y 7°.

<sup>20</sup> Por mandato de la Ley de Transparencia, cierta información puede ser solicitada por toda persona al servicio respectivo. Confrontar, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 10° y 11°.

<sup>21</sup> Artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

<sup>22</sup> Lo anterior no es óbice para que, por mandato de la Ley de Transparencia, cierta información deba hallarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos del servicio respectivo, dando lugar a la denominada transparencia activa. Confrontar, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 6° y 7°.

<sup>23</sup> En este sentido, véase Jorge Álvarez Vázquez, “El Derecho de Acceso a la Información desde una Perspectiva Constitucional”, pgs. 71-76, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, 2006.

<sup>24</sup> Para una evaluación crítica de las diversas concepciones, véase, José Manuel Díaz de Valdés J., “El Derecho de Acceso a la Información Pública: su Reconocimiento por el Tribunal Constitucional”, pgs. 81-88, en Sentencias Destacadas (2007), Libertad y Desarrollo, Santiago, 2008.

actividad estatal, sea que lo realice por sí misma, por representante legal, mandatario o agente oficioso<sup>25</sup>. Esta interpretación resulta confirmada por lo dispuesto en la Ley de Transparencia que preceptúa: “***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 destacado es nuestro)<sup>26</sup>. Si bien es efectivo que la Ley de Transparencia presenta un universo de destinatarios más reducido que el artículo 8 de la Constitución, ello no resulta óbice para concluir que se trata de un derecho subjetivo universal.

### II.3.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es el destinatario o receptor de la solicitud de información. Este destinatario es siempre un órgano del Estado, puesto que de conformidad con el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución: “***son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado***” (el destacado es nuestro). Son órganos del Estado todos y cada uno de los integrantes de la Administración, así como también el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Ministerio Público y Tribunales Electorales.

Cabe advertir que la denominada “Administración del Estado” admite, al menos, dos significaciones legales. Bajo la primera de tales significaciones, la Administración aparece definida en un sentido lato por el artículo 1°, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado<sup>27</sup>. Esta definición amplia tiene la importancia de que las autoridades públicas allí mencionadas quedan alcanzadas por todas las disposiciones del Título I de dicho cuerpo normativo, entre las cuales se cuenta aquella que establece el principio de la transparencia (artículos 3° y 13°, en sus respectivos incisos 2°). La Ley de Transparencia<sup>28</sup> reitera que entiende por órganos o servicios de la Administración del Estado “(...) *los señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (...)*”<sup>29</sup> y luego de se encarga de señalar que todos los actos y resoluciones del propio Consejo de la Transparencia serán públicos, con excepción de aquellos que tengan el carácter de reservado o secreto<sup>30</sup>.

Por contraste, las disposiciones del Título II de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado emplean una segunda significación formulada por el artículo 21, que descansa sobre una noción ostensiblemente más restringida de Administración del Estado. De esta última se hallan expresamente excluidos muchos órganos que se hallaban comprendidos en la significación amplia. Entre los órganos excluidos se halla el propio Consejo de la Transparencia.

De lo expuesto se concluye que todas las autoridades públicas y entidades comprendidas en la definición del artículo 1°, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánico Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

<sup>25</sup> Debe recordarse lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos.

<sup>26</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 10°, inciso primero.

<sup>27</sup> Señala este precepto: “*La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley*”

<sup>28</sup> Esta ley resulta individualizada como Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Sin embargo, su propio artículo 1°, numeral 4, indica que se denomina Ley de Transparencia a este cuerpo normativo.

<sup>29</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 1°, numeral 5.

<sup>30</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 35°.

quedan vinculadas por el Principio de la Transparencia y, por tanto, sus actos son públicos. Luego, las autoridades públicas y entidades comprendidas en esta definición lata tienen el deber de actuar como sujetos pasivos ante el ejercicio legítimo que se realice de un derecho subjetivo de acceso a la información. Para salvar cualquier duda, la Ley de Transparencia hace extensible el Principio en análisis a todas autoridades públicas, cualquiera sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes<sup>31</sup>.

Si bien esta lectura es clara e indubitable, cabe recordar que en el pasado algunas empresas públicas del Estado intentaron sustraerse del cumplimiento de los artículos 9° y 10° de la Ley 18.918, que exigía la entrega de cierta información, bajo el argumento de que esas empresas públicas no formarían parte de la Administración del Estado<sup>32</sup>.

Si bien podría quedar la pregunta de si tal definición amplia de Administración del Estado comprende las sociedades anónimas en cuya propiedad participa el Estado<sup>33</sup>, ello ha quedado resuelto por la Ley de Transparencia que dispone que ésta se aplica a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga una participación accionarial superior al 50% o la mayoría en el directorio<sup>34</sup>. Sin embargo, es necesario advertir que las empresas y sociedades antes aludidas constituyen una categoría especial de sujetos pasivos toda vez que sólo se le aplican las disposiciones de la Ley de Transparencia que ésta señale en forma expresa<sup>35</sup>. De ello se sigue que, en rigor, las empresas del Estado y las sociedades estatales antes mencionadas no constituyen sujetos pasivos de esta obligación de dar acceso a la información que conforma la denominada transparencia pasiva. Lo anterior no es óbice para que resulten obligadas a proveer cierta información constitutiva de transparencia activa y determinada por la propia Ley de Transparencia<sup>36</sup>.

Resta preguntarse si las empresas de utilidad pública que no hayan sido creadas por ley y en las cuales el Estado no tenga la participación accionarial antes indicada o mayoría en el directorio quedan comprendidas entre los sujetos pasivos en análisis. Nos inclinamos por la negativa por las siguientes razones:

- i) el precepto que las incluía, esto es, el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley 18.575, fue derogado por la Ley 20.285 sobre Transparencia;
- ii) la Ley de Transparencia dispone que ciertos preceptos de ésta se aplican a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga una participación accionarial superior al 50% o la mayoría en el directorio, pero no contempla otro caso de empresas de utilidad pública diverso de los antes señalados;
- iii) el artículo 8° de la Constitución Política de la República limita esta obligación a los órganos del Estado y sobre dicha base se ha interpretado que

<sup>31</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 4°, inciso 1°.

<sup>32</sup> Esta situación fue puesta de manifiesto por Contraloría General de la República al H. Senado mediante el Dictamen N° 4642, de 8 de noviembre de 2000.

<sup>33</sup> Para observar las diversas visiones que sobre el particular se han tenido en nuestro sistema jurídico, Domingo Valdés Prieto, "Libre Competencia y Monopolio", pg. 484, nota 465, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.

<sup>34</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 2°, inciso 3°, y 10° transitorio. Consistente con lo anterior, la Superintendencia de Valores y Seguros ha emitido la Circular 1954, de fecha 03 de diciembre de 2009, mediante la cual dicta instrucciones para todas las empresas públicas creadas por ley y empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionarial superior al 50% o mayoría en el directorio, a fin de dar cumplimiento al artículo 10° transitorio, inciso cuarto, de aquella ley.

<sup>35</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 2°, inciso 3°, y 10° transitorio. Asimismo, véase Decisión Reclamo N° A4-09 del Consejo de Transparencia, considerandos 2, 3 y 4.

<sup>36</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7°. Confrontar, Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago del 23 de octubre de 2009, causa rol N° civil 4625-2009.

- no puede alcanzar a entidades de derecho privado, como son las sociedades anónimas que prestan servicios de utilidad pública, salvo que el Estado ostente la mayoría accionarial o la mayoría del directorio<sup>37</sup>; y
- iv) así lo ha constatado la doctrina especializada en la materia<sup>38</sup>.

Cabe concluir que esta categoría de empresas no sólo no constituyen sujetos pasivos de la obligación de transparencia pasiva sino que además no se hallan afectas a obligaciones de transparencia activa.

### II.3.3. Objeto Formal

El objeto del derecho subjetivo en comento es acceder a información calificable como pública en virtud del Principio de la Transparencia. Esta información está determinada por el artículo 8, inciso 2°, de la Constitución al señalar: “*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen (...)*”.

De esto se sigue que el objeto formal de dicho derecho subjetivo viene determinado por actos públicos de los órganos del Estado, expresión que comprende toda la tipología de actos de los diversos poderes y entidades que conforman el Estado según la descripción ya efectuada del sujeto pasivo.

Es importante destacar que debe tratarse de un acto emitido por un órgano estatal; de allí que la información que se halle en poder de éste y que no haya sido objeto de un acto o una resolución del Estado, en principio no debería quedar afecta al Principio de la Transparencia. Sin embargo, la propia Ley de Transparencia ha buscado colmar este eventual vacío al disponer que es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, a menos que esté sujeta a las excepciones que constituyen límites al Principio de Transparencia<sup>39</sup>. Más aún, la propia Ley de Transparencia ha creado una presunción simplemente legal de publicidad de la información en poder de los órganos de la Administración<sup>40</sup>, presunción que ciertamente no alcanza las excepciones constitucionales o legales que tutelan secretos o reservas.

A la publicidad de un acto estatal se opone su secreto y reserva<sup>41</sup>. Las causales de secreto o reserva dispuestas constitucionalmente son: i) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte el debido cumplimiento de las funciones de un órgano estatal; ii) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte los derechos de las personas; iii) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte la seguridad de la Nación y iv) que la publicidad del respectivo acto estatal afecte el interés nacional.

<sup>37</sup> En este mismo sentido, Miguel Ángel Fernández Gonzáles, “El Principio Constitucional de Publicidad”, pg. 150, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>38</sup> Enrique Rajevic Mosler, “Una Nueva Vuelta de Tuerca en Materia de Acceso a la Información: la Ley N°20.285 (D.O. 20.08.2008)”, numeral 6, publicado con fecha septiembre 03, 2008, en <http://decive.blogspot.com/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html>.

<sup>39</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 5°, inciso 2°, y 10°, inciso segundo.

<sup>40</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 11°, letra c). Esta presunción es denominada “principio de la apertura o transparencia”, el cual ciertamente tiene un alcance más limitado que el antes analizado Principio Jurídico de la Transparencia.

<sup>41</sup> Cabe advertir que los conceptos de secreto y reserva no son equivalentes desde una perspectiva doctrinaria. Así, se ha dicho que: “jurídicamente, el secreto y la reserva son términos que difieren por la mayor jerarquía de los valores protegidos por el primero, resultando de ello una pena más severa para quien infrinja el secreto y también un plazo de protección más prolongado”. Cea Egaña, José Luis: “Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información: Acerca del Secreto y su Reverso”, pg. 14, III Revista de Derecho, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992.

La distinción entre secreto y reserva está también desarrollada en el ámbito bancario; la primera rige para los depósitos bancarios, en tanto que la segunda aplica a operaciones de crédito y operaciones bancarias en general. Confrontar, Gustavo Plott W., “Manual de Operaciones y Servicios Bancarios”, pg. 189 y stes., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Estas causales deben hallarse establecidas en una norma cuya jerarquía sea, a lo menos, equivalente a una ley de quórum calificado<sup>42</sup>. En otras palabras, estas causales deben hallarse formuladas por un precepto constitucional, una ley orgánica constitucional, una ley de quórum calificado o una ley simple amparada en la disposición cuarta transitoria de la Constitución. A contrario sensu, toda causal de reserva formulada en una norma infralegal ha quedado derogada por la entrada en vigor del artículo 8 de la Constitución. Es preciso advertir que la propia Ley de Transparencia contempla excepciones, puesto que advierte: “*salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado*”<sup>43</sup>. Las excepciones previstas por la Ley de Transparencia son esencialmente las mismas contempladas en el artículo 8° de la Constitución, aunque acompañadas de un mayor grado de especificación<sup>44</sup>. En atención a este mayor grado de especificación es que un destacado jurista ha considerado que se trata de una ley interpretativa de la Constitución<sup>45</sup>.

Conviene enunciar cierta controversia que había suscitado alguna interpretación de la disposición cuarta transitoria de la Constitución, norma que prescribe a la letra:

*“Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánico constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean Contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”*

Es claro que esta disposición cuarta transitoria, que persigue evitar inconstitucionalidades sobrevinientes por faltar el respectivo quórum calificado exigido para ciertos contenidos de jerarquía legal, no agota ni ha agotado su virtualidad con motivo de la entrada en vigor de la Constitución, sino que rige también respecto de nuevas reformas y preceptos que se introduzcan en la Constitución<sup>46</sup>. Así, aquellas disposiciones contenidas en leyes simples que se hallaban vigentes al tiempo de entrada en vigor del artículo 8° ya comentado subsistirán mientras no se dicten los correspondientes cuerpos normativos. Por ejemplo, el artículo 282 del Código Orgánico de Tribunales contempla acuerdos secretos que subsistirían bajo la aplicación de la mencionada disposición cuarta transitoria.

No obstante lo anterior, se ha planteado la idea de que la normativa formulada en leyes simples que contemplan modalidades de secretos o reservas no podría subsistir – a pesar de lo dispuesto en la cuarta transitoria – en razón de ser contrarias a la Constitución y tal supuesta contrariedad derivaría de negar específicamente el Principio de la Transparencia. Discrepamos de semejante análisis porque éste importa olvidar que la Constitución en su artículo 8° en comento no sólo consagra dicho principio sino que también reconoce cuatro límites al mismo. Luego, si las normas legales que contemplan situaciones de reserva o secreto hallan fundamento último en alguno de los cuatro límites constitucionales al Principio de la Transparencia, nadie podrá argumentar que aquellas disposiciones legales contravienen la Constitución. Sin ir más lejos y, según

<sup>42</sup> Artículo 66, inciso 3°, Constitución Política de la República.

<sup>43</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 5°, inciso 1°.

<sup>44</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 21°.

<sup>45</sup> Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, quien señala: “Corrobora lo anterior la circunstancia de que la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, señale de manera circunstanciada – en su artículo 21 – las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, disposición esta última a la que además puede atribuírsele el carácter de interpretativa del artículo 8° constitucional”, Consideración I, Sentencia de 25 de Agosto de 2009, Rol N° 1.288-2008, Tribunal Constitucional.

<sup>46</sup> Así lo explica con contundente argumentación el Dictamen N°48302/2007, parte II, emitido por Contraloría General de la República.

veremos en el caso particular a que se refiere la Sección III de este estudio, muchas de estas normas de jerarquía legal que contemplan secretos o reservas se reconducen a derechos garantizados en la misma Constitución Política, lo que resulta precisamente coherente con el segundo límite contemplado en el mismo artículo 8° de la Constitución que alude a “*los derechos de las personas*”. Luego, no existe la pretendida inconstitucionalidad de preceptos legales que contemplan secretos o reservas y que llevaría a impedir la aplicación de la disposición cuarta transitoria a éstos. No es suficiente al efecto invocar el argumento de que el Principio de la Transparencia se halla formulado en las Bases de la Institucionalidad de la Constitución, puesto que en este mismo capítulo se explica que el bien común civil presupone el pleno respeto de los derechos y garantías establecidas por la Constitución (artículo primero, inciso 4°) y que la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (artículo 5°, inciso segundo).

A nuestro juicio, esta interpretación que defendemos viene adecuadamente refrendada por la misma Ley de Transparencia que establece que, de conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política<sup>47</sup>.

Por último, cabe recordar que la Ley de Transparencia<sup>48</sup> ordena que los órganos de la Administración del Estado mantengan un índice actualizado de los actos y documentos calificados como secretos o reservados en sus oficinas. El Consejo de la Transparencia en ejercicio de su potestad reglamentaria externa ha regulado dicho índice confiriendo a este último el carácter de público<sup>49</sup>.

#### **II.3.4. Objeto Material**

El objeto material del derecho subjetivo en estudio viene constituido por toda la información correspondiente a actos públicos de los órganos del Estado, en los términos antes indicados. Asimismo, es preciso observar que el Estado queda obligado a dar acceso a los actos y resoluciones, pero no se halla obligado a la producción de información en el sentido de tratarla, organizarla y procesarla según las necesidades del sujeto activo. Asunto diverso es que un órgano del Estado tenga como cometido precisamente la organización de información o la elaboración de estadísticas, caso en el cual se hallará obligado a proporcionar el resultado de dicha función pública al solicitante.

El objeto material se extiende a información correspondiente a actos públicos de los órganos del Estado. Para estos efectos, la información comprende: i) la decisión o acto mismo del órgano estatal; ii) los fundamentos de dicho acto, lo cual a nuestro juicio comprende tanto la parte expositiva y los considerandos de la respectiva decisión (en tanto estas categorías resultan predicables unívoca o análogamente en atención a la naturaleza del acto), así como los antecedentes fácticos mediatizados en antecedentes documentarios o probatorios que motivaron la respectiva decisión. En este sentido, la Ley de Transparencia es clara en cuanto alude a: “los documentos que les sirvan de

<sup>47</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 1° transitorio.

<sup>48</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 23°.

<sup>49</sup> Instrucción General N°3 del Consejo de la Transparencia. El mencionado índice, de conformidad al apartado I.1.d) debe señalar el fundamento legal y la respectiva causal de secreto o reserva.

sustento o complemento directo y esencial”; y iii) los procedimientos empleados para la dictación del respectivo acto o resolución. Es relevante destacar que los procedimientos, en su propia estructura, se hallan afectos a los principios de transparencia y publicidad por mandato legal<sup>50</sup>. De esta forma, los procedimientos deben ser por sí mismos transparentes, circunstancia a la cual se añade su publicidad en cuanto dan lugar a una decisión de un órgano estatal de conformidad con lo prescrito por el artículo 8 de la Constitución y artículo 5 de la Ley de Transparencia.

Ha de tenerse presente que a las tres formas de información descritas, la propia Ley de Transparencia ha añadido una fórmula residual al disponer que es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, a menos que esté sujeta a las excepciones que constituyen límites al Principio de la Ley de Transparencia<sup>51</sup>.

### II.3.5. Sujeto Afectado por Entrega de Información Solicitada

En rigor estamos ante una relación jurídica trilateral, puesto que además de la intervención de los sujetos activo y pasivo antes descritos, existe una tercera persona que es aquella que puede resultar afectada por la entrega o difusión de la información solicitada. Esta tercera persona se denomina “*persona a que se refiere o afecta la información correspondiente*”<sup>52</sup> y puede, en cuanto tal, adoptar tres actitudes una vez requerida: i) aceptar la solicitud de información; ii) no deducir oposición, con lo cual se entiende que accede a la entrega de la información requerida; y iii) deducir oposición a la entrega de la misma<sup>53</sup>. Si esta tercera persona adopta las actitudes i) y ii), se entiende que accede a la publicidad de la información solicitada. En consecuencia, deberá el sujeto pasivo resolver si realizará la entrega de la información solicitada, lo que deberá hacer salvo que medie una causal de reserva o secreto.

Por contraste, si esta tercera persona adopta la actitud iii), esto es, deduce una oposición en tiempo y forma, el órgano estatal requerido quedará impedido de proporcionar la información solicitada, salvo que medie una resolución en contrario del Consejo de Transparencia. La oposición resulta procedente toda vez que la solicitud verse sobre información que pueda afectar derechos de terceros. Éstos podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá ser escrita y requerirá expresión de causa<sup>54</sup>.

Por tanto, el sujeto activo ante i) una denegatoria por el sujeto pasivo de la petición de información o ii) ante una oposición interpuesta en tiempo y forma, tendrá derecho a recurrir al Consejo de la Transparencia solicitando amparo a su derecho de acceso a la información<sup>55</sup>.

### II.3.6. Causa

Se ha señalado que el ejercicio de este derecho subjetivo por parte de un sujeto activo “no requiere expresión de causa ni acreditar una calidad especial”<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Artículo 4º, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>51</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículos 5º, inciso 2º, y 10º, inciso segundo.

<sup>52</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 20º.

<sup>53</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 20º.

<sup>54</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 20º.

<sup>55</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 24º.

<sup>56</sup> En este sentido, Jorge Álvarez Vázquez, “El Derecho de Acceso a la Información desde una Perspectiva Constitucional”, pg. 76, Revista Escuela de Derecho, Universidad del Mar, 2006.

Respecto de la legitimación activa nuestros tribunales han concluido, bajo la antigua legislación de transparencia, que el acceso a la información pública permite realizar “el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad”<sup>57</sup> y que, desde tal punto de vista, no se requieren exigencias de legitimación activa.

### **II.3.7. Formalidades**

La solicitud se efectuaría mediante un procedimiento desformalizado para agilizar la gestión. Aquélla debe presentarse por escrito o mediante sitios electrónicos y deberá contener ciertas menciones mínimas, las que en el evento de faltar darán lugar a un plazo de subsanación. Vencido éste sin que se hayan producido las complementaciones requeridas, se tendrá al solicitante por desistido de su petición<sup>58</sup>.

Ante una solicitud pueden presentarse oposiciones o bien tener lugar la concurrencia de alguna causal de reserva o secreto. En ambas circunstancias la autoridad pública que opera como sujeto pasivo deberá formular la negativa por escrito o por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Esta negativa deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que motiven su decisión<sup>59</sup>.

## **III. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL**

El segundo límite al Principio Jurídico de la Transparencia, contemplado en el inciso segundo del artículo 8 de la Constitución, se refiere a “*los derechos de las personas*”. Esta frase tiene la trascendental función de evitar que, bajo la invocación del principio jurídico de la transparencia, resulten conculcados derechos de terceros. En efecto, esta frase ha sido correctamente interpretada como comprensiva de - al menos - los derechos de jerarquía constitucional como los contemplados en tratados internacionales vigentes en nuestro país<sup>60</sup>.

Las mal denominadas “excepciones” a la Transparencia en realidad no son excepciones sino antes bien límites. En efecto, la excepción es disruptiva y odiosa en tanto puede constituir fuente de arbitrariedades, mientras que los límites son internos e intrínsecos al respectivo principio o derecho y, por tanto, necesarios para la ordenación de la vida en sociedad. Así, un exceso transparencia puede ser lesivo para ciertos derechos fundamentales y esto es precisamente lo que consideró el Constituyente al consagrar el nuevo artículo 8 de la Constitución. En este sentido, cabe recordar las palabras del Ministro del Tribunal Constitucional, señor Mario Fernández Baeza, quién señalara:

---

<sup>57</sup> Sentencia Rol N°585-2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 8.

<sup>58</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 12°.

<sup>59</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 16°.

<sup>60</sup> En este sentido, Miguel Ángel Fernández González, “El Principio Constitucional de Publicidad”, pg. 153, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.



“Que la causal de excepción a la publicidad “los derechos de las personas” que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta establece, debe entenderse estrictamente vinculada a lo dispuesto en el inciso cuarto, parte final, del artículo 1° de la misma Constitución, que dispone: “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, como requisito para que el Estado esté “al servicio de la persona humana” y promueva “el bien común”, creando “las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”<sup>61</sup>

La Corte Interamericana en el caso Claude Reyes y Otros vs. Chile estableció que las restricciones (causales de reserva o secreto) establecidas legalmente han de ajustarse a un objetivo permitido por la Convención Americana<sup>62</sup>. En tal sentido, el artículo 13.2. contemplado en dicha Convención permite que se impongan restricciones a la Transparencia destinadas a asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, entre otras causales que se mencionan.

Esta causal de los “*derechos de las personas*” también haya eco en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta disposición contempla como causal de limitación: “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. En el mismo sentido, el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 10, numeral 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos que alude a “la protección de la reputación o de los derechos ajenos”.

### III.1. ¿QUÉ SON LOS “DERECHOS DE LAS PERSONAS”?

Esta fórmula empleada por la Constitución y reiterada por la Ley de Transparencia opera como límite intrínseco al principio jurídico de la Transparencia. De allí que resulta de la mayor trascendencia analizarla y establecer sus alcances.

La primera duda que surge a quién analice esta fórmula es si ésta resulta ser tautológica, toda vez que, por definición, sólo las personas tienen derechos<sup>63</sup>. Luego, indicar que el límite al principio de la transparencia consiste en “*los derechos de las personas*” pareciera, a primera vista, incurrir en un pleonismo carente de prolijidad jurídica.

No obstante lo anterior, somos de la opinión que el Constituyente utilizó dicha formulación con una intención muy clara: otorgar la mayor amplitud lógica a los derechos que podrían operar como límite interno del mentado principio. Esta máxima amplitud lógica tiene un doble fundamento: i) por una parte, guardar coherencia con los derechos fundamentales que contempla la Constitución, puesto que aquéllos resultan asegurados por dicho cuerpo normativo a “*todas las personas*”<sup>64</sup>; y ii) evitar que, por la vía de constreñir el titular, hubiese derechos que no pudieran operar como límites del principio de la transparencia. Así, por ejemplo, la Constitución de 1925 aseguraba derechos a “todos los habitantes de la República”, dando lugar a diversas controversias

<sup>61</sup> Voto en contra del Ministro del Tribunal Constitucional señor Mario Fernández Baeza, numeral 8°, en sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1051-08-CRR.

<sup>62</sup> Para una síntesis de este caso, véase Miguel Ángel Fernández González, “El Principio Constitucional de Publicidad”, pgs. 160-164, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

<sup>63</sup> Confrontar, Jacques Maritain, “Lecciones Fundamentales de Filosofía Moral”, pgs. 186 y stes., Biblioteca Argentina de Filosofía, Buenos Aires, 1966. En el mismo sentido, Octavio Nicolás Derisi, “Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral”, pg. 203, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1980.

<sup>64</sup> Artículo 19, Capítulo III, Constitución Política de la República.

acerca de quiénes eran los sujetos titulares de los respectivos derechos asegurados. Una de tales controversias versaba acerca de si las personas jurídicas domiciliadas en Chile eran o no habitantes de la República.

En síntesis, la fórmula “*los derechos de las personas*” exhibe la mayor amplitud lógica tanto desde el punto de vista del titular (la persona) como desde la perspectiva del objeto (el derecho).

La siguiente consideración que procede realizar es dar cuenta de la triple acepción del término “derecho”, noción analógica por excelencia y respecto del cual hemos de distinguir tres significaciones principales: i) **derecho en sentido de lo justo** (lo adecuado a otros, lo debido a ellos), donde lo justo debido puede estar constituido por acciones u omisiones o por cosas (bienes tangibles e intangibles), según corresponda en cada situación; ii) **derecho en sentido de derecho subjetivo**. Si bien el derecho - en su acepción de lo justo - es debido a otro, también resulta exigible por ese otro y, por tanto, lo justo debido opera como objeto de una facultad moral de ese otro. Esta facultad moral para exigir lo justo adeudado es lo que denominamos derecho subjetivo; y iii) **derecho en sentido normativo**, esto es, en su acepción de normas jurídicas o sistema de leyes que constituyen fuentes de derechos.

Atendido que modernamente la acepción i) resulta muy poco empleada, parece razonable interpretar que la fórmula “*derechos de las personas*” corresponde a la significación de derecho en un sentido subjetivo.

El derecho subjetivo se estructura sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) una materia sobre el cual recae dicho poder moral. Estos elementos nos resultarán útiles para caracterizar, en la Sección III.3, los derechos comerciales o económicos a que alude la Ley de Transparencia.

En cuanto a la noción de derecho subjetivo empleada por la Constitución, es preciso dar cuenta de las siguientes notas distintivas:

1. Los derechos fundamentales son reconocidos por el Estado, luego no son conferidos por la Carta Fundamental ni por autoridad pública alguna. La explicación de lo aseverado se halla en que los derechos emanan de la naturaleza humana<sup>65</sup>, esto es, se ostentan por la sola circunstancia de pertenecer al género humano. De allí que estos derechos fundamentales son anteriores al Estado en un sentido no cronológico sino que ontológico. Esto significa que los derechos fundamentales promueven y garantizan formas del bien humano a los integrantes de una sociedad civil o política por la vía de conferir a las personas prerrogativas de actuación destinadas a la consecución de aquéllas<sup>66</sup>.

2. Los derechos fundamentales no se hallan afectos a un *numerus clausus* determinado por la Constitución o por tratados internacionales ratificados por Chile. La explicación de esta apertura del catálogo de los derechos fundamentales radica en lo señalado en el numeral primero precedente, esto es, la pluralidad de bienes humanos que la creciente complejización de la vida humana en sociedad va reclamando. Cada uno de estos bienes humanos resulta conocido, estudiado y finalmente positivizado (explícita o

---

<sup>65</sup> Artículo 5, Capítulo I, Constitución Política de la República.

<sup>66</sup> Carlos I. Massini Correas, “El Concepto de Derechos Humanos: Dos Modelos de Comprensión y Fundamentación”, pg. 38, Ius Publicum N°6, Santiago, 2001.

implícitamente, según los casos) en función de las necesidades de la persona en su vida en sociedad.

3. Los derechos fundamentales deben interpretarse en armonía con los principios contemplados en el Capítulo I de la Constitución que colectivamente reciben la denominación de Bases de la Institucionalidad. Estos principios revisten carácter jurídico; por tanto, son preceptos rectores, operativos, coactivos y que contribuyen a una mejor interpretación no sólo del texto constitucional sino que también de toda la legislación subyacente a la Carta Fundamental.

4. Todos los derechos fundamentales han sido reforzados a través de la especial garantía del artículo 19 N°26 de la Constitución, que impide que aquéllos sean afectados en su esencia o que se impida su libre ejercicio;

5. Ninguno de los derechos fundamentales es ilimitado, en el sentido que carezca de límites internos en el poder moral que lo define para su ejercicio o en la materia sobre la que aquél recae. La vida en sociedad civil exige considerar tales límites a los derechos y éstos pueden hallarse en dos estados: i) de normalidad constitucional, y ii) de excepción constitucional.

Esto es relevante para una adecuada comprensión del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución que consagra el principio jurídico de la transparencia. En efecto, según hemos explicado, este precepto constitucional da cuenta de un derecho subjetivo implícito: el derecho a solicitar acceso a la información pública, esto es, alcanzar un conocimiento cierto y razonablemente completo de la actividad estatal, que resulte debido de conformidad con la Constitución y las leyes. Este derecho subjetivo implícito<sup>67</sup>, que denominaremos Derecho al Acceso a la Información Pública (DAIP), presenta todas y cada una de las características antes anotadas para los derechos subjetivos constitucionales. Particularmente relevante es la característica quinta mencionada (la negación del carácter ilimitado del derecho subjetivo constitucional en atención a sus límites) para la comprensión del DAIP, puesto que éste tiene entre sus propios límites genéricos los demás derechos de las personas. De conformidad con el artículo 8 de la Constitución, estos demás derechos de las personas operan como límites internos genéricos al DAIP en cuanto resultan especificados a través de alguna forma de reserva o secreto. Las reservas o secretos constituyen los opuestos de la transparencia. Luego, para establecer los límites específicos del DAIP no basta con que nos hallemos ante un derecho de las personas determinado sino que resulta esencial la concurrencia en éste de un contenido normativo consistente en alguna forma de reserva o secreto. Será, por tanto, objeto de particular estudio el establecer en cada derecho de las personas si hay materia para considerar una reserva o secreto. En atención a la necesidad de la concurrencia de ciertas jerarquías normativas antes explicadas para configurar una reserva o secreto, resulta claro que éstos no pueden emanar de normas infralegales, entre las cuales hallamos las reglamentarias, administrativas, jurisdiccionales, convencionales u otras semejantes.

Los *derechos de las personas* que operan como límites al DAIP pueden clasificarse en tres órdenes normativos:

---

<sup>67</sup> Se ha sentenciado que el artículo 8 de la Constitución “*ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla*”. Claude Reyes, Marcel y Otros contra Chile.

- i) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contenidos en la Constitución Política de la República;
- ii) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se hallen vigentes; y
- iii) otros derechos consagrados por preceptos infraconstitucionales, pero que exhiban la jerarquía normativa requerida (al menos ley de quórum calificado). Esta jerarquía resulta necesaria para instituir un límite específico al derecho de acceso a la información pública. Respecto de la procedencia de este último orden normativo, estimamos que éste resulta confirmado por lo dispuesto por la Ley 19.880 al emplear la fórmula de “*los derechos de las personas*” para designar los derechos que las personas tienen en sus relaciones con la Administración. Ese legislador cierra una detallada enumeración de tales derechos, disponiendo en la última letra (i)) lo siguiente: “*Cualesquiera otros [derechos] que les reconozcan la Constitución y las leyes*”<sup>68</sup>. Luego, los derechos de las personas no sólo comprenden los derechos fundamentales indicados en i) y ii) sino que también derechos establecidos en leyes. Concordante con lo anterior, el Reglamento de la Ley de Transparencia preceptúa: “Se entenderá por tales [derechos de las personas] aquéllos que el *ordenamiento jurídico* atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés” (el destacado es nuestro)<sup>69</sup>. El empleo del término “*ordenamiento jurídico*” por el Reglamento constituye una prueba adicional de que los derechos a que hacemos referencia no sólo han de exhibir jerarquía del orden i) y ii) sino que también comprenden derechos infraconstitucionales emanados de leyes que tengan, al menos, la calidad de quórum calificado.

Los derechos fundamentales admiten múltiples clasificaciones, en las cuales no nos detendremos por exceder el objeto de este estudio. Alejandro Silva Bascuñán contrapone los derechos de igualdad a los derechos de libertad. Enrique Evans de la Cuadra distingue entre derechos de la personalidad, derechos del pensamiento libre, derechos de la seguridad jurídica, derechos del desarrollo en el medio social y derechos del patrimonio<sup>70</sup>. Sergio Díez Urzúa categoriza los derechos fundamentales en derechos de la persona, derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales<sup>71</sup>.

Más allá de las diversas clasificaciones que se puedan realizar de los derechos fundamentales, es preciso ocuparse del contraste normativo entre derecho e interés.

### III.2. DERECHO E INTERÉS: ¿UN DILEMA PENDIENTE?

Cabe recordar que el Tribunal Constitucional en una importante sentencia<sup>72</sup> se encargó de analizar en profundidad los conceptos de “derechos de las personas” y los de “intereses de terceras personas”<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Artículo 17°, letra i), Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>69</sup> Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7 N°2.

<sup>70</sup> Enrique Evans de la Cuadra, “Los Derechos Constitucionales”, Tomo I, pgs. 31-32, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, 2da edición actualizada.

<sup>71</sup> Sergio Díez Urzúa, “Personas y Valores. Su Protección Constitucional”, pgs. 106-107, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

<sup>72</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerandos 16 a 23.

Observa dicha sentencia, en su considerando decimooctavo, que *interés* – en un sentido jurídico – es una “situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona y que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho”. De la noción expuesta extrae el Tribunal Constitucional que “el interés en el ámbito jurídico no se identifica necesariamente con la noción tradicional de derecho entendida como derecho subjetivo”<sup>74</sup>. Sin embargo, “la noción de interés representa una categoría reconocida progresivamente por los ordenamientos normativos para la protección de bienes jurídicos que no pueden ampararse de la misma forma que los derechos subjetivos tradicionales”<sup>75</sup>. Luego, el Tribunal Constitucional da cuenta de diversos pasajes en los cuales la Constitución reconoce la existencia de intereses dignos de protección jurídica para concluir que no sólo los denominados intereses supraindividuales sino que también los intereses individuales legítimos pueden ser objeto de reconocimiento y protección por el orden jurídico. Estos intereses individuales legítimos deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”<sup>76</sup>; de lo contrario se estaría interpretando restrictivamente el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución sino que, además, se estaría desconociendo el respaldo constitucional de un sinnúmero de normas legales que consagran la protección jurídica de intereses<sup>77</sup>. De lo expuesto concluye el Tribunal Constitucional que el límite al principio jurídico de la transparencia formulado, a través de la publicidad, por el artículo 8, inciso segundo, de la Constitución, consistente en “los derechos de las personas”, permite colegir que: “la expresión “derechos” está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos”<sup>78</sup>. Luego, el término “derechos de las personas” comprende también *intereses legítimos*.

El Reglamento de la Ley de Transparencia emitido por el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia se encarga de contraponer los derechos de las personas y los simples intereses de las personas<sup>79</sup>. A fin de dar coherencia a la antes comentada sentencia del Tribunal Constitucional con la precisión que realiza el referido Reglamento, debe concluirse que lo que éste denomina “*simple interés*” corresponde a un interés no legítimo y que, como tal, no resulta merecedor de protección jurídica y, por tanto, malamente podría operar como límite del principio jurídico de la transparencia.

Es interesante destacar que la doctrina ha visto en el término “interés” una acepción general consistente en una “ventaja de orden pecuniario o moral que importa para una persona el ejercicio de un derecho o acción. El interés puede ser actual o eventual, material o moral”<sup>80</sup>. De esta forma, la doctrina también reconoce una asociación entre derecho e interés, desde el momento en que esta última noción indica la existencia de un derecho cuyo ejercicio importa una ventaja pecuniaria o moral<sup>81</sup>.

---

<sup>73</sup> Fórmula empleada por el hoy derogado inciso undécimo del artículo 13º de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

<sup>74</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 19.

<sup>75</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 19.

<sup>76</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 21.

<sup>77</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 22.

<sup>78</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, sección V, considerando 23.

<sup>79</sup> Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7 N°2.

<sup>80</sup> Henri Capitant, “Vocabulario Jurídico”, pg. 327, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

<sup>81</sup> Black’s Law Dictionary, pg. 812, West Publishing Co., 1990. Interest: “the most general term that can be employed to denote a right, claim, title, or legal share in something.”

Por otra parte, según algunos el término *interés* sería opuesto a *derecho*, según quedó planteado en el Informe de la Comisión Mixta que conocía del Proyecto de Ley sobre Probidad. Sin embargo, resulta clara la interpretación del Reglamento en cuanto a oponer derechos e intereses, puesto que el simple interés no es más que un interés carente de la legitimidad que confiere un derecho subyacente. Por contraste, un interés legítimo resulta identificable con un derecho.

### **III.3. LOS DERECHOS DE CARÁCTER COMERCIAL O ECONÓMICO COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ESTATAL**

Hemos de ocuparnos de una categoría especial de “*los derechos de las personas*” que resulta enunciada por la Ley de Transparencia. Dispone este cuerpo normativo que constituyen causales de secreto o reserva las siguientes:

*“2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”<sup>82</sup>.*

Debemos advertir que la técnica legislativa empleada en este numeral de la Ley de Transparencia ha generado dudas en el sentido de si el precepto en comento constituía una norma interpretativa de la Constitución<sup>83</sup>, declarándose finalmente por mayoría de votos de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados que el mentado precepto carecía de semejante sentido interpretativo. Esta aproximación contrasta con lo sostenido por los Ministros del Tribunal Constitucional, señores Navarro y Venegas, en su prevención a la sentencia pronunciada por ese Tribunal con fecha 10 de julio de 2008, Rol N°1.051 (control preventivo del proyecto de Ley de Acceso) y con la disidencia del Ministro señor Fernández Baeza formulada en esa misma sentencia.

A nuestro juicio el adverbio “*particularmente*” está empleado en su sentido de individualidad y distinción<sup>84</sup>. En otras palabras, dicho adverbio denota algo singular o individual como contrapuesto a lo universal o general. En efecto, las hipótesis normativas que vienen a continuación de la voz “*particularmente*” constituyen singularizaciones de la causal de secreto o reserva formulada previamente en términos universales como “*derechos de las personas*”. De ello se sigue que las singularizaciones en comento quedan lógicamente inscritas en las nociones de “*persona*” y “*derecho*” antes explicadas. En efecto, las especies deben ajustarse a los respectivos géneros y, por tanto, cabe predicar de los “*derechos de carácter comercial o económico*” lo que ya se ha expuesto de los “*derechos de las personas*”.

Así, hemos de afirmar que los derechos de las personas de carácter comercial o económico dan cuenta de derechos subjetivos reconocidos – explícita e implícitamente – en la Constitución y en tratados internacionales, así como de derechos subjetivos que

<sup>82</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 21 N°2.

<sup>83</sup> Véase, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, referido al proyecto de ley, segundo trámite constitucional, sobre acceso a información pública, en Boletín N°3.773-06, del 08 de mayo de 2007, pg. 40.

<sup>84</sup> Confrontar, Diccionario de la Lengua Española, pg. 1146, Tomo 8, Madrid, 2001.

operativicen los anteriores, en tanto y en cuanto estos últimos se hallen en leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado o leyes que se encuentren acogidas a la disposición cuarta transitoria de la Constitución. Asimismo, comprenden bajo la expresión “derechos” no sólo derechos subjetivos sino que también intereses supraindividuales e intereses individuales legítimos, de conformidad con la acertada interpretación efectuada en la materia por el Tribunal Constitucional.

Señalado lo anterior, cabe advertir que la especie de derechos de las personas mencionada en la parte final del artículo 21 N°2 de la Ley de la Transparencia se distingue del resto de los derechos de las personas por el derecho mismo y no por sus titulares. En efecto, los titulares indicados por el artículo 8 de la Constitución son los mismos que los señalados por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, esto es, todas las personas.

La diferencia entre el artículo 8 de la Constitución y la disposición de la Ley de la Transparencia en comento se halla en el derecho mismo. Cabe recordar que un derecho subjetivo, según hemos indicado, se define sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) una materia sobre la cual recae dicho poder moral. Este segundo elemento, es decir la materia, objeto o carácter de tales derechos, es el que ha empleado la Ley de Transparencia para singularizar este subconjunto de derechos de las personas y contraponerlo al resto de ellos. Luego, se da la paradoja de que la Ley de Transparencia no hace distingo alguno por concepto del poder moral, que es el elemento propiamente especificante de un derecho subjetivo, sino que lo hace en función de la materia. En consecuencia, procederemos en el capítulo siguiente a determinar la materia u objeto referidos indagando qué es lo comercial y qué es lo económico.

### **III.3.1. Lo Comercial y Lo Económico como Objeto de los Derechos Mencionados en la Ley de Transparencia**

La búsqueda de la especificidad de la materia u objeto de los derechos en estudio – lo comercial y lo económico - es de singular importancia, puesto que permitirá determinar qué categorías de derechos subjetivos serán alcanzados por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia y, por tanto, podrán operar como límites al principio jurídico de la transparencia.

#### **III.3.1.1. Equivocidad del Vocablo Comercio**

Siendo el vocablo comercio un término que presenta significativas equivocidades, resulta necesario preguntarse qué es el comercio y en cuál de sus varias acepciones ha sido empleado por la Ley de la Transparencia para efectos del precepto localizado en el artículo 21 N°2, parte final.

En una perspectiva etimológica, la voz comercio guarda relación con la irrupción del contrato de compraventa como el principal de los contratos<sup>85</sup>, desplazando las permutas,

---

<sup>85</sup> Así lo plantea Luis de Molina al conferir al contrato de compraventa la cualidad de “contrato por excelencia” y calificarlos como “el más frecuente”. Véase, Molina, Luis de, “Teoría del Justo Precio”, Disputa 336, “De la Compra-Venta”, numeral 1°, pg. 113, Editorial Nacional, Madrid, 1981.

los cambios y las donaciones. Es tal la fuerza con que irrumpió el contrato de compraventa en las economías dinerarias, que la voz latina “commercium” – que significa comercio, tráfico, negocio – nace de la integración de las partículas “cum” (con) y “merx” (derivado de “mercor”, esto es, comprar y vender). En el derecho romano “merx” significaba el acto de comprar, puesto que “merx” era precisamente la cosa objeto del contrato de compraventa. De esta manera, el término comercio puede ser etimológicamente explicado como “con compra” o “con mercancía”. Esta vinculación entre compraventa y comercio ha perdurado en los siglos y quedó recogida en las Etimologías de San Isidoro de Sevilla, cuando éste afirma: “El nombre de comercio deriva de “mercancías”, denominación que aplicamos a las cosas que se pueden vender”<sup>86</sup>. Más tarde, en la España del siglo XVI, se acuña el verbo “mercar” como sinónimo de vender, poniendo en evidencia las relaciones entre mercancía, compraventa y comercio.

Del comercio se han efectuado muchas descripciones, siendo la principalmente aceptada aquella que lo conceptualiza como *una actividad de intermediación con fines de lucro, generalmente consentida por las respectivas partes, consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas a cambio de un cierto provecho o ganancia*.

A continuación, analizamos las principales notas constitutivas de esta definición:

**Actividad.** Comercio y negociación habitualmente son empleados como sinónimos, puesto que negocio es lo contrario del ocio y se da el nombre de negociar al de comerciar puesto que esta última actividad, al estar cargada de preocupaciones, resulta extraña al ocio<sup>87</sup>.

**Intermediación.** La intermediación constitutiva del comercio puede ser clasificada en intermediación “meramente económica”, por una parte, y en intermediación “económica y jurídica”, por otra. En la intermediación meramente económica el intermediario adquiere algún derecho sobre los bienes que demanda para luego ofertarlos a los consumidores, esto es, se hace parte en los contratos que permiten la intermediación, vgr., las empresas bancarias celebran contratos de captación y luego de hacerse dueñas de los fondos captados, aquellas celebran contratos de colocación. A diferencia, en la intermediación económica y jurídica, el comerciante no es parte en los contratos que ponen en contacto al productor/mayorista con el comerciante/minorista/consumidor, resultando un ejemplo paradigmático el corredor de propiedades. Así, la intermediación es siempre económica y, en ocasiones, adicionalmente jurídica.

**Con fines de lucro.** El lucro es de la esencia del comercio y lo distingue de otras formas de intermediación que pueden realizarse con otros propósitos, por ejemplo, comprar para donar u otras fórmulas destinadas a practicar la caridad.

De esta manera, el objeto del comercio es la producción de riqueza mediante el referido intercambio de bienes y servicios; este intercambio usualmente se verifica mediante dinero, de allí que el dinero se coloca “entre” los cambios y consiste, además, el dinero en el fin del comercio, al ser aquél representativo del lucro en las economías dinerarias.

---

<sup>86</sup> Sevilla, San Isidoro de, “Etimologías”, Tomo I, Libro V, 25,35, pg. 527, Editorial BAC, Madrid, 1993.

<sup>87</sup> El término latino “negotium” revela la contraposición entre negocio (“neg-otium”), esto es, la negación del ocio y el ocio (“otium”). Para un contraste entre actividad económica y actividad contemplativa (ocio fecundo), véase, Josef Piper, “Leisure. The Basis of Culture”, pg.3 y ss., Liberty Fund, Indianápolis, 1999.



Es por ello que, desde antiguo, el Estagirita ha afirmado que “...ya que el dinero es el elemento básico y el término del [inter]cambio”.<sup>88</sup>

No nos ocuparemos de los argumentos éticos que validan la práctica del comercio, por estimarlo innecesario a los efectos del presente estudio; si bien cabe destacar que este asunto fue cuidadosamente analizado por los más grandes teólogos juristas y resuelto favorablemente, en tanto y en cuanto que la finalidad del comercio no sea la obtención de un lucro desordenado o carente de razonabilidad<sup>89</sup>.

**Generalmente consentida.** Esta actividad de intermediación se caracteriza por ser generalmente consentida por las respectivas partes y, por tanto, desde una óptica jurídica se materializa a través de multitud de formas convencionales, sean traslaticias del dominio o no. En consecuencia, resulta un error limitar esta intermediación a ciertas formas contractuales en particular. Incurrir en esta imprecisión el propio Diccionario de la Lengua Española al explicar el comercio como: “Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”<sup>90</sup>. Si bien es cierto que la compraventa y la permuta suelen ser las convenciones más comunes en el comercio, no por ello son las únicas mediante las cuales puede llevarse a cabo esta especie de intermediación. Si bien nuestro derecho positivo no ha definido qué ha de entenderse por comercio, la jurisprudencia nacional emitida por los Tribunales Ordinarios de Justicia ha recogido, en forma constante, variaciones de la definición antes comentada del Diccionario de la Lengua Española.<sup>91</sup>

Hemos señalado que esta forma de intermediación es generalmente consentida para oponerla a otras modalidades de intermediación claramente involuntarias - estas son las conmutaciones involuntarias o “ekousión”, según la terminología aristotélica - , como ocurre, por ejemplo, en el caso de los daños injustamente inferidos que se conmutan o “cambian” por la compensación económica correspondiente a la víctima de aquéllos. Decimos que el comercio es generalmente consentido a fin de resaltar que, excepcionalmente, las transacciones comerciales pueden revestir un cierto carácter forzoso, lo cual puede ocurrir, en algún grado, como efecto del dirigismo contractual o, más radicalmente involuntarias, en el caso de ciertas técnicas del orden público económico en virtud de las cuales la autoridad pública ordena la celebración de ciertas convenciones o determina todo o parte de los contenidos de las mismas, constriñendo la autonomía privada que suele presidir las actividades mercantiles.

**Productos o Mercaderías.** En cuanto a los bienes ofertados en el mercado, debe observarse que existe una distinción de antigua data entre comercio e industria, no obstante que desde la óptica de la Economía Política el comercio es una rama de la industria. Al analizar Domingo de Soto<sup>92</sup> el comercio se refiere a dos clases de

<sup>88</sup> Aristóteles, “Política”, 1257b, pg. 71, Editorial Gredos, Madrid, 1999.

<sup>89</sup> Santo Tomás de Aquino, “Suma de Teología” 2-2, Cuestión 77, Artículo 4, pgs. 598 y stes., Editorial BAC, Madrid, 1990, seguido por Domingo de Soto, “De la Justicia y del Derecho”, Tomo III, Libro VI, Cuestión II, Artículo 2, pgs. 543 y stes., Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968 y también por Luis de Molina, “Teoría del Justo Precio”, Disputa 336, “De la Compraventa”, numeral 3º, pg. 129, Editora Nacional, Madrid, 1981. Afirma Santo Tomás de Aquino: “No obstante, el lucro, que es el fin del tráfico mercantil, aunque en su esencia no entrañe algún elemento honesto o necesario, tampoco implica nada vicioso o contrario a la virtud. Por consiguiente, no hay obstáculo alguno a que ese lucro sea ordenado a un fin necesario o aún honesto, y entonces la negociación resultará lícita.”

También defiende la necesidad del comercio, aunque desde una óptica más bien sociológica, Johannes Althusius, “Politica” (1603), pg. 85, Liberty Fund, Indianapolis, 1995.

<sup>90</sup> Diccionario de la Lengua Española, pg. 365, Espasa Calpe, Vigésima Edición, Madrid, 1992.

<sup>91</sup> A modo de ejemplo, véase, “Price’s (South American Ltd) con Impuestos Internos”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de Noviembre de 1945, Considerando 4º.

<sup>92</sup> Domingo de Soto, “De la Justicia y del Derecho”, Tomo III, Libro IV, Cuestión II, Artículo 2, pg. 544, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

negocios: comercio e industria, radicando la distinción entre uno y otro en el hecho de que en el primero hay simple intermediación, en tanto que en la industria hay, adicionalmente, transformación del bien intermediado; por ello concluye el teólogo jurista señalando que la industria es, en verdad, un arte mecánico. Esta distinción ha sido recepcionada por el Derecho chileno en una antigua norma legal<sup>93</sup>, en algunas sentencias judiciales<sup>94</sup> y perdura en una reciente disposición de la Ley de Propiedad Industrial<sup>95</sup>.

El distingo entre comercio e industria no se muestra de interés para efectos de interpretar la disposición en análisis de la Ley de Transparencia, puesto que tanto el comercio como la industria constituyen actividades económicas y el artículo 21 N°2 de dicho cuerpo normativo refiere a “*derechos de carácter comercial o económico*”. Más aún, otras legislaciones como la antimonopólica se han encargado de eliminar el distingo entre comercio e industria para fines operativos<sup>96</sup>, distingo que tampoco ha demostrado utilidad desde la perspectiva de los antiguos preceptos que han proscrito los monopolios<sup>97</sup>. Prueba de lo anterior es que las legislaciones antimonopolios promulgadas en Chile hacen, invariablemente, remisión a las actividades del comercio y de la industria en el sentido de constituir todas ellas ámbito de aplicación de sus preceptos<sup>98</sup>. Más aún, el Decreto Ley 211, de 1973, que contiene el principal cuerpo normativo vigente en Chile para la defensa de la Libre Competencia, se encargó de mencionar expresamente, en su antiguo artículo cuarto, inciso primero, - hoy modificado en su redacción - que aquél regía sobre las actividades comerciales e industriales, advirtiendo que también se aplicaba a las labores extractivas y de servicios. De esta forma, se había buscado disipar toda duda acerca de que tanto las actividades comerciales como las industriales quedaban capturadas por la voz “comercio”.

**Consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas.** Sobre este aspecto es preciso advertir que modernamente suele distinguirse entre comercio mayorista y minorista. Por tanto, a este punto esta definición puede considerarse imprecisa toda vez que limita el concepto de comercio sólo a aquella intermediación entre fabricantes/mayoristas y consumidores. La entrega a que se refiere esta noción puede tener lugar a través de un mercado (sentido económico) o fuera de mercado. Esto último resulta predicable respecto de aquellos productos o mercancías que por su singularidad carecen de un mercado en el cual sean ofertados y demandados con cierta habitualidad.

---

<sup>93</sup> Decreto N°194 de 20 de Febrero de 1954, emanado del Ministerio de Economía de Chile: “Industria es el conjunto de actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armaduría, confección, envasamiento de sustancias, productos o artículos, en estado natural o ya elaborados o para la prestación de servicios, tales como molineras, tintorerías, acabados o terminación de artículos.”

<sup>94</sup> A modo de ejemplo, véase, “Commercial Investment Co. Ltd of Chile con Herrera”. Corte de Apelaciones de Talca, 26 de Enero de 1931, considerandos 11° y 12°.

<sup>95</sup> Artículo 36, inciso segundo, Ley 19.039 de Propiedad Industrial: “Para estos efectos, la expresión industria se entenderá en su más amplio sentido, incluyendo a actividades tales como: manufactura, minería, construcción, artesanía, agricultura, silvicultura y la pesca.”

<sup>96</sup> Cabe recordar que la interpretación inicial de la Sherman Act de los Estados Unidos de América (1890), efectuada por los tribunales de justicia, estableció erróneamente que “el comercio viene a continuación de la fabricación y no es una parte de ésta”, por lo cual ciertas restricciones que afectaban la libertad en la industria manufacturera de bienes no quedaron comprendidas bajo el ámbito de aplicación de dicha ley al categorizarse como “industria” y no corresponderse con la voz “comercio” (United States v. E.C. Knight, 1895). Dos años más tarde, los tribunales de justicia reemplazaron esta definición restrictiva de comercio por una más amplia que incluía la industria y las demás fases productivas de la actividad económica (United States v. Trans-Missouri Freight Association).

<sup>97</sup> Existe una larga tradición en este sentido, que está descrita por Joseph Manuel Domínguez Vicente, “Curia Filípica”, Tomo II, Cap. I, N° 38, pg. 15, Madrid, 1790. Dicha tradición remite a las Leyes de la Recopilación (Lex 5, tit. 8, lib. 9 Recop.) y a las Siete Partidas (Lex 2, tit. 7, part. 5).

<sup>98</sup> Artículo 172, inciso 1°, de la Ley 13.305 (1959) y antiguo Artículo 4, inciso 1°, del Decreto Ley 211 (1973). Este último estuvo en vigor hasta la reforma efectuada al Decreto Ley 211 por la Ley 19.911, la cual fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Noviembre de 2003.

### III.3.1.2. Otras Nociones Jurídicas de Comercio

Es preciso consignar que el Derecho suele emplear, adicionalmente a la expuesta, una acepción demasiado amplia y otra demasiado estricta de comercio, ninguna de las cuales resulta apropiada para una adecuada conceptualización de la voz “comercio” empleada por la Ley de Transparencia para describir un límite al principio jurídico de la transparencia.

Se presenta demasiado lata para los fines señalados, aquella acepción donde el término “comercio” alcanza su significación típicamente romana: la comerciabilidad en cuanto designa bienes que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas. Por tanto, comercio significa el conjunto de actividades referidas a bienes susceptibles de ser objeto de las indicadas operaciones jurídicas<sup>99</sup>. Luego, un derecho de carácter comercial, bajo esta acepción lata, significaría cualquier derecho referido a bienes que pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas. Esta acepción peca por exceso para efectos de la Ley de Transparencia, puesto que desde una perspectiva de la materia u objeto de un derecho subjetivo comprendería virtualmente cualquier derecho, en circunstancias que de la fórmula empleada por el artículo 21 N°2, parte final, resulta claro que se quiso aludir a una categoría específica de derechos. En efecto, el uso por dicha disposición del adverbio “*particularmente*” precediendo a los “*derechos de carácter comercial o económico*” es indicativo de que con esta frase se pretendió aludir sólo a ciertos derechos que interesan a la Ley de Transparencia.

En la misma línea de raciocinio, resulta claro que la fórmula empleada por la Ley de Transparencia en cuanto ámbito de aplicación material no corresponde a los actos de comercio definidos por el Código de Comercio<sup>100</sup>, puesto que la mercantilidad de éstos se refiere a las actividades económicas privadas que reseña el artículo tercero del Código de Comercio y los actos y contratos que los profesionales de dichas actividades celebran para el ejercicio de las mismas son mercantiles por accesión a dicha actividad<sup>101</sup>. El comerciante del Código de Comercio obedece a una noción constreñida por requisitos de habitualidad y capacidad jurídica, aunque a partir de la Revolución Francesa dicha concepción tiende a ser reconducida a las características objetivas de los actos de comercio que realiza. Asimismo, es manifiesto que la noción de comercio no puede quedar reducida a las actividades estrictamente comerciales por oposición a las industriales ni limitada a las que desarrollen los privados.

En síntesis, queda en evidencia que la voz “*comercial*” empleada por el artículo 21 N°2, parte final, de la Ley de Transparencia no se agota en las actividades de intermediación en cuanto opuestas a las industriales, ni ha de ajustarse a la noción romana de comerciabilidad, demasiado amplia en cuanto alude a todas las relaciones jurídicas privadas y demasiado estrecha, en cuanto excluye las relaciones jurídicas mercantiles públicas. En efecto, los derechos de carácter comercial también pueden proceder de

---

<sup>99</sup> Jean Guyenot, “Derecho Comercial”, Vol. I, pgs. 27-28, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1975.

<sup>100</sup> Artículo 3, Código de Comercio de la República de Chile.

<sup>101</sup> Juan Esteban Puga Vial, “El Acto de Comercio. Crítica a la Teoría Tradicional”, pg.112, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

relaciones jurídicas públicas, según quedó de manifiesto en la historia de la tramitación de la Ley de Transparencia<sup>102</sup>.

De lo expuesto concluimos que el vocablo comercio, para efectos del precepto de la Ley de Transparencia en estudio, corresponde a la noción generalmente aceptada del mismo y que ha sido analizada al inicio de este capítulo. Así, se entiende por comercio las actividades de intermediación realizadas con fines de lucro, generalmente consentidas por las respectivas partes, consistentes en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas a cambio de un cierto provecho o ganancia.

Considerando la equivocidad expuesta del término comercio y algunas restricciones emanadas de la definición generalmente aceptada que comentáramos, es que las modernas constituciones<sup>103</sup> y legislaciones antimonopólicas<sup>104</sup> han tendido a reemplazar el vocablo “comercio” por la expresión “*actividades económicas*”. El artículo 21 N°2, parte final, de la Ley de Transparencia resolvió salvar la equivocidad que rodea la voz “comercial” a través del empleo del término “económico”. Las voces “comercial” y “económico” se hallan vinculadas en el referido precepto por la conjunción “o”, surgiendo la pregunta de si esta conjunción ha sido empleada por el Legislador de la Transparencia en forma disyuntiva o a modo de equivalencia. Nos inclinamos por la primera alternativa, puesto que si bien a nuestro juicio la finalidad del Legislador de la Transparencia era salvar las equivocidades que el término “comercial” podía producir si era mencionado en forma aislada, la gran amplitud conceptual exhibida por la voz “económico” en comparación con el alcance del término “comercial” no permite afirmar un empleo sinonímico de tales voces. Este contraste de amplitud conceptual ya ha sido empleado por una reciente directiva de la Comunidad Europea<sup>105</sup>. En el siguiente capítulo quedará de manifiesto la mayor amplitud nocional del término “económico” por oposición a “comercial”.

### **III.3.1.3. Lo Económico: ¿Una Nueva Perspectiva del Ámbito Material de los Derechos de las Personas?**

Los extravíos sufridos por diversas legislaciones como consecuencia de la equivocidad del vocablo “comercio” movieron a los juristas del siglo pasado a la búsqueda de definiciones más operativas. Una solución fue acudir a la noción de lo económico que, si bien superaba los problemas planteados por la voz comercio, introducía nuevas dudas acerca de los límites de lo económico. Para mayor claridad, procede distinguir los bienes económicos de las actividades económicas.

#### **III.3.1.3.1. Los Bienes Económicos**

---

<sup>102</sup> Moción Parlamentaria de los Senadores Hernán Larraín Fernández y Jaime Gazmuri Mujica. Fecha 04 de enero, 2005. Cuenta en Sesión 23, Legislatura 352, Senado. Proyecto de Ley, artículo 1°, 4.d) “Cuando puedan lesionar intereses comerciales u otros de tipo económicos, ya sean públicos o privados”, pg. 9, en Historia de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 20 de agosto de 2008.

<sup>103</sup> Artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República de Chile.

<sup>104</sup> Artículos 1° y 4° del Decreto Ley 211.

<sup>105</sup> Directiva 2005/29/Comunidad Europea, cuyo artículo 14.2 define *comerciante* como “cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas en la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste” (el subrayado es nuestro).

Es preciso observar que no todo bien humano apetecido es por ello económico. Para que un bien humano revista el carácter de económico se requiere al efecto la concurrencia de ciertas notas copulativas: a) exterioridad, puesto que los bienes humanos internos no son objeto de la Economía, b) mensurabilidad de los bienes, esto es, su aptitud para ser valorados pecuniariamente, c) utilidad de uso<sup>106</sup>, puesto que hay bienes externos con los cuales nos relacionamos por otros motivos, v.gr., simplemente por goce estético. Esta tercera nota dependerá de la amplitud que se desee conferir a la voz utilidad; si seguimos a los filósofos clásicos, sólo ciertos bienes exteriores son útiles, y d) escasez, acompañada de demanda, esto es, insuficiencia de tales bienes en relación con la demanda actual por los mismos.

Si la necesidad a satisfacer ha de ser colmada con bienes exteriores y la cantidad disponible de éstos es insuficiente para la adecuada satisfacción de esa necesidad, tales bienes adquirirán valor económico, valor que será susceptible de medición por la vía de la cuantificación dineraria. Sólo aquellos bienes que exhiben valor económico, esto es, “la significación que unos concretos bienes o cantidades parciales de bienes adquieren para nosotros, cuando somos conscientes de que dependemos de ellos para la satisfacción de nuestras necesidades”<sup>107</sup>, han de ser llamados “bienes económicos”. Es preciso recordar que un bien no económico puede transformarse en un bien económico en dos situaciones:  $\alpha$ ) en el evento que disminuya la cantidad disponible de ese bien, manteniéndose constante la necesidad por dicho bien, y  $\beta$ ) en el evento que se incremente la necesidad a satisfacerse por ese bien, v.gr., aumento de la población, manteniéndose constante la cantidad disponible de ese bien.

Es preciso observar que sólo algunos de los denominados bienes económicos tienen la aptitud de dar inmediata satisfacción a una necesidad humana. El resto de los bienes económicos obtienen su calidad de tales del hecho de hallarse vinculados por nexos causales entre sí y con los bienes que dan inmediata satisfacción a necesidades humanas. En otras palabras, gran cantidad de los bienes económicos son tales en cuanto que sirven para la elaboración de otros bienes que tienen la aptitud de inmediatamente satisfacer necesidades humanas. Así, los campos de trigo y los molinos que trituran el trigo son bienes económicos en tanto y en cuanto el trigo triturado sirva para la elaboración del pan y éste continúe siendo un bien económico (supuesto, naturalmente, que el trigo no sirva para otra cosa que la elaboración de pan), dotado de la capacidad de satisfacer directamente una necesidad humana determinada. De allí, que los bienes económicos que dan satisfacción directa e inmediata a necesidades humanas, sean llamados bienes económicos “del primer orden”, y los restantes bienes económicos correspondan a “otros órdenes” (segundo, tercero, cuarto, etc.), según se alejen de la necesidad humana que, mediatamente, a través de otros bienes complementarios han de colmar<sup>108</sup>. Así, la cualidad de bien de un bien económico de orden superior está condicionada por el hecho de que se disponga de sus respectivos bienes complementarios de orden inferior y por el hecho de que ninguno de estos últimos

<sup>106</sup> Santo Tomás de Aquino, “Comentario a la Ética a Nicómaco”, Libro V, Lección IX, pg. 285, Ediciones CIAFIC, Argentina, 1983. Señala este autor: “Mas este algo que mide todo verdaderamente es la necesidad, o indigencia o demanda de las cosas, que contiene todas las cosas cambiables en cuanto son ellas capaces de remediar la humana necesidad; pues las cosas no se aprecian según la dignidad de su naturaleza, ya que de otro modo un ratón, que es un animal sensible, sería de mayor precio que una perla, que es una cosa inanimada, sino que a las cosas se les imponen su precio en la medida en que los hombres las necesitan para su uso. Signo de esto, es que si los hombres nada necesitaran, no habría cambio alguno, y lo mismo sucedería si no tuvieran necesidades semejantes, vale decir, de estas cosas, pues no darían lo que tienen a cambio de aquello que no necesitan.”

<sup>107</sup> Karl Menger, “Principios de Economía Política”, pgs. 102 y 103, Unión Editorial, Madrid, 1983.

<sup>108</sup> Karl Menger, “Principios de Economía Política”, pg. 51 y ss., Unión Editorial, Madrid, 1983.

pierda la calidad de bien económico. La calidad de bien económico puede perderse porque se descubra que un determinado bien no es apto para satisfacer una determinada necesidad, vgr., se descubre que una planta carece de la propiedad curativa que se le había atribuido, o porque se proscriba el consumo de un determinado bien por probarse adictivo, vgr., el consumo de ciertos fármacos. Si existe uno o más apetentes por un mismo bien económico, que formalizan su apetencia en términos dinerarios o por equivalentes en otros bienes económicos, podremos decir que hay demanda y si existe uno o más oferentes del bien económico apetecido, que formalizan su voluntad por enajenar la propiedad o ciertos usos del bien económico ofrecido en términos dinerarios o por equivalentes en otros bienes económicos, diremos que hay oferta. La interacción entre quiénes exteriorizan su apetencia por ese bien económico, en términos dinerarios o su equivalente, y quiénes exteriorizan su oferta en atención a que conseguirán otros bienes apetecidos con los dineros o equivalentes obtenidos, da lugar a los intercambios y cuando éstos se tornan habituales, tiene lugar la formación de los mercados económicos.

De esta interrelación entre bienes económicos nace la interrelación entre mercados y la conocida referencia a las diversas fases productivas. En efecto, mientras más próxima se halla una fase productiva del consumidor, más cerca se encuentra el bien económico procesado en esa fase productiva del bien económico del primer orden, del cual aquél arranca su calidad de bien económico (supuesto que no reciba su calidad de bien económico por causa de un bien del primer orden diferente). De lo señalado se colige que las fases productivas son tales en cuanto el bien económico a que refieren no pierda su calidad de bien económico.

### **III.3.1.3.2. Actividades Económicas**

Los bienes económicos dan lugar a actividad humana exteriorizada cuyo objeto es la obtención de los mismos, esto es, actividades económicas. En la medida que tales actividades económicas trasponen los límites de la mera subsistencia o autoabastecimiento y se desarrollan intercambios o conmutaciones de excedentes, puede darse lugar a la formación de mercados. Los mercados revisten algunas características: la primera es una cierta permanencia o habitualidad en la demanda y oferta de un bien económico; y la segunda, es que no resulta necesaria la materialidad del mercado, en el sentido de que oferentes y demandantes pueden concurrir sin que se encuentren presencialmente entre sí y sin que los bienes negociados se encuentren a la vista de los oferentes y demandantes respectivos.

Las referidas “actividades económicas”, en una acepción lata, pueden ser conceptualizadas como las correspondientes a aquellas actividades propiamente humanas - es decir, guiadas por intelecto y voluntad - que realizan personas, naturales o jurídicas, sobre bienes económicos en busca de la apropiación o utilización de los mismos, con el objeto de resolver el problema de la escasez, esto es, aquél que busca dar satisfacción a necesidades ilimitadas con recursos escasos.

Quizás una de las mejores definiciones de actividad económica es la que señala que ésta corresponde a “toda actividad humana que modifica el conjunto de medios útiles y escasos a disposición de un sujeto (individuo o grupo social) para los fines de la vida.”<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Francisco Valsecchi, “¿Qué es la Economía?”, pg. 16, Ediciones Macchi, Vigésima Edición, Buenos Aires, 1996.

Así, la actividad económica en cuanto estudiada y sistematizada por la Economía<sup>110</sup>, da lugar a la eficacia económica, esto es, la eficacia con que se logra una mayor utilidad con un menor esfuerzo<sup>111</sup>. En nuestra opinión, más preciso resulta afirmar que la eficacia económica consiste en alcanzar la mayor productividad con el insumo de menores costos. Los recursos empleados que se eliminan de nuestra disposición se llaman “costos”, en tanto que los recursos obtenidos como consecuencia de la anterior eliminación y que ingresan a nuestro ámbito de disposición se denominan “productos”. En este sentido, la actividad económica es actividad propiamente humana relacionándose con bienes exteriores, útiles y escasos, en una forma tal que éstos le reporten al autor de dicha actividad la mayor utilidad posible.

La multiplicidad de actividades económicas emprendidas por pluralidad de personas da lugar a un proceso económico, cuyos estadios han sido denominados fases productivas y corresponden, en su formulación más simple, a las fases de producción, distribución (mayorista y minorista) y consumo. Esta descripción semeja bastante a la que contenía el antiguo artículo cuarto del Decreto Ley 211<sup>112</sup>. Es conveniente observar que estas fases productivas, desde una óptica jurídica y en economías dinerarias, se vinculan a través de los intercambios y la multiplicidad de intercambios permite la formación de mercados, los cuales asumen diversas formas y estructuras.

La actividad económica no puede ser reducida a los cambios o al tráfico mercantil, puesto que aquélla puede consistir en conductas de autoabastecimiento o bien en conductas de intercambio. Una reducción de la actividad económica a los cambios o conmutaciones conduciría a exigir una suerte de alteridad en la actividad económica - análoga a la que resulta esencial para la configuración del Derecho -, con lo cual el estudio de la actividad de un solitario Robinson Crusoe en procura de la satisfacción de sus necesidades ilimitadas quedaría entregada a otras ciencias, diversas de la Economía. Ciertamente, éste no es el caso; las actividades económicas pueden o no estar caracterizadas por la alteridad. Sólo aquellas actividades económicas donde exista alteridad interesan al Derecho y, por tanto, dan lugar a derechos de carácter económico.

La actividad económica admite dos grandes modalidades en función de su finalidad: i) el mero consumo para la autosubsistencia y ii) el intercambio o tráfico. Así, por ejemplo, la libre competencia reglada por el Decreto Ley 211 tiene por ámbito material sólo una modalidad de actividades económicas: aquéllas que se refieren al intercambio de bienes, en tanto se realicen a través de mercados. De esto se sigue que los bienes que no pueden ser comercializados ni intercambiados en términos absolutos<sup>113</sup>, tampoco podrán ser objeto de tutela por el Derecho de la Libre Competencia.

---

<sup>110</sup> La Ciencia Económica es en parte teórica, en parte práctica y en parte productiva, según explica José M. J. Cravero, “El Tomismo en la Filosofía Contemporánea de la Economía”, pgs. 65 y stes, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1997.

<sup>111</sup> Julio Meinvielle, “Conceptos Fundamentales de la Economía”, pg. 23, Editorial Nuestro Tiempo, Buenos Aires, 1953.

<sup>112</sup> La frase “actividades económicas”, había sido ejemplificada por el Legislador Antimonopólico a través del antiguo artículo cuarto del Decreto Ley 211, cuyo inciso primero, aludía al ejercicio de actividades económicas tales como las actividades extractivas, de producción o industriales y de distribución o comercio en sentido estricto, así como las de servicios.

<sup>113</sup> Esta imposibilidad de comerciabilidad (res extra-commercium) afecta a ciertos bienes que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas, sea por su naturaleza o bien por su destino, según se encarga de recordarlo el artículo 1464 N°1 del Código Civil chileno. No debe confundirse la in comerciabilidad con la inalienabilidad de un bien. Ciertos derechos políticos y atributos de la personalidad no admiten comerciabilidad, v.gr., el derecho a voto o el derecho a la vida (este último se halla mal formulado, puesto que, en realidad, se trata del derecho a que me respeten la vida que ya tengo).

No abordaremos en el presente estudio, por exceder los límites del mismo, las diversas posiciones que se han perfilado en relación con el objeto formal y específico de la Economía<sup>114</sup>. En nuestra opinión, puede caracterizarse lo económico de la siguiente manera: “es en general económico el comportamiento humano enderezado a conseguir bienes materiales externos, contando, por una parte, con medios también provistos de esa índole, pero que son escasos y, por otra parte, con unos medios internos - las capacidades físicas e intelectuales del hombre - donde se da, asimismo, la nota de la escasez”<sup>115</sup>. En esta última descripción se precisa la escasez de los denominados factores y recursos productivos y se aclara la naturaleza de los bienes que trata la Economía. Sólo allí donde hay escasez y demanda puede existir valor económico y, por tanto, valoración pecuniaria, puesto que el precio es la medida de la escasez entregada a la estimación común del respectivo mercado.

Sin embargo, no toda forma de escasez es susceptible de evaluación pecuniaria; la escasez ha de predicarse de un bien dotado de exterioridad al ser humano y que exhiba algún grado de mensurabilidad, que es lo que la descripción transcrita ha denominado “materialidad”.

A ese sentido amplio de lo económico, tan debatido al guardar relación con la definición del objeto formal de la Economía, cabe contraponer una acepción más estricta y más operativa que sirva al precepto en estudio de la Ley de Transparencia.

En efecto, los derechos de carácter económico deben tener por objeto alguna forma de actividad económica, sea ésta de autosustento o de intercambio. Así, estas actividades para ser calificadas de económicas deben versar, a su vez, sobre bienes económicos, esto es, escasos, externos y que exhiban algún grado de mensurabilidad.

Asumiendo que haya intercambio, éste puede o no dar lugar a mercados en un sentido económico. La noción de mercado exige un intercambio habitual o dotado de cierta permanencia en el tiempo, esto es, un ámbito ideal o físico en cual interactúan con cierta habitualidad la oferta y la demanda por uno o más bienes económicos específicos. En este sentido, es correcto afirmar que existen ciertos bienes respecto de los cuales no existe mercado en un determinado país o región, lo cual no significa que nunca nadie haya demandado tales bienes, sino que si ello ocurre, acontece muy esporádicamente, no dando lugar a una demanda y oferta habitual o más o menos permanente y, por tanto, no procede hablar de mercado en un sentido estricto. La exigencia de que el mercado esté dotado de alguna permanencia exhibe muy antigua data; así San Isidoro de Sevilla afirmaba: “De donde la designación de “mercado” dada a la reunión de numerosas personas que suelen vender o comprar.”<sup>116</sup>. De allí que no todo intercambio dé lugar a un mercado en un sentido económico.

La habitualidad en los intercambios da lugar desde el punto de vista de las personas a la aparición de las empresas y desde el punto de vista de las mercaderías a la formación de los mercados.

Las actividades económicas que destacan como prototípicas son la producción, el comercio y la distribución de bienes y servicios. Estas actividades económicas en estricto rigor no tienen por objeto inmediato la solución del problema económico, sino más bien lo buscan solucionar indirectamente por su dependencia y subordinación a las

---

<sup>114</sup> Véase, Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 335-346, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

<sup>115</sup> Antonio Millán Puelles, “Economía y Libertad”, pg. 142, Conf. Española Cajas de Ahorro, Madrid, 1974.

<sup>116</sup> San Isidoro de Sevilla, “Etimologías”, Tomo I, Libro V, 25, 35, pg. 527, Editorial BAC, Madrid, 1993.



conductas humanas que efectivamente buscan solucionar dicho problema. En otras palabras, la actividad misma de producir no satisface las necesidades del productor, puesto que éste requiere obtener un pago por las unidades producidas, con parte del cual podrá satisfacer sus necesidades y con otra parte remunerará los factores productivos implicados en tal producción. En consecuencia, la actividad de producir es un medio indirecto para satisfacer las necesidades del productor.

La libertad económica descansa sobre la posibilidad de elegir medios para alcanzar el fin económico que se ha propuesto una persona, sea ésta oferente o demandante y en este último caso, intermedio o final. Una vez determinado ese fin es necesario que los bienes económicos revistan también la calidad de bienes jurídicos (es decir no adolezcan de objeto ilícito) y que las actividades económicas desplegadas no se opongan a la moral, las buenas costumbres, el orden público ni a la seguridad nacional). La prosecución de ese fin económico exige la existencia de una libertad jurídica para determinar los medios que han de emplearse en los procesos de autoabastecimiento o de intercambio, medios que también son bienes económicos y jurídicos a la vez. Esta libertad jurídica es la que confiere la propiedad privada no sólo sobre los bienes finales consumibles, sino que también sobre los medios de producción y sobre el propio trabajo.

En síntesis, un derecho de *carácter comercial* resulta muy restringido en contraste con un derecho de *carácter económico*. El carácter comercial aparece como demasiado estricto puesto que dicho vocablo es entendido como la actividad del intermediador, esto es, el conjunto de actividades económicas que causan la circulación de los bienes desde los productores hacia los consumidores. Luego, la actividad comercial es una parte de la actividad económica, en tanto que la actividad económica importa una referencia a la solución del problema económico, sea que éste sea atendido por la vía del autosustento o del intercambio y sea que éste último se desarrolle o no a través de mercados. En cualquier caso, lo económico comprende todas las fases productivas, que se extienden desde la producción hasta el consumo, pasando por el comercio y la industria en todas sus formas. De lo expuesto se podría concluir que lo “*comercial*”, en su acepción antes comentada, resulta subsumible en la expresión “*económico*” de que se vale la Ley de Transparencia en su artículo 21 N°2. En otras palabras, se confirma que el término “*económico*” está empleado como género de lo “*comercial*”, según resulta de las siguientes consideraciones:

- i) una *actividad económica* por contraposición a una *actividad de intermediación*, que caracteriza el comercio. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio, sea éste productivo, extractivo, comercial, industrial o para consumo;
- ii) una *actividad económica*, por contraposición a una *actividad comercial*, no necesariamente importa lucro. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio. Sólo en los intercambios puede existir el lucro, como bien explicara el Estagirita, por contraste con las actividades de autosustento donde por definición no puede haber lucro. Luego, no es de la esencia de las actividades económica el lucro, en tanto que sí lo es de la esencia en las actividades comerciales, según quedó de manifiesto en la primera definición analizada de comercio, que es la generalmente aceptada.
- iii) una actividad económica puede ser individual o colectiva en su desarrollo y mediar o no convenciones en la ejecución de la misma. Así, el autosustento

no requiere convenciones, en tanto la actividad comercial las requiere y por ello éstas son generalmente consentidas por las respectivas partes.

Retornando al análisis del artículo 21 N°2, parte final, de la Ley de Transparencia, conviene recordar que existen dos grandes categorías de objetos sobre los que pueden versar los derechos subjetivos de carácter económico: i) actividades económicas, y ii) bienes económicos.

Los principales derechos subjetivos constitucionales cuyo objeto es la actividad económica son los contemplados por el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental, que ampara el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas, y por el artículo 19 N°16 de la Constitución, que tutela la libertad de trabajo.

En cuanto a los principales derechos subjetivos constitucionales cuyo objeto recae sobre bienes económicos es necesario aludir al artículo 19, numerales 23, 24 y 25, que dan cuenta del derecho a la propiedad y de propiedad. Éstos se extienden a la propiedad industrial, intelectual, de las ideas, de los datos personales y de la información y respecto de ellos convergen diversas legislaciones, tales como las que emplean dichos nombres, en tanto que respecto de la información cobra especial relieve la legislación de mercado de valores que contempla varias categorías de información.

Podría estimarse que los bienes económicos tutelados por el derecho de propiedad intelectual - en su acepción lata comprensiva de la propiedad industrial e intelectual - sólo guardan relación con las garantías constitucionales vinculadas a las propiedades tuteladas constitucionalmente antes indicadas. Lo anterior no es así, puesto que existen ciertos atentados contra las propiedades intelectual e industrial que constituyen prácticas reprochadas por la legislación de competencia desleal, toda vez que permiten a un competidor mejorar su posición competitiva obteniendo una desviación de clientela. Así lo ha conceptualizado el Legislador de Propiedad Intelectual al preceptuar: *“Asimismo, esta ley tipifica las conductas consideradas desleales en el ámbito de la protección de la información no divulgada”*<sup>117</sup>.

Como puede observarse, tales prácticas reprochadas constituyen actividades económicas ilícitas toda vez que pugnan con la moral y el orden público, pero se relacionan con ciertos bienes económicos, tales como la información no divulgada. Así, queda en evidencia la estrecha relación entre actividades económicas y bienes económicos.

De esta forma, las legislaciones que protegen los bienes inmateriales, esto es, las realidades producidas por el intelecto humano y que a través de medios adecuados se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones jurídicas, se ocupan de la propiedad de los mismos. En consecuencia, la legislación de competencia desleal se hace cargo de conductas que, por medios ilegítimos, persigan desviar clientela de un agente del mercado<sup>118</sup>. Entre tales medios ilegítimos empleados para capturar clientela se halla el acceder indebidamente a un secreto empresarial, esto es, apoderarse de un bien inmaterial tutelado por la Ley de Propiedad Intelectual. Acreditada que se halle la propiedad sobre esa información comercial o económica, las conductas que realice un competidor actual o potencial para apoderarse o emplear ilícitamente aquella información constituyen un atentado contra el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica que asegure no sólo que la competencia sea libre sino que también ésta sea desarrollada en forma leal.

---

<sup>117</sup> Artículo 1, inciso segundo, en relación con artículo 42, letra b), ambos de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>118</sup> Artículo 3° de la Ley 20.169 que Regula la Competencia Desleal.

Atendido el amplio espectro normativo que abren la actividad económica y los bienes económicos, destinaremos la siguiente sección a tratar el derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica lícita contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política de la República.

### **III.4. EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA**

Cabe recordar que un derecho subjetivo se estructura sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) un objeto o materia sobre el cual recae dicho poder moral. Atendida la fórmula empleada por el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, en el capítulo precedente hemos procedido a clarificar la materia u objeto de los derechos subjetivos allí referidos, esto es, a determinar el alcance del *carácter comercial o económico* de los mismos. Al efecto, hemos distinguido las actividades económicas y los bienes económicos como la principal distinción que surge de la materia económica.

Lo ya señalado respecto de las actividades económicas resulta predicable del derecho a desarrollar cualquier actividad económica contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución. Por consiguiente, en el presente capítulo omitiremos analizar la materia de este fundamental derecho subjetivo para centrarnos en su otro elemento estructurante: la facultad moral que lo especifica y que permite, por tanto, distinguirlo de los demás derechos de carácter económico.

#### **III.4.1. Facultad Moral Especificante del Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica**

La garantía constitucional contenida en el inciso primero del Artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República prescribe a la letra:

**“La Constitución asegura a todas las personas: 21.° El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.**

Este precepto constitucional contiene la formulación positiva de un importantísimo derecho subjetivo público emanado de la naturaleza humana y, por tanto, anterior al Estado y sus organismos<sup>119</sup>. Dicha prioridad ontológica no es óbice para que este derecho pueda ser regulado e incluso limitado por las causas previstas por el Constituyente y según los términos en que tales causas resulten especificadas legislativamente.

El derecho a desarrollar cualquier actividad económica se halla reconocido por la Constitución Política de la República y asegurado a toda persona, sea natural o jurídica, - con la excepción del Estado y sus organismos, que en función de su especial naturaleza se hallan afectos a un régimen especial - no pudiendo en caso alguno ser dicho derecho afectado en su esencia ni impedido su libre ejercicio<sup>120</sup>. La importancia de este principio radica en que es una importantísima concreción del Principio de

<sup>119</sup> Sentencia Rol N°280 del Tribunal Constitucional, del 20 de octubre de 1998, considerandos 19° y 21°.

<sup>120</sup> Artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República.

Subsidiariedad y, por tanto, el soporte fundamental de la iniciativa privada en el orden económico.

En cuanto a la facultad moral especificante de la garantía constitucional en estudio, cabe observar que se trata de un derecho subjetivo y, por tanto, de una facultad que puede ejercitarse o no. En otras palabras, no existe una obligación jurídica de ejercitar este derecho en determinadas circunstancias, como sí acontece, por ejemplo, con las potestades públicas conferidas por la Constitución y las leyes, que constituyen una suerte de poder-deber. En razón de lo señalado es que este derecho subjetivo ha sido denominado en doctrina “la libertad para desarrollar cualquier actividad económica”. Esta libertad es de orden social o política y consiste en el atributo para determinar, con independencia respecto de otras autoridades públicas o privadas y de otras personas públicas o privadas si se opera o no y en el evento de hacerlo el cómo, cuándo y dónde se realizan actividades económicas, sea que tal operación entrañe actividad normativa (autonomía privada y heteronomía pública), sea que comprenda actividad extranormativa<sup>121</sup>. En efecto, este derecho es una forma específica de la libertad que el artículo primero, inciso primero, primera frase, de la Constitución Política reconoce a todas las personas y que el principio de subsidiariedad (artículo primero, inciso tercero, de la Constitución) preserva a las personas privadas ante la creciente actividad económica desplegada por el Estado a través de sus organismos, de empresas públicas y de sociedades estatales. Cabe recordar lo resuelto sobre el particular por el Tribunal Constitucional: “Que las normas del Capítulo I de nuestra Constitución constituyen un marco de carácter valórico y conceptual que vienen a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad, abriendo el mayor campo posible a la iniciativa de los particulares”<sup>122</sup>.

La facultad moral que da forma al derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de gran amplitud toda vez que emplea el verbo rector “*desarrollar*”, esto es, apunta al progreso y crecimiento de una comunidad humana en su dimensión económica. Desarrollar, en este contexto, no es otra cosa que desplegar una actividad económica en todos sus contenidos y formas, por lo cual resulta equivalente a iniciar y llevar a cumplimiento una actividad destinada a resolver el problema económico. Luego, se trata de una libertad de iniciación, progreso y crecimiento en actividades económicas. Captar en toda su plenitud esta libertad exige algunas precisiones conceptuales que pasamos a señalar.

La primera observación se refiere a los factores productivos que cabe emplear de conformidad con este derecho. Ya había puesto de relieve un jurista integrante de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución la necesidad de considerar una disposición que “asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de trabajo”<sup>123</sup>. A nuestro juicio, el origen de la imprecisión anotada radica en que la libertad para desarrollar actividades económicas excede con creces el ámbito de la libertad de trabajo, puesto que esta última alude tan sólo al factor productivo “trabajo” en particular, en tanto que la primera libertad mencionada comprende el empleo de todos los factores productivos (trabajo, capital y recursos naturales). Desde esta perspectiva ha de reconocerse la superioridad conceptual y normativa de la Constitución

---

<sup>121</sup> Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pg. 126, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

<sup>122</sup> Sentencia Rol N° 167, de 6 de abril de 1993, del Tribunal Constitucional, considerando 10°.

<sup>123</sup> Comisionado señor Raúl Bertelsen, Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

de 1980 que estableció la garantía del artículo 19 N°21 en forma separada de la libertad de trabajo, alejándose de los modelos preexistentes<sup>124</sup>.

La segunda observación se refiere a las fases productivas que alcanza el desarrollo de una actividad económica. Siguiendo lo planteado en las sesiones pertinentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, procede afirmar que este derecho comprende tres modalidades de libertad económica: i) libertad de producción, ii) libertad de comercio y iii) libertad de trabajo<sup>125</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago ha sentenciado que esta garantía: “a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio”<sup>126</sup>. Estimamos que las fases productivas comprendidas por el derecho subjetivo constitucional en análisis son las de producción y extracción, distribución en sus modalidades de mayorista y minorista y consumo. El intercambio se haya presente en todas ellas y es precisamente aquél el que da lugar a la distinción y segmentación de tales fases. En efecto, si analiza una economía sin intercambio ni cambio, por ejemplo, una de autoabastecimiento, podrá decirse que hay producción y consumo, pero éstas coexisten en un mismo sujeto de derecho de tal forma que no tiene sentido ni utilidad diferenciarlas. Los servicios son tan sólo una clase de bienes económicos de naturaleza intangible y no constituyen en sí mismos una fase productiva.

La tercera observación se refiere a la naturaleza de las actividades que resultan comprendidas bajo la expresión actividades económicas, sean éstas primarias, secundarias o terciarias. Las actividades económicas a que alude esta garantía constitucional presentan la mayor amplitud<sup>127</sup> y prueba de ello es que aquéllas van precedidas del término “*cualquiera*”; por tanto, las actividades económicas no se agotan ni constituyen sinónimos de actividades lucrativas ni de actividades empresariales, como erróneamente han sostenido algunos autores y, desafortunadamente, alguna jurisprudencia. En efecto, la libertad cautelada por el Artículo 19 N°21 de la Constitución resulta aplicable a toda actividad económica, sea que ésta se desarrolle con una finalidad de autoabastecimiento, de cambio o de intermediación y sea que esta última modalidad tenga lugar fuera o dentro de mercados. En efecto, no todos los bienes que se intercambian dan lugar a la formación de mercados, según muestra la experiencia.

Las actividades económicas tuteladas por el mencionado precepto constitucional pueden clasificarse en lucrativas y no lucrativas<sup>128</sup>, así como en empresariales y no

---

<sup>124</sup> Con anterioridad a la Constitución de 1980 el derecho a desarrollar cualquier actividad económica resultaba inferido de la libertad de trabajo e industria. Recuérdese lo restringido de la noción de industria en comparación con el concepto de actividades económicas, según explicamos en el capítulo precedente.

<sup>125</sup> Comisionado señor Roberto Guerrero, Sesión 384 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

<sup>126</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de mayo de 1996, Rol N° 4.017-95.

<sup>127</sup> “[El señor Bertelsen] Cree que es más amplio establecer: “La libertad para desarrollar cualquier actividad económica”. O sea - agrega -, para crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etc... El señor Ortúzar (Presidente) considera evidente que, al reconocerse como garantía constitucional la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, se está haciendo mención de las actividades industriales o comerciales...[El señor Bertelsen] añade no puede [el Estado] conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización...”(Sesión 388, de 27 de Junio de 1978, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución).

<sup>128</sup> Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre el Contenido Esencial del Derecho a Empezar Cualquier Actividad Económica”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año III, N°3, pg. 27, Santiago, 1999. Concluye lúcidamente este jurista que: “el bien jurídico protegido no se encuentra en modo alguno restringido a las actividades lucrativas”. Este aserto se haya confirmado por la circunstancia de que actividades económicas de autoabastecimiento también resultan tuteladas por el artículo 19 N°21 de la Constitución.

empresariales<sup>129</sup> y todas ellas quedan amparadas por el inciso primero del artículo 19 N°21 de la Constitución. De allí que la actividad económica desarrollada por una fundación, que carece de fines de lucro, queda tutelada por el precepto indicado.

Se ha debatido si las actividades empresariales son por esencia de naturaleza lucrativa. Desde un punto de vista doctrinario pareciera resultar de la esencia de una actividad empresarial el carácter lucrativo, aún cuando ciertas definiciones positivas de empresa contempladas en nuestro orden jurídico prescinden de dicho carácter lucrativo<sup>130</sup>.

Se ha tendido a ver en las actividades empresariales el principal contenido – pero ciertamente no el único – de esta garantía constitucional, caracterizándose aquéllas como: “la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho”<sup>131</sup>

¿Cuál es la esencia de esta libertad tutelada constitucionalmente y por ello sustraída, en su esencia, al Legislador? Dar con la esencia de esta libertad resulta el asunto más fundamental de la misma: sólo así sabremos hasta dónde puede avanzar el Legislador con su afán regulatorio y hasta dónde podrían las autoridades públicas hacerse eco de los límites genéricamente señalados por el Constituyente sin transgredir la crucial garantía del artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República. Sobre el particular se han construido algunas interpretaciones:

- i) La libertad ha de ser la misma para todos los agentes que se dedican al mismo género de actividad económica y esto constituiría la esencia de la garantía en comento y, por tanto, muro infranqueable al Legislador. Se ha criticado esta visión por descansar sobre la igualdad y no sobre la libertad; así, podría preservarse la igualdad y reducirse la libertad hasta lo irrisorio para cada categoría de agentes o empresas que se dedican al mismo rubro de actividad, sin por ello vulnerar la libertad en su esencia. Para ilustrar lo anterior recurrimos a las palabras del gran filósofo del derecho Rafael Fernández Concha, quien señalara: “La ley no debe hacer acepción de personas, y, por lo tanto, tiene que imponer igual castigo a todos los responsables de faltas iguales. De aquí, empero, no se deduce que la pena haya de ser una misma para todos, pues esto, en vez de igualdad en el castigo, puede traer suma desigualdad”<sup>132</sup>. En efecto, la conclusión es que la igualdad no es suficiente si a través de ella se perpetra una injusticia consistente en negar este derecho fundamental. En consecuencia, la igualdad no puede constituir la esencia de esta garantía.
- ii) Nuestra interpretación es que la esencia de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica es una libertad de orden social o política, que consiste en el atributo para determinar, con independencia respecto de otras autoridades públicas o privadas y de otras personas públicas o privadas, si se desarrolla una actividad económica o no y en el evento de hacerlo, determinar el cómo, cuándo y dónde se realizan actividades económicas, sea que el desarrollo de las mismas entrañe actividad normativa (autonomía privada y heteronomía pública), como actividad

---

<sup>129</sup> El distingo entre actividades económicas no empresariales y actividades económicas empresariales ya había sido formulado por el Comisionado señor Bertelsen, en Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Confrontar, Eduardo Soto Kloss, “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”, pg. 123, Ius Publicum N°2, Santiago, 1999.

<sup>130</sup> Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 489-490, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Véase, las definiciones de empresa contempladas en el artículo 3 del Código del Trabajo y en los Tratados de Libre Comercio suscritos entre la República de Chile y Estados Unidos de México, así como entre la República de Chile y Corea del Sur.

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 4a, de fecha 21 de Febrero de 1984.

<sup>132</sup> Rafael Fernández Concha, “Filosofía del Derecho”, Tomo II, pgs. 332 y 333, Editorial Tipografía Católica, Barcelona, España, 1888.

extranormativa. Atendido que la libertad preservada constitucionalmente es una libertad política, ha de ser una libertad caracterizada por dos órdenes genéricos de restricciones: las regulaciones y los límites propiamente tales. Mientras las regulaciones tienen por objeto indicar el cómo (requisitos y condiciones) ha de ejercitarse la libertad para desarrollar actividades económicas (prohibición relativa o imperativa de requisitos), los límites propiamente tales buscan demarcar ámbitos más allá de los cuales no es posible ejercitar dicha libertad, ni siquiera cumpliendo determinados requisitos y condiciones (prohibición absoluta). La pregunta por cuáles son las regulaciones y limitaciones de la libertad para desarrollar actividades económicas es una pregunta que formulada en abstracto no admite sino una respuesta abstracta. Sólo si la pregunta se especifica por la vía de indicar precisamente de qué actividad económica se trata, v.gr., desarrollar una industria de salmonicultura, se podrá responder con todo detalle cuáles son las regulaciones y limitaciones. Estas consideraciones sobre las restricciones a las que se halla afecto el derecho a desarrollar cualquier actividad económica no pugnan con que el objeto de este derecho sea una libertad, puesto que tal como hemos afirmado la libertad para desarrollar una actividad económica es una libertad política y como tal, sujeta a restricciones. En tal sentido, creemos que yerran quienes estiman que “un contenido esencial que incluye límites no es, en modo alguno, un contenido esencial”<sup>133</sup>. En efecto, la esencia es aquello que hace que una cosa sea lo que es y no lo que carece de límites; así, todas las cosas del universo visible exhiben límites y no por ello carecen de esencia. Sin embargo, la pregunta fundamental guarda relación con cuál es la esencia y qué es el libre ejercicio de este derecho para determinar hasta dónde puede avanzar el Legislador sin vulnerar la garantía constitucional formulada en el artículo 19 N° 26. Sobre el particular es preciso observar que no existe fórmula para armonizar la garantía de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica con un sistema centralmente planificado<sup>134</sup>, puesto que ello significaría afectar tal derecho en su esencia e impedir totalmente su ejercicio. La clave radica en distinguir la limitación de un derecho de la supresión del mismo: en virtud del orden público puede limitarse un derecho, pero no suprimirlo o impedir totalmente su ejercicio, que es el equivalente operativo de su supresión. Asimismo, ha de recordarse que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana, según impera el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República. De este precepto constitucional se sigue que una autoridad pública carece de potestades para desconocer las garantías constitucionales, entre ellas la del artículo 19 N°21 en estudio, que evidentemente corresponden a derechos emanados de la naturaleza humana.

### **III.4.2. Límites del Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica**

La garantía constitucional contenida en el artículo 19 N°21 no ampara ni podría amparar una libertad económica ilimitada para desarrollar actividades económicas. Ello, sin perjuicio de las razones de texto que conducen a tal conclusión, es una consecuencia lógica de las limitaciones inherentes a la naturaleza humana: no puede residir en un sujeto limitado una libertad ilimitada. Toda persona humana - y por tanto toda persona jurídica, que es efecto de aquélla - es por naturaleza limitada ; luego, su libertad, que es un atributo de la persona humana ha de ser limitada, puesto que el obrar sigue al ser y el

<sup>133</sup> Manuel Aragón Reyes, “Libertades Económicas y Estado Social”, pg. 29, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1995.

<sup>134</sup> En tal sentido no resulta la Constitución Política de la República compatible con cualquier sistema económico y, por tanto, carece de sentido pretender una absoluta neutralidad económica del sistema de principios, derechos y garantías previsto en nuestra Carta Fundamental.

modo de obrar sigue al modo de ser. Las limitaciones emanadas de la naturaleza humana pueden ser visualizadas en dos planos: la naturaleza humana en forma abstracta, que está afecta a todas las limitaciones propias de la misma, esto es, carácter de medio de la libertad para la consecución de fines, búsqueda ineludible de la felicidad, restricciones temporales, espaciales y físicas y, por otra parte, las limitaciones emanadas del carácter político de nuestra naturaleza humana, que nos llevan a coordinarnos en una vida en sociedad, vida que requiere un orden, una autoridad pública y una búsqueda del bien común político.

Desde el punto de vista del texto del inciso primero del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, la libertad económica exhibe límites, que son el orden público, la moral y la seguridad nacional. Las actividades correspondientes al mentado derecho a desarrollar actividades económicas son lícitas en tanto aquéllas no transgredan alguno de dichos límites que el Constituyente ha fijado genéricamente y cuya determinación sólo corresponde a un juez en un debido proceso.

Estos límites se proyectan sobre todas las formas de libertad para desarrollar actividades económicas; así, por ejemplo, no son patentables las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público, la seguridad del Estado, la moral y las buenas costumbres, entre otras<sup>135</sup>.

### **III.4.3. Regulación del Derecho a Desarrollar Cualquier Actividad Económica**

Dichas actividades económicas lícitas han de ajustarse a las normas legales que regulen dicha garantía, esto es, la substancia de la regulación específica de una actividad económica ha de hallarse en una ley. En consecuencia, no caben regulaciones de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica que se efectúen en forma substantiva por normas infralegales<sup>136</sup>.

La garantía del inciso primero del artículo 19 N°21 se proyecta en una diversidad de ámbitos jurídicos en los cuales las respectivas libertades de desarrollo de actividades económicas resultan reguladas por leyes generales, esto es, transversales a pluralidad de industrias, v.gr., libre competencia, competencia leal, protección del consumidor, o por leyes sectoriales, esto es, referidas a industrias específicas, v.gr., actividad bancaria, actividad cambiaria, actividad de mercado de valores, actividad eléctrica, actividad sanitaria, etc.

Así, la garantía del artículo 19 N°21 inspira, ampara y rige una gran variedad de bienes jurídicos conexos al sistema de iniciativa privada que establece nuestra Constitución Política. Si bien es cierto que esa variedad de bienes jurídicos tienen en común el que todos ellos tutelan una libertad económica, dentro de ciertos límites y en ordenación al bien común económico, no resulta procedente olvidar que cada uno de esos bienes jurídicos difiere en modalidades, contenidos, características y regulaciones de esa libertad.

Al amparo de esta fundamental garantía constitucional emergen legislaciones especializadas y que dan cuenta de formas particulares de este derecho fundamental. Así, hemos de destacar: i) el derecho a competir libremente, esto es, a realizar libremente intercambios en los mercados; ii) el derecho a competir lealmente, esto es, a

<sup>135</sup> Artículo 38, Ley 19.039 de Propiedad Industrial.

<sup>136</sup> Comisionada señora Bulnes, Sesión 338 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, quién señalara: “el Estado, a través de disposiciones administrativas y simples reglamentos, ha impedido definitivamente el desarrollo de actividades económicas”. También sentencia Rol N°167, de 6 de abril de 1993, del Tribunal Constitucional, considerandos 12° y 14°.



realizar intercambios en los mercados sin sufrir actos contrarios a la buena fe o las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persigan desviar clientela de un agente del mercado; y iii) el derecho de protección de los consumidores.

Podría parecer inadecuado este aserto si pretendemos aplicarlo a la legislación que regula la competencia desleal puesto que parecería que ésta no tutela una libertad sino que constituye un mero límite a una libertad. No obstante lo anterior, si observamos esta legislación desde la óptica de lo tutelado veremos que en realidad busca asegurar la competencia leal o, si se prefiere, que al ejercitar una persona su libertad de competencia no sufra deslealtades por parte de los demás competidores. Así resulta que lo cautelado es una competencia sin deslealtades, esto es, una modalidad de libertad de competencia. Como acertadamente ha señalado un jurista: “un buen derecho de la competencia desleal tenderá a aumentar la calidad de la competencia y, por ende, a hacerla más libre”<sup>137</sup>.

Las libertades económicas pueden ser ejercitadas por cualquier persona – natural o jurídica - en forma individual o mediante cualquier clase de asociación lícita. Con todo, ya hemos advertido que las personas jurídicas que integran el Estado se hallan sometidas a un régimen de excepción que está contemplado en el inciso segundo del artículo 19 N°21 de la Constitución y cuyo fundamento descansa en la circunstancia de que el Estado es un ente de naturaleza accidental cuyas atribuciones no son naturalmente las de actuar como empresario, sino que ello sólo puede acontecer excepcionalmente como una exigencia del principio de subsidiariedad y cumpliéndose las exigencias de forma (artículo 19 N°21, inciso segundo) y las de fondo (artículo 1°, inciso tercero). Ello da lugar al Principio de Restricción de las Actividades Empresariales del Estado, puesto que éstas se hallan preeminente y naturalmente reservadas a los privados. El Estado está naturalmente llamado a conducir la sociedad civil al bien común político antes que a desarrollar actividades económicas. Si esto último es realizado por el Estado, ello es consecuencia de una falencia en el desarrollo de la iniciativa privada que, en el extremo y una vez agotados todos los medios razonables para crear y promover las condiciones que permiten la intervención de los particulares, ha de ser suplida por el Estado. Este auxilio del Estado es transitorio y, por su naturaleza, ha de terminarse tan pronto se reinicie la iniciativa privada en el rubro intervenido.

#### **III.4.4. Relaciones entre el Principio Jurídico de la Transparencia y la Libertad para Desarrollar Cualquier Actividad Económica.**

La garantía que contempla el derecho a desarrollar cualquier actividad económica puede no sólo ser conculcada por personas regidas por el derecho privado sino que también por personas regidas por el derecho público. Entre estas últimas se hallan el Estado y sus organismos, con la particularidad de que éstos podrían vulnerar la garantía constitucional en comento bajo el pretexto dar cumplimiento a la función pública y específicamente a los principios de la transparencia y publicidad administrativas.

---

<sup>137</sup> Tomás Menchaca Olivares, “Libre Competencia y Competencia Desleal en la Ley N° 20.169, ¿Existe Contradicción entre Ambas Disciplinas?”, pg. 31, en “Competencia Desleal”, Editor: Marcos Antonio González Iturria, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 14, Universidad de los Andes, 2007.

A fin de evitar este conflicto, el propio Constituyente dispuso, a través del artículo 8, inciso segundo, que una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de actos y resoluciones estatales, así como de sus fundamentos y procedimientos, cuando la publicidad afectare los derechos de las personas. Así, la afectación del derecho a desarrollar una actividad económica, previsto en el artículo 19 N°21 de la Constitución, activada a través de una reserva o secreto legal, opera como límite al principio jurídico de la transparencia. En otras palabras, el principio jurídico de la transparencia cesa en su aplicación ante una hipótesis de afectación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, en tanto y en cuanto esta afectación se halle establecida a través de una reserva o secreto legal.

Este sistema de límites al principio jurídico de la transparencia, basado en la afectación de derechos de las personas y diseñado por el artículo 8 de la Constitución, constituye la especificación de un límite de carácter más general contemplado en el inciso segundo, primera parte, del artículo 5 de la Constitución Política. Dispone este precepto: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. La soberanía se ejercita a través de las autoridades públicas establecidas por la Constitución; luego, las autoridades públicas han de ejercer todas y cada una de sus potestades cuidando que éstas no excedan sus límites, entre los cuales se hallan los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana. Según hemos visto, uno de los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana es precisamente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y, por tanto, éste opera como límite respecto de la actividad de las autoridades públicas. Esta actividad comprende la función pública que resulta informada por pluralidad de principios, entre los cuales se halla el principio jurídico de la transparencia. En consecuencia, el principio jurídico de la transparencia tiene como límite el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y se puede arribar a esta conclusión desde el artículo 5, inciso segundo, como desde el artículo 8, inciso segundo, ambos de la Constitución.

El Legislador de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado también había anticipado un potencial conflicto entre la función pública de la Administración del Estado – sentido lato del artículo 1° de dicho cuerpo normativo – que había de cumplir con la “*transparencia y publicidad administrativas*”, por una parte y, por otra, con el deber de respetar “*el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes*”<sup>138</sup>. Por ello esta disposición advierte que la Administración del Estado deberá observar tales principios – transparencia y publicidad -, pero cuidando que el cumplimiento de los mismos en el desarrollo de la función pública no importe una vulneración del derecho para realizar cualquier actividad económica de conformidad con la Constitución Política y las leyes. Subyace a esta advertencia del Legislador de Bases Generales de la Administración del Estado una consideración de límites, esto es, que los principios de transparencia y publicidad administrativas no pueden ser aplicados en formas que conculquen el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

De lo expuesto se sigue que los secretos y reservas necesarios para desarrollar actividades económicas lícitas resultan implícitamente tutelados por esta disposición. Si se observa bien, estamos ante el reverso y el anverso de un mismo límite, puesto que aquella tutela implícita establecida por la Ley de Bases Generales de la Administración

---

<sup>138</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

del Estado no es otra que la misma protección que formula explícitamente el artículo 21 N°2 de la Ley de la Transparencia por la vía de reconocer un límite al principio jurídico de la transparencia. Así, la función pública en lo concerniente al principio jurídico de la transparencia cesa antes de configurar vulneraciones del derecho a desarrollar una actividad económica lícita o, puesto en otros términos, prevalece este último derecho por sobre el principio jurídico de la transparencia en un escenario de conflicto entre ambos. El conflicto entre el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica necesariamente ha de plantearse en términos de una reserva o secreto que resulte indispensable respetar para asegurar el ejercicio de este derecho versus la publicidad de los contenidos de esa reserva o secreto. Si el ejercicio de una determinada libertad económica no requiriese mantener reserva o secreto alguno, no existiría dificultad en dar completa y total aplicación al principio jurídico de la transparencia en relación con aquella actividad económica.

Conviene advertir que los derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución Política como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, no sólo operan como límite del principio jurídico de la transparencia sino que también existe un deber de promoción de los mismos. Dispone al efecto, el inciso segundo, segunda parte, del artículo 5 de la Constitución: *“Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. Del precepto transcrito se sigue que las autoridades públicas infraconstitucionales se encuentran bajo un deber positivo de rango constitucional. Este deber positivo consiste en una obligación de hacer cuyo objeto consiste en que las mentadas autoridades públicas han de ejercitar sus respectivas potestades públicas en forma coherente y armónica con el mejor ejercicio de los mencionados derechos esenciales emanados de la naturaleza humana, velando por la máxima operatividad de los mismos y evitando toda perturbación, entorpecimiento o entorpecimiento de aquéllos. Este deber de promover el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita alcanza a toda autoridad pública infraconstitucional y particularmente a aquéllas cuya misión es cautelar el principio jurídico de la transparencia, esto es, el Legislador de la Transparencia, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República que emite el Reglamento de la Ley de Transparencia y el Consejo de la Transparencia, entre otros.

Si alguna autoridad pública infraconstitucional ordenase dar aplicación al principio jurídico de la transparencia a la totalidad de la información relativa a una determinada actividad económica, en circunstancias que el desarrollo de ésta exigiese mantener ciertas reservas o secretos, dicha resolución podría ser equivalente a prohibir esa actividad económica. Esta hipótesis, de configurarse, podría activar una antigua disposición de nuestro Código Penal que sanciona al empleado público que *“prohibiere un trabajo o industria que no se oponga a la ley, a las buenas costumbres, seguridad y salubridad pública”*<sup>139</sup>. En efecto, una forma de prohibir una industria puede consistir en la emisión de una resolución por un funcionario público mediante la cual establezca exigencias, supuestamente fundadas en el principio jurídico de la transparencia, que resulten incompatibles con el desarrollo de una determinada actividad económica o tornen imposible la realización de ésta.

---

<sup>139</sup> Código Penal, artículo 158 N°2.

En síntesis, la mencionada libertad para desarrollar actividades económicas ha de ser respetada por el Estado y sus organismos en su doble faz de límite y de objeto de promoción, sea que aquéllos actúen en cuanto autoridades públicas, sea que obren en cuanto competidores o empresarios. Así, el Estado puede conculcar este derecho fundamental contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política bajo dos modalidades:

- a) **en cuanto autoridad pública:** i) al lesionar este derecho fundamental especificando limitaciones que no correspondan al orden público, la moral o la seguridad nacional; por ejemplo, resolviendo el Consejo de la Transparencia que el principio jurídico de la transparencia constituye un contenido de orden público y que, por tanto, opera como un límite al ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica; ii) al establecer regulaciones a dicho derecho cuya substancia provenga de alguna autoridad pública infralegal, v.gr., el Consejo de la Transparencia regula el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin contar al efecto con una norma legal que contemple la substancia de la regulación impuesta por aquella autoridad pública; iii) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que afecten la esencia de este derecho o impidan su libre ejercicio, v.gr., el Consejo de la Transparencia dicta resoluciones que ordenan develar reservas o secretos indispensables para el ejercicio de un determinado derecho a desarrollar cualquier actividad económica; y iv) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que resulten incoherentes o desarmónicos con el deber de promoción de este derecho o perturben o entorpezcan su libre ejercicio. Así, por ejemplo, el Legislador de la Transparencia ordena a los competidores de una determinada industria entregar información relativa a su actividad económica a ciertas autoridades públicas en formatos que importen desagregaciones y estadísticas no estándares y cuya elaboración resulta onerosa para los suministradores de información; y
- b) **en cuanto competidor:** al obtener el Estado, sus organismos o sus empresas privilegios que permitan a estas últimas competir en condiciones más ventajosas, quebrando por tanto la igualdad de oportunidades que es la base de la libre competencia. Ejemplos de esta hipótesis podrían consistir en una lesión del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica por la vía de que las empresas públicas del Estado o las sociedades estatales, en cuanto competidores, se benefician: i) de una transferencia indebida a favor de aquéllas de secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas, o ii) del revelamiento a una industria en general de los mencionados secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas bajo el pretexto de dar cumplimiento al principio jurídico de la transparencia.

En atención a lo expuesto, el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar una actividad económica interactúan en las siguientes formas: i) la Ley de Transparencia puede actuar como norma reguladora de la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21 (“*respetando las normas legales que la regulen*”), en cuanto alcance a ciertos agentes económicos públicos y privados; ii) las autoridades públicas responsables del principio jurídico de la transparencia deben promover (“*es deber de los órganos del Estado (...) promover tales derechos*”) la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21, lo cual importa cumplir con lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, y iii) el inciso primero del

artículo 19 N°21 opera como norma delimitadora del principio jurídico de la transparencia en cuanto constituye un límite extrínseco a esta última. Esta delimitación brota de la esencia del derecho a desarrollar una actividad económica, de forma tal que los contenidos de éste que resultan sustraídos al principio de la transparencia no son otros que los secretos y reservas necesarios para ejercitar este derecho de carácter económico. Así, el principio jurídico de la transparencia cesa ante los secretos o reservas necesarias para ejercitar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, operando éste como límite del mentado principio. A continuación detallaremos las funciones i) y iii).

#### **III.4.4.1. Función Reguladora de la Ley de Transparencia respecto del Derecho a Desarrollar cualquier Actividad Económica**

Respecto de la función regulatoria, es de recordar que la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 debe ser ejercitada con pleno respeto a las normas legales - entre ellas la Ley de Transparencia - que la regulen. La regulación sólo puede ser llevada a cabo por el Legislador y no podría ser tolerada una regulación infralegal, ni siquiera por delegación, puesto que de conformidad al artículo 61, inciso segundo, de la Constitución el Legislador no puede delegar sus potestades en estas materias. Es preciso aclarar que la regulación nunca podrá afectar este derecho en su esencia ni impedir su libre ejercicio mediante condiciones o requisitos.

La exigencia de que las limitaciones a los individuos han de estar fundadas en la ley es propia de un orden jurídico caracterizable como un Estado de Derecho y corresponde a una de las directivas de la Escuela del Jus Naturae, que posteriormente fue incorporada a las modernas constituciones políticas de las repúblicas civilizadas<sup>140</sup>.

Conviene detenerse un instante en el alcance de la voz regular que, en nuestra opinión, significa “colocar en orden una cosa”<sup>141</sup>, en la especie un derecho fundamental. El orden asignado en el caso en comento no puede ser otro que la recta disposición de los derechos fundamentales hacia el bien común político. “Colocar en orden” equivale a ordenar, esto es, encaminar hacia un fin y este fin no puede ser otro que el del bien común político, única meta hacia el cual el Legislador puede legítimamente imperar una conducta, de conformidad con el artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución. Por tanto, la regulación sólo puede estar orientada hacia una constructiva armonización del derecho fundamental en cuestión con el bien común de la sociedad civil, al tenor de la descripción que del bien común político realiza el propio artículo primero, inciso cuarto, de la Constitución.

La Ley de Transparencia ha normado en forma indirecta la actividad económica de las autoridades públicas y de competidores públicos al establecer determinados estándares de transparencia que aquéllos han de cumplir en su actividad.

Sobre el particular conviene recordar lo establecido en la sección II de este estudio en cuanto a que las denominadas empresas del Estado y las sociedades estatales deben cumplir ciertos deberes de transparencia activa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, inciso 3°, y artículo 10 transitorio, ambos de la Ley de Transparencia.

En el caso de las autoridades públicas y órganos estatales alcanzados por el artículo 2 de la Ley de la Transparencia se les aplicarán las disposiciones correspondientes de este cuerpo normativo a sus respectivas actividades económicas.

---

<sup>140</sup> Giorgio Del Vecchio, “Los Principios Generales del Derecho”, pg. 86, Editorial Bosch, Barcelona, 2a edición, 1948.

<sup>141</sup> Diccionario de la Lengua Española, “Regular”, 2da acepción, pg. 1246, Vigésima Primera Edición, Madrid, 1992.

### **III.4.4.2. Función Limitativa del Artículo 19 N°21 respecto del Principio Jurídico de la Transparencia**

Es importante observar que el principio jurídico de la transparencia no se halla comprendido entre los límites del artículo 19 N°21 – moral, orden público y seguridad nacional –, de forma que aquél no opera como límite del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. La realidad es exactamente la contraria: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica constituye un límite al principio jurídico de la transparencia y no viceversa. La prueba de lo señalado se encuentra en las disposiciones ya comentadas: artículos 5 y 8 de la Constitución Política, artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, artículo 3, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y Código Penal, artículo 158 N°2.

En cuanto a la función limitativa, cuyo objeto es acotar o ceñir un importante derecho fundamental implícito, cual es el formulado en el artículo 8 de la Constitución Política de la República, cabe observar que la propia Carta Fundamental alude como límite a los “derechos de las personas”. Entre éstos se halla la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, inciso primero, de la Constitución consistente en el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

El Constituyente, con gran acierto, ha previsto un eventual conflicto entre el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar una actividad económica y ha resuelto salvarlo por la vía de conferir preeminencia a este último en atención a su trascendencia para la libertad en su vertiente económica.

Este límite ha sido especificado por el Legislador de la Transparencia a través del artículo 21 N°2 de la Ley N°20.285.

Surge, entonces, la pregunta de a qué autoridad pública concierne la especificación de los límites del principio jurídico de la transparencia, los que deben estructurarse a través de reservas o secretos por mandato constitucional. Del propio tenor del artículo 8, inciso segundo, de la Constitución resulta claro que tal especificación corresponde al Legislador, en los términos y con los requisitos explicados en la Sección II precedente de este estudio. De allí que, en caso alguno, compete a la Administración del Estado la formulación específica de tales límites.

Estos límites no son otros que los secretos y reservas establecidos legislativamente y cuya revelación afecte derechos de carácter comercial o económico, entre los cuales se cuenta el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. El fundamento último de la existencia de este límite arranca de la circunstancia de que el Legislador de la Transparencia no puede, en conformidad a lo preceptuado por el artículo 19 N°26 de la Constitución Política, afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio. Esto guarda coherencia con el ya explicado inciso segundo del artículo 8 de la Constitución.

Así, las libertades económicas para ser ejercitadas requieren la preservación secreta o reservada de cierta información económica. Tales libertades que constituyen la esencia normativa del derecho fundamental tutelado por el artículo 19 N°21 de la Constitución se hallan especificadas, en forma general, por las legislaciones protectoras de la libre

competencia, de la competencia leal y de los consumidores y, en forma particular, por la respectivas leyes sectoriales o propias de cada mercado.

### **III.5. LA LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL COMO LÍMITE AL PRINCIPIO JURÍDICO DE LA TRANSPARENCIA**

Según advertíamos, la libertad de competencia mercantil es una forma específica de aquella libertad económica tutelada por el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental. Las notas especificantes de la libertad de competencia mercantil dan cuenta que ésta tiene por objeto desarrollar actividades económicas lícitas referidas a: i) intercambios voluntarios y ii) en tanto que estos intercambios tengan lugar a través de mercados<sup>142</sup>. Respecto de esta competencia mercantil el orden jurídico ha buscado, a través de legislaciones específicas, cautelar su libertad, su lealtad y su resguardo a los consumidores. No nos haremos cargo de la multitud de derechos subjetivos que podrían configurarse en relación con cada ámbito sectorial o industrial (sentido económico) y que constituyan casos particulares del derecho a desarrollar la competencia mercantil, sino que antes bien aludiremos genéricamente a este último para simplificar el análisis correspondiente.

De la misma forma como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, formulado constitucionalmente en el artículo 19 N°21, opera como límite al principio jurídico de la transparencia, también los derechos subjetivos de carácter económico que constituyen aplicación general o sectorial de dicha libertad económica actúan como límites externos al principio jurídico de la transparencia. En efecto, la competencia mercantil constituye una forma de libertad económica especificada en los términos antes señalados cuyo desarrollo suele exigir la preservación de cierta información con carácter secreto o reservado. De allí que esta información secreta o reservada, en tanto cumpla con las exigencias normativas desarrolladas en la Sección II de este estudio, activa el límite del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su forma de competencia mercantil, límite que opera respecto del principio jurídico de la transparencia por mandato del artículo 8 de la Constitución.

A nuestro juicio, la información desempeña un doble rol en el ámbito de la libre competencia.

**I) Primera función de la información. Ciertos grados de información son indispensables para el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda y, por tanto, ciertas manipulaciones de aquélla pueden constituir ofensas monopólicas.**

El bien jurídico libre competencia también considera la información como un elemento que, bajo determinadas circunstancias, puede resultar esencial para la preservación de la libertad de competencia mercantil.

Ya se había advertido por uno de los antiguos órganos antimonopólicos creados por el Decreto Ley 211, de 1973, que:

---

<sup>142</sup> Esta conclusión se obtiene de los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 211, de 1973; del artículo 3 de la Ley 20.169 de 2007 que Regula la Competencia Desleal y del artículo 1 de la Ley 19.946 de 1997 sobre Protección de los Derechos del Consumidor.

“Corresponde a la oferta y la demanda regular los mercados, sin interferencia de la autoridad, salvo para cautelar la debida transparencia con que deben actuar los entes económicos del respectivo mercado, de modo que prevalezcan solamente las firmas más eficientes en beneficio de los usuarios o consumidores. Los agentes económicos deben determinar claramente el precio o tarifa de cada uno de los productos y servicios que comercialicen, precio que debe ser público para todos los interesados, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas. La falta de transparencia de la variable precio en un mercado esencialmente competitivo, constituye un atentado a la libre competencia. La ocultación de precios puede conducir a impedir toda política de optimización de la transparencia del mercado y puede ser la condición para establecer prácticas más lesivas, como el acuerdo de precios, la discriminación de ellos o el reparto de cuotas del mercado.”<sup>143</sup>

En efecto, se ha visto que la falta de publicidad en las condiciones de venta de un producto, lo que incide en el conocimiento que los agentes partícipes en el respectivo mercado relevante han tenido de aquéllas, constituye una ofensa antimonopólica<sup>144</sup>. Se desprende de un fallo de la Comisión Resolutiva que la información entregada en el mercado relevante debe ser veraz y completa. Esto significa que todo aquél que busque informarse tenga acceso a los términos de la venta, o del contrato que sea del caso, en las mismas condiciones que el resto de los agentes interesados. En otras palabras, nadie debe obtener una ventaja en el mercado por ser beneficiario de un trato discriminatorio como el antes descrito.

Según ya anunciábamos, la doctrina económica ha desarrollado extensamente la noción de transparencia, condición “sine qua non” del modelo de competencia perfecta. Entienden los economistas por transparencia de mercado una medida del conocimiento, que existe en un mercado determinado, de toda información relevante para que oferentes y demandantes adopten sus decisiones. Ahora bien, cuando este conocimiento es perfecto y completo la transparencia se presenta en su máxima medida, lo que por definición ocurre en el paradigma de la competencia perfecta.

De lo anterior se sigue que quien desarrolla actividades económicas ocupando una posición dominante y administra, en forma discriminatoriamente arbitraria, la información relativa a las condiciones de venta, disminuye la competitividad en la respectiva fase productiva. La disminución de competitividad se produce en la medida que el discriminador ejerce su poder de mercado y tal ejercicio sea abusivo por no hallarse objetivamente justificado.

Sobre el particular la Comisión Resolutiva, en su Resolución N°202, sentenció: “(...) un productor o competidor no puede discriminar injustificadamente entre sus compradores, ni ocultarles la información necesaria para que tomen sus decisiones, adecuada y oportunamente, ni inducirlos a error, ni a ellos ni a terceros, con informaciones erradas o falsas (...)”.

---

<sup>143</sup> Dictamen N°1032 emitido por la Comisión Preventiva Central el 3 de abril de 1998. En un sentido semejante puede consultarse también las Resoluciones N°349, N°381 y N°415, todas de la Comisión Resolutiva, y el Dictamen N°928/78 de la Comisión Preventiva Central.

<sup>144</sup> Resolución N°202 de la Comisión Resolutiva, comentada por Domingo Valdés Prieto en “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica”, pgs. 127-130, Santiago de Chile, Editoriales Conosur, 1992 y LexisNexis, 2000. También, Resolución N°75 de la Comisión Resolutiva.



**II) Segunda función de la información. Ésta puede ser objeto de la oferta y la demanda, lo que resulta explicado por la circunstancia de que la información, bajo determinadas circunstancias, es considerada también un bien económico.**

Atendido el creciente grado de división del trabajo que caracteriza las sociedades contemporáneas, resulta cada vez más fuerte la brecha entre información “técnica” o altamente especializada y, por tanto, reservada a expertos e información “vulgar”, esto es, accesible a legos. Esta distinción tiende a ser coincidente con las categorías de información privada e información pública.

Para que una información revista la calidad de bien económico es preciso que sea escasa y útil; luego, si esa información pasa al dominio público dejará de constituir un bien económico. De esta forma, resulta esencial distinguir entre información privada e información pública, puesto que sólo la primera, confluyendo las dos características anotadas, podrá ser considerada un bien económico.

La información pública es aquélla que se encuentra en poder del mercado en general o de ciertas industrias, por contraposición a la información privada que es la que se halla en poder de una o pocas personas. Esta distinción ya había sido formulada por el teólogo jurista Luis de Molina al verificar la existencia de dos tipos de conocimiento en los sujetos económicos: i) aquél que poseen todas las personas de una comunidad social y que, por esta razón, debe considerarse patrimonio común de todos, y ii) aquél conocimiento particular que un determinado sujeto económico puede tener de las cosas por razones particulares<sup>145</sup>. Resultan destacables los análisis efectuados por Luis de Molina para determinar en qué casos puede un comerciante emplear lícitamente el conocimiento particular para maximizar sus beneficios<sup>146</sup>. Una muestra de información privada es la que puede obtenerse de una cotización de precios respecto un bien homogéneo, puesto que incluso en esta clase de bienes se observan dispersiones de precios<sup>147</sup>.

Desde una perspectiva económica se ha considerado que un mercado de la información no regulado sería incapaz de proveer en forma adecuada los bienes que incorporan ideas o desarrollos del intelecto humano. De lo anterior se sigue la proposición planteada por ciertos economistas consistente en que las autoridades públicas deben intervenir el mercado de la información y que esta intervención podría asumir tres modalidades: i) provisión estatal de información; ii) subsidios públicos para la provisión privada de información, y iii) la creación o protección de derechos relacionados a la información.

Así, una información privada puede constituir un bien valioso y como tal requerir protección jurídica. Para alcanzar la mencionada protección, dicha información suele ser tutelada bajo una doble perspectiva: a través del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica lícita y mediante el derecho de propiedad en todas sus formas constitucionales. La tutela que observamos bajo esta doble perspectiva se presenta en forma complementaria antes que alternativa. En efecto, en primer lugar la información constitutiva de bienes económicos y que resulta vinculada a derechos de carácter económico queda amparada por los derechos constitucionales a la propiedad y de propiedad en todas sus formas (entre éstos se halla la propiedad intelectual, la cual,

<sup>145</sup> Luis de Molina, “La Teoría del Justo Precio”, Disputa 354, N°3 y 5, Editora Nacional, Madrid, 1981.

<sup>146</sup> Luis de Molina, “La Teoría del Justo Precio”, Disputa 354, N°1, 2 y 3, Editora Nacional, Madrid, 1981.

<sup>147</sup> George J. Stigler, “The Economics of Information”, pg. 214, The Journal of Political Economy, Vol. 69 N°3 (1961), The University of Chicago Press: “Price dispersion is a manifestation – and, indeed, it is the measure- of ignorance in the market. Dispersion is a biased measure of ignorance because there is never absolute homogeneity in the commodity if we include the terms of sale within the concept of the commodity.”

en un sentido lato, es también comprensiva de la propiedad industrial<sup>148</sup>). Acreditada que se halle la propiedad sobre esa información privada, las conductas que realice un competidor actual o potencial para apoderarse o emplear ilícitamente aquella información constituyen un atentado contra el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica que protege no sólo que la competencia sea libre sino que también ésta sea desarrollada en forma leal.

La información privada, dotada de valor económico, es objeto de múltiples y paradójicas regulaciones. A modo ilustrativo, en ciertas ocasiones aquélla debe ser revelada por mandato de autoridad pública y en otras circunstancias, aquélla debe ser preservada confidencial también por exigencias normativas.

El mandato de revelar información privada y económica opera, por ejemplo, respecto de aquélla constitutiva de hechos esenciales y que las sociedades anónimas abiertas deben comunicar a la Superintendencia de Valores y Seguros, a las bolsas de valores y al mercado en general. Lo mismo acontece con los requerimientos de revelar información, aunque esta vez con una difusión limitada, que tengan lugar en un proceso de investigación conducido por un tribunal competente, de conformidad con la legislación aplicable. Cabe consignar entre los casos de obligación de revelar información, el que hemos analizado en la Sección II de este estudio y que alcanza a las autoridades públicas allí indicadas por mandato del artículo 8 de la Constitución Política de la República y de la Ley de Transparencia.

El mandato o el derecho, según corresponda, de preservar confidencial información privada y económica opera, por ejemplo, ante los hechos esenciales reservados que tienen por finalidad, precisamente, proteger a una sociedad anónima abierta del perjuicio que se seguiría para ésta de revelar información esencial relativa a negociaciones en curso con carácter inmediato, sin esperar a la conclusión de las mismas. En la misma línea conceptual hallamos información privada y económica cuya reserva o secreto resultan indispensables para el ejercicio de la libertad de competencia mercantil y, por tanto, aquéllos operan como límite del principio jurídico de la transparencia. Si se observan bien estos ejemplos, podrá concluirse que ambos casos buscan salvaguardar el derecho a desarrollar una actividad económica lícita contemplado en la Carta Fundamental.

Si bien el dilema de qué información ha de ser revelada y a quiénes debe ser entregada es de antigua data, pudiendo rastrearse su problemática hasta Cicerón<sup>149</sup>, podemos afirmar que la libre competencia requiere que cierta información que denominaremos genéricamente como “estratégica” sea tratada como “secreto empresarial”.

De esta forma arribamos a la paradoja del bien jurídico tutelado libre competencia que, por una parte, exige ciertos grados de transparencia proscribiendo opacidades y la difusión de información falsa o discriminatoria y, por otra parte, protege a los agentes económicos en cuanto a la custodia de su información estratégica.

La actividad económica de intercambio a través de mercados se estructura sobre la base de información privada que puede llegar a ser muy sensible en función de las oportunidades comerciales, la velocidad de los negocios, los costos de cada competidor, las características y necesidades específicas de cada cliente, entre otros múltiples factores. De allí que el Constituyente y el Legislador de la Transparencia hayan razonado con acierto y precisión al prever que ciertas entregas de información pueden

---

<sup>148</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC), según el cual éste comprende tanto los derechos de propiedad industrial como los derechos de autor y derechos conexos.

<sup>149</sup> Cicerón, “De los Deberes”, 3, XII.

llegar a ser muy dañosas para ciertos competidores y para el proceso competitivo mismo, puesto que pueden reducir o incluso anular, en ciertos casos, la aptitud para obtener un determinado negocio o lograr un determinado cliente.

En efecto, si un competidor estuviese obligado a difundir toda la información de que dispone respecto de una determinada actividad económica, aquél sería privado del fruto de años de inversión, estudio, dedicación y experiencia. Esta privación, además de constituir un atentado contra la propiedad del competidor, le impediría en la práctica participar en el respectivo mercado relevante y, por tanto, desarrollar una actividad económica lícita. Más aún, dicho competidor carecería de incentivos para realizar a futuro inversiones y estudios sobre un determinado negocio, así como para reunir talentos en los recursos humanos que dicho emprendimiento exija. Así, si la información estratégica, constitutiva de los denominados secretos empresariales, se tornase pública contra la voluntad de su dueño, la libertad de competencia mercantil se haría ilusoria y con ello el precepto constitucional que contempla el derecho a desarrollar una actividad económica lícita devendría en una mera norma programática.

Observamos que puede haber información estratégica generada por el mismo competidor o bien generada por un tercero. En este último caso deberá distinguirse si la información generada por un tercero puede o no ser empleada por un competidor y para ello deberá considerarse la vía de obtención de dicha información por el competidor.

Quién ha producido información valiosa deberá o mantenerla en secreto o reserva o bien transferirla adoptando los resguardos jurídicos para evitar que aquélla sea transmitida a terceros que no han contratado con el productor de la misma. Por tanto, incluso en esta última hipótesis la información debe ser transferida en forma limitada para evitar que devenga en un bien que se halle en poder del mercado o de una industria en general<sup>150</sup>.

No obstante lo anterior, existen ciertos bienes resultantes del esfuerzo intelectual que pueden ser explotados sin necesidad de revelarlos o hacerlos públicos. En ciertas legislaciones, un inventor puede dudar entre acoger su secreto a una protección de patente, lo que implica divulgarlo y gozar de protección por un cierto período de tiempo o bien seguirlo explotando en forma secreta de conformidad con ciertas legislaciones estatales<sup>151</sup>. Así, existe información privada y que, además, resulta esencial para el desarrollo del negocio del propio titular de esa información. Por regla general esta información no está a la venta puesto que resulta determinante para el negocio; como excepciones se hallan los casos de cierre de operaciones y liquidación de activos o bien una situación de fusión, en la cual la respectiva ecuación de canje considera como activos esta información del negocio.

No puede obviarse la circunstancia de que una determinada información privada no sólo es un relevante activo de un competidor o de una empresa, sino que su empleo- en tanto se mantenga secreto- puede guardar directa relación con el poder competitivo de una empresa y, por tanto, hallarse vinculada con la participación de mercado que ostenta una determinada empresa.

Atendido lo expuesto, la Ley de Transparencia ha considerado que el principio jurídico de la transparencia halla como límite precisamente la información estratégica o constitutiva de reserva o secreto empresarial y, para ello, ha aludido a los derechos económicos, donde el primero y fundamental de aquéllos es el derecho a desarrollar

---

<sup>150</sup> Por ello el Legislador de Propiedad Industrial conceptualiza una invención como nueva en tanto no exista anteriormente en el estado de la técnica y entendiéndose por éste todo lo que haya sido divulgado o hecho accesible al público, en cualquier lugar del mundo, mediante las formas diversas allí descritas. Véase artículo 33 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial y artículo 33 del Decreto Supremo 236/2005 del Ministerio de Economía. Resulta interesante recordar que esta última disposición señala que para determinar el nivel inventivo se considerará el grado de conocimiento que exista en el respectivo sector de la técnica.

<sup>151</sup> Este dilema se produce en Estados Unidos de América, donde un inventor puede acogerse a una protección de patente federal o invocar un secreto comercial bajo normas estatales o de common law.

actividades económicas lícitas y cuya principal especie es la libertad de competencia mercantil.

#### **IV. RESERVAS O SECRETOS VINCULADOS A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA MERCANTIL**

Existe un gran número de situaciones previstas normativamente en las cuales conjuntamente con establecerse obligaciones y deberes de difundir y entregar a ciertas autoridades públicas o privadas, al mercado o a la sociedad en general determinada información, se contempla el cese de las mismas. Este cese de las mencionadas obligaciones puede ser temporal o perpetuo y da lugar, en un sentido jurídico, al establecimiento de “reservas o secretos”. Estas reservas o secretos constituyen multitud y sus causas resultan tan variadas como la tutela de derechos referidos a la honra, el patrimonio o, incluso, los afectos, entre otros. Por ello, señalaba Francesco Carrara al analizar la vulneración de los secretos y reservas, que:

“Ante la ciencia y las legislaciones contemporáneas, el título de *revelación de secretos* presenta diversas formas, que son tan diferentes en su esencia, que es mejor decir que constituyen otras tantas *especies* delictuosas, enteramente distintas, que aunque accidentalmente se expresen con idénticas palabras materiales, nada tienen de común una con otra en sus respectivas condiciones jurídicas”<sup>152</sup>.

En efecto, la variedad de especies delictuosas – penales e infraccionales - corresponde a la variedad de secretos y reservas susceptibles de ser vulneradas y esta variedad, a su vez, obedece a la variedad de derechos y bienes jurídicos que se busca tutelar mediante la custodia de cierta información. De allí que los secretos y reservas exhiben una vasta y multiforme regulación en el orden jurídico, comprensiva del ámbito penal<sup>153</sup> e infraccional, destacando en este último lo antimonopólico<sup>154</sup>, lo represivo de la competencia desleal<sup>155</sup>, lo societario<sup>156</sup> y lo relativo al mercado de valores<sup>157</sup>, entre otros.

Los secretos y reservas pueden emanar de normas jurídicas de diversa jerarquía, pudiendo éstas ser emitidas por autoridades públicas, por autoridades privadas o por simples particulares. Correspondientes a estos emisores, procede distinguir las siguientes relaciones jurídicas potencialmente configuradoras de secretos y reservas:

- a) entre un empleador y sus empleados;
- b) entre los socios de un negocio o emprendimiento;
- c) entre una sociedad (persona jurídica) y directorio (órgano máximo de administración);

---

<sup>152</sup> Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Vol. II, Cap. VII, pg. 443, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

<sup>153</sup> Artículo 284 del Código Penal.

<sup>154</sup> Artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211.

<sup>155</sup> Artículos 3 y 5 de la Ley que Regula la Competencia Desleal.

<sup>156</sup> Artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>157</sup> Artículos 165, 85 y 59 de la Ley de Mercado de Valores.

- d) entre una empresa y alguna contraparte comercial, tales como competidores, proveedores y clientes;
- e) entre una empresa y alguna contraparte no comercial. En esta última hipótesis pueden inscribirse las relaciones de una empresa con órganos del Estado, las cuales son regidas por la Ley de Transparencia. Así, si la difusión de información sensible afectase derechos de carácter comercial o económico de la respectiva empresa, ello activaría reservas o secretos de conformidad con el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

En las secciones precedentes nos hemos ocupado del principio jurídico de la transparencia que genera obligaciones para los órganos del Estado de difundir cierta información (Sección II) y de los derechos de las personas referidos a las actividades económicas – particularmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y su principal especie, el derecho a la libertad de competencia mercantil - que operan como límites al mencionado principio (Sección III). Estos límites consistentes en los mencionados derechos constituyen causales de reservas o secretos de la información, precisamente con miras a evitar una afectación de los derechos de las personas. Así, las reservas o secretos en comento constituyen formas específicas de tutelar derechos de las personas que podrían verse amagados por una aplicación excesiva del principio jurídico de la transparencia.

Cabe advertir que, en esta sección, no pretendemos ocuparnos de todas las formas de reserva o secreto que se observan en las legislaciones tutelares de la libertad de competencia mercantil, cuya vastedad se extiende desde los cuerpos normativos generales, tales como el Decreto Ley 211, la Ley que regula la Competencia Desleal y la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, hasta las legislaciones sectoriales que dan cuenta de industrias y rubros económicos específicos, sino que antes bien tratar el secreto comercial o empresarial desde la perspectiva de la libre competencia mercantil.

#### **IV.1. SECRETOS COMERCIALES O EMPRESARIALES**

Revisaremos algunos desarrollos doctrinarios, legales y jurisprudenciales que, aunque fragmentarios, pueden contribuir a una mejor conceptualización de lo que es un secreto comercial o empresarial.

Para establecer la materia de un secreto comercial o empresarial es preciso diferenciar dos clases de información: i) información que resulta esencial para el desarrollo de la actividad económica misma o negocio del propio titular de esa información y ii) información que resulta constitutiva de un nuevo producto que, por alguna razón, no se ha comercializado aún, permaneciendo en secreto o reservado. En situaciones en las cuales la actividad económica consiste en la explotación de un solo producto, este distinguio puede tornarse irrelevante.

A continuación, realizaremos un somero repaso de ciertos hitos doctrinarios y jurisprudenciales en Estados Unidos de América, Alemania y España, para luego ocuparnos muy brevemente del “secreto empresarial” establecido por la Ley de Propiedad Industrial chilena.

#### IV.1.1. Situación en Estados Unidos de América

Entre los secretos comerciales que cabe mencionar, la jurisprudencia estadounidense ha destacado los registros y planes de un competidor, la lista de sus clientes actuales y prospectivos, registros de costos y otros datos necesarios para la conducción de su negocio<sup>158</sup>.

Asimismo, en los Estados Unidos de América, luego del importante caso *Peabody versus Norfolk* (1868) quedó claro que una persona que inventa o descubre y mantiene en secreto un proceso de manufacturación, sea que éste haya sido patentado o no, es titular de un interés propietario sobre aquél. Este interés propietario será protegido por los tribunales contra quién, violando un contrato y quebrantando la confidencialidad consiguiente, resuelva aplicar aquél en su propio beneficio o en el de terceros.

Más allá de las innumerables teorías que otorgan protección legal a los secretos comerciales, los tribunales estadounidenses – bajo la influencia de la legislación de patentes, derechos de autor y marcas comerciales – enfatizan que los secretos comerciales se hallan sujetos a protección de propiedad intelectual<sup>159</sup>.

En estos casos se ha resuelto que la revelación o uso de la información correspondiente a un secreto comercial por parte de un órgano estatal, que le ha sido entregada por una empresa privada, puede constituir una expropiación de propiedad intelectual y, por tanto, quedar dicha revelación o uso dar lugar a una compensación de conformidad con la Constitución. Lo anterior es particularmente claro en aquellos casos en los cuales la información correspondiente a un secreto comercial fue entregada a un órgano estatal bajo garantía de confidencialidad y luego fue empleada o revelada por éste, lo que claramente constituye una expropiación que debe ser compensada. Sin embargo, la situación es diversa si la referida información fue voluntariamente entregada a un órgano estatal sin la prevención de confidencialidad<sup>160</sup>.

Asimismo, otro grupo de sentencias ha tratado los secretos comerciales bajo la perspectiva de que su vulneración constituiría un quebrantamiento de una relación de confianza, óptica que tiene la ventaja de garantizar tutela jurídica incluso en un escenario de falta de acreditación de la propiedad sobre el secreto comercial<sup>161</sup>.

En forma paralela al desarrollo de una legislación destinada a proteger los secretos comerciales, emergió en los Estados Unidos de América una jurisprudencia tutelar de las ideas. Ésta proporcionó protección para aquellas personas que, sea que estuviesen participando en los negocios mismos o no, generaban ideas de negocios. También los tribunales consideraron que aquellas ideas quedaban amparadas como una forma de propiedad intelectual. Así, se resolvió que una persona es propietaria de sus ideas y, por tanto, se halla habilitada para exigir reparación de daños causados por la apropiación o uso de una idea original, concreta, útil y que es revelada en circunstancias en las cuales resulta razonable una compensación por su uso<sup>162</sup>. En esta misma línea de protección de ciertas ideas, han resultado protegidas las recetas médicas de un veterinario que habían sido subrepticamente copiadas<sup>163</sup> y la publicación de conferencias inéditas de un distinguido cirujano<sup>164</sup>.

<sup>158</sup> *Albert Pick-Barth Co. v. Mitchell Woodbury Corp.* (1932).

<sup>159</sup> *Cincinnati Bell Foundry Co. v. Dodds* (1887) y *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* (1984).

<sup>160</sup> *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* (1984).

<sup>161</sup> *E.I. Du Pont De Nemours Powder Co. v. Masland* (1917).

<sup>162</sup> *Hamilton Nacional Bank v. Belt* (1953).

<sup>163</sup> *Yovatt v. Winyard* (1820).

<sup>164</sup> *Abernathy v. Hutchinson* (1825).

Una importante definición de secreto comercial y que, a nuestro juicio, también incluiría secretos de ideas de negocios es la siguiente: “información, incluyendo una fórmula, modelo, compilación, programa, aparato, método, técnica o proceso que: 1) derive un valor económico independiente, sea potencial o actual, de la circunstancia de no ser generalmente conocido o fácilmente investigable por medios adecuados, y 2) es el objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto”<sup>165</sup>.

De la definición expuesta se extrae que una información para ser constitutiva de un secreto comercial debe ser escasa, esto es, no debe hallarse en el conocimiento generalizado de una industria o un mercado. En otras palabras, debe tratarse de conocimiento privado y no público.

Podría ocurrir que otros agentes arribasen en forma paralela al mismo secreto comercial, situación que no destruye el secreto comercial en la medida que quienes lo han obtenido no sean demasiado numerosos. Si quienes acceden a dicho secreto comercial son muy numerosos ese conocimiento deviene de privado en público.

En consecuencia, si un secreto comercial ha sido patentado o el diseño de un producto ha sido aplicado y éste comercializado, aquél ha pasado a ser de conocimiento público y no podrá ser considerado secreto. No obstante lo cual podría hallarse protegido de diversas formas.

Por otra parte, no existe secreto comercial en caso que la información supuestamente constitutiva de aquél puede ser fácilmente investigable por medios permitidos<sup>166</sup>.

La jurisprudencia estadounidense ha tendido a restringir el uso del término “secreto comercial” a información que es empleada en el propio negocio y otorga a éste una oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no la conocen o no la utilizan. En lo referente a las ideas de negocios propuestas a un negocio resultan generalmente tratadas en forma separada al secreto comercial. En ambas categorías – secreto comercial y secreto de ideas de negocio - se exige algún grado de novedad, esto es, que la información no sea de conocimiento común.

El secreto comercial y el secreto de ideas, tales como símbolos comerciales, patentes, derechos de autor y otros desarrollos del intelecto, pueden ser cedidos o licenciados.

En síntesis, los secretos comerciales y secretos de ideas de negocios han resultado protegidos en los Estados Unidos de América sobre tres bases: i) quebrantamiento de un contrato o de una obligación de confidencialidad; ii) impropiedad del método de obtención o indagación de un secreto o una idea; y iii) uso de un secreto comercial o de una idea que sabidamente ha sido revelada por una persona diversa de su propietario.

#### **IV.1.2. Situación en Alemania**

De conformidad con la doctrina alemana, los secretos empresariales susceptibles de tutela son los referidos al mercado, esto es, ha de tratarse de secretos cuya finalidad es fortalecer la capacidad empresarial ante otros competidores. Si eso no ocurre estos secretos podrán denominarse secretos comerciales por contraposición a los secretos empresariales.

---

<sup>165</sup> Uniform Trade Secrets Act, adoptada en al menos treinta y cinco de los estados integrantes de Estados Unidos de América.

<sup>166</sup> Van Products Co. v. General Welding & Fabricating Co. (1965).

También la doctrina alemana distingue entre secretos de la empresa e información empresarial no pública.

Un secreto comercial está constituido por cualquier información comercial o económica que sea escasa y, por tanto, un bien económico, sea que se halle en forma de: i) una invención, v.gr., una maquinaria o proceso; ii) una idea comercial o industrial, v.gr., el concepto de un nuevo producto o una publicidad particular; o iii) una compilación de información, v.gr., una lista de clientes o de proveedores.

#### **IV.1.3. Situación en España**

La jurisprudencia española ha considerado que la información constitutiva de secretos comerciales o empresariales puede referirse a técnicas de la empresa, sistemas de producción, estrategias y tácticas de mercado, listas de clientes, programas informáticos, procedimientos de producción, proyectos de construcción, conceptos comerciales, bocetos, libros de muestra, recetas médicas, proyectos de máquinas con peso, medidas, fuerza, condiciones económicas, etc. Particular atención ha recibido el know-how en el contrato de franquicia<sup>167</sup>, en cuanto que aquél constituye un secreto toda vez que corresponde a un conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación.

Morón, interpretando el sistema español, ha definido los secretos empresariales como toda información relativa a cualquier ámbito, parcela o esfera de la actividad empresarial, esto es, en su sentido industrial, comercial o estructural u organizativo, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva<sup>168</sup>.

Se ha estimado por la doctrina española que la noción de secretos empresariales resulta más amplia que la de secretos industriales y que, por tanto, resulta más acertado el empleo de aquel término. Debe existir un interés económico por preservar la información en calidad de secreta. La información objeto de apoderamiento debe ser reservada no pública y para cuya adquisición es necesario realizar estrategias y conductas destinadas a quebrar esa esfera propia y particular.

#### **IV.1.4. Situación en Chile**

Nuestra Ley de Propiedad Industrial contempla una definición de secreto empresarial, según la cual dispone: “*Se entiende por secreto empresarial todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva*”<sup>169</sup>.

Cabe advertir que la denominación de “secreto empresarial” resulta más amplia que su objeto, puesto que éste se halla acotado a productos o procedimientos industriales. Lo

---

<sup>167</sup> STS 21 de octubre de 2005. Recurso N°555/1999.

<sup>168</sup> Morón Lerma, “El Secreto de la Empresa: Protección Penal y Retos que plantea ante las Nuevas Tecnologías”, pgs. 66 y stes., Aranzadi, Pamplona, 2002.

<sup>169</sup> Artículo 86 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.



industrial<sup>170</sup>, noción ya antes comentada, corresponde a una parcela de lo comercial (definición generalmente aceptada y que fuera analizada en la Sección III precedente) y, a su vez, lo comercial constituye una parcela de lo económico. De allí que el adjetivo “empresarial” parece inadecuado para describir exclusivamente lo industrial toda vez que induce a pensar que este tipo de secreto comprende todo lo propio de una empresa que, en definitiva, puede corresponder a lo económico en cuanto referido a los intercambios a través de mercados<sup>171</sup>.

Como puede observarse la esencia de este secreto industrial es que proporciona a su titular una mejora, avance o ventaja competitiva; luego, resulta razonable para la preservación del propio proceso competitivo que el principio jurídico de la transparencia no opere a su respecto. Si se aplicase el mentado principio a los “secretos empresariales” de la Ley de Propiedad Industrial nos hallaríamos con que la transparencia vulneraría (“afectaría” en terminología constitucional) el derecho a desarrollar cualquier actividad económica en su forma más habitual: la libertad de competencia mercantil.

Es por ello precisamente que el Legislador de Propiedad Industrial contempló la figura del secreto empresarial antes analizada y ciertas formas de reserva en relación con información entregada al Instituto de Salud Pública o el Servicio Agrícola y Ganadero<sup>172</sup>. Sin embargo, no procede la protección de la reserva relativa a datos de prueba cuando el titular haya incurrido en conductas o prácticas declaradas contrarias a la libre competencia en relación directa con la utilización y explotación de esa información, según decisión firme del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia<sup>173</sup>.

El secreto empresarial – en rigor industrial – puede ser conculcado mediante las siguientes conductas: i) la adquisición ilegítima del objeto del mencionado secreto; ii) la divulgación o explotación del objeto del secreto sin autorización de su titular; iii) la divulgación o explotación del objeto del secreto al que se haya tenido acceso legítimamente, pero bajo deber de reserva. En esta última hipótesis se requiere que la violación del secreto haya sido efectuada con ánimo de obtener provecho, propio o de tercero, o de perjudicar a su titular<sup>174</sup>.

## **IV.2. LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA NACIONAL**

A continuación analizaremos determinados preceptos del Decreto Ley 211, así como ciertas decisiones del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) que tratan directa o incidentalmente la problemática de la información reservada o secreta en relación con la libertad de competencia mercantil.

Conviene advertir que observamos en el Decreto Ley 211, al menos, dos grandes categorías de reservas o secretos:

---

<sup>170</sup> Artículo 36, inciso segundo, de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>171</sup> Cabe advertir que en otro pasaje de la Ley de Propiedad Industrial se alude a “secretos industriales y comerciales”. Confrontar, artículo 32 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>172</sup> Artículo 89 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>173</sup> Artículo 91, letra a), de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

<sup>174</sup> Artículo 87 de la Ley 19.039 sobre Propiedad Industrial.

#### IV.2.1. Reservas o Secretos Referidos a la Investigación que Instruye la Fiscalía Nacional Económica.

Sobre el particular, hallamos dos modalidades de reservas o secretos referidos a una investigación que puede instruir, de oficio o en virtud de denuncias, la Fiscalía Nacional Económica<sup>175</sup> (FNE). La circunstancia de que la publicidad pueda afectar el desarrollo de investigaciones efectuadas por la FNE se halla expresamente tratada en el Decreto Ley 211 y se contempla la posibilidad de que las investigaciones tengan al efecto el carácter de *reservadas* o *secretas*, según pasamos a explicar<sup>176</sup>. Asimismo, la circunstancia de que la publicidad pueda comprometer el desarrollo de las investigaciones efectuadas por la FNE se encuentra tratada en la Ley de Transparencia<sup>177</sup>.

La primera modalidad es la del artículo 39, letra a), inciso segundo, del Decreto Ley 211 que regula la reserva en el procedimiento administrativo investigatorio, exigiéndose como requisito de validez de la medida que se informe el mencionado carácter reservado al Presidente del TDLC.

La segunda modalidad, contemplada en el artículo 39, letra a), inciso cuarto, es más radical que la anterior, puesto que consiste en que la investigación que la FNE instruye de oficio o en virtud de denuncias no sea comunicada al afectado. Para la validez de la imposición de esta medida, la FNE deberá contar una autorización del TDLC al efecto. La primera modalidad es denominada de *reserva* por el propio legislador antimonopólico, en tanto que la segunda ha sido calificada por el TDLC como de *secreto*. El TDLC ha manifestado que una investigación es *reservada* toda vez que se procede a “delimitar el universo de personas que pueden conocer de ella, lo que hace la diferencia con el *secreto*, que es una exclusión general”<sup>178</sup>, y

#### IV.2.2. Reservas o Secretos Referidos a Información Estratégica.

Sólo esta segunda modalidad de reserva o secreto permite arrojar luces sobre el secreto “comercial o empresarial”, que en el ámbito de la libertad de competencia mercantil recibe la denominación de reservas o secretos referidos a información comercial o estratégica. En consecuencia, éstos serán desarrollados con mayor detalle.

El TDLC ha recibido solicitudes relativas a la confidencialidad que ha de dársele a determinadas piezas o documentos recopilados durante una investigación desarrollada por la FNE y acerca de preservar tal confidencialidad una vez incoado el proceso contencioso ante el propio TDLC. Constata el TDLC que durante una investigación administrativa realizada por la FNE como en el curso del proceso jurisdiccional consiguiente “pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de

<sup>175</sup> Para una descripción funcional de la FNE, véase, Domingo Valdés Prieto, “Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una Proposición para Garantizarla” en Revista En Foco N°104, Expansiva, Santiago, 2007.

<sup>176</sup> Artículo 39, letra a), incisos segundo y quinto, del Decreto Ley 211. Recuérdese que sobre el particular la FNE había emitido la Resolución N°5 exenta, de fecha 6 de enero de 2003 y publicada en el Diario Oficial de 29 de marzo de 2003, mediante la cual resolvió declarar que las investigaciones efectuadas en virtud de la atribución antes indicada debían tramitarse en forma reservada, tanto en relación con los denunciantes, los denunciados y terceros, sin perjuicio que se diese conocimiento oportuno al afectado del hecho de haberse iniciado una investigación formal a su respecto.

<sup>177</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 21 N°1. Las letras a), b) y c) de dicho numeral contemplan tres hipótesis: desmedro de la investigación o de antecedentes necesarios a defensas judiciales; antecedentes previos a la adopción de una resolución; requerimientos genéricos que distraigan indebidamente a los respectivos funcionarios.

<sup>178</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 14, dictada en Rol C N°77-05.

información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos;”<sup>179</sup>. Para estos efectos opera el procedimiento previsto en el artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 y el Auto Acordado N°11/2008 del TDLC, los que procederemos a analizar en cuanto a los criterios adoptados respecto de qué ha considerarse información comercial o estratégica y, como tal, susceptible de reserva o secreto. Así, el TDLC podrá decretar que determinados antecedentes tengan el carácter de secretos o confidenciales<sup>180</sup>.

#### **IV.2.2.1. Artículo 39, Letra H), del Decreto Ley 211**

El artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 dispone que:

*“Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:*

*h) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.*

*Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico **requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros**, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.*

*Esta solicitud deberá ser fundada y se presentará a la Fiscalía Nacional Económica dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúe la respectiva presentación.*

*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocerá y resolverá dicha solicitud en su sesión más próxima, con informe verbal o escrito del Fiscal Nacional Económico, y su pronunciamiento no será susceptible de recurso alguno.”* (Los destacados son nuestros).

Destacamos que esta disposición del Decreto Ley 211 no se refiere a un caso en el cual la entrega de antecedentes o informaciones pueda afectar una investigación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), sino que corresponde antes bien a situaciones en las cuales la entrega de aquéllos pueda irrogar perjuicio a ciertas personas naturales o jurídicas. En otras palabras, no se trata de una hipótesis subsumible en el artículo 21 N°1 de la Ley Transparencia, que se ocupa de casos en los cuales la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, sino que de una hipótesis encuadrable en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia en cuanto refiere a la afectación de la libertad de competencia mercantil, forma específica del derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita.

En efecto, estimamos que el artículo 39, letra h), corresponde claramente a la hipótesis del artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, esto es, que afecte derechos de las personas, en relación con su particular materia de *derechos de carácter comercial o económico*. Bajo esta última categoría, se encuentra el derecho a desarrollar cualquier

---

<sup>179</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 18, dictada en Rol C N°77-05.

<sup>180</sup> Resolución del TDLC del 24 de mayo de 2006, considerando 4, dictada en Rol C N°60-05.

actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, resultando su más importante aplicación la libertad de competencia mercantil.

Los secretos o reservas referidos a informaciones y antecedentes aludidos por el artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 corresponden a lo que generalizadamente se ha tendido a llamar el secreto o reserva comercial o empresarial.

Las causales de reserva o secreto contempladas en el artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 se refiere a antecedentes o informaciones “*cuya entrega pudiese irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros*”.

Donde el precepto en comento dice “*entrega*”, debe entenderse que se hace referencia a una entrega a la FNE, ente administrativo auxiliar de la justicia antimonopólica que opera como investigador y acusador público. Sin embargo, esta entrega de información no acaba en la FNE sino que este ente administrativo, a su vez, presentará la información que le resulte útil para fundar sus requerimientos ante el TDLC y éste confeccionará un expediente en el cual, por regla general, se hallará disponible aquella información a las partes del proceso y al público en general atendido el principio jurídico de la transparencia que rige los expedientes que dan cuenta de los procesos judiciales<sup>181</sup>. De esta forma, la letra h) en análisis contempla un procedimiento destinado a conferir a las personas investigadas la certeza de que tan pronto les sea solicitado por la FNE información cuya divulgación pudiese irrogar perjuicios en los términos de aquella disposición, podrán acudir al TDLC a fin de que este órgano jurisdiccional deje parcial o totalmente sin efecto la solicitud de la FNE. Para el pronunciamiento del TDLC será necesario que la persona que solicita se deje sin efecto total o parcialmente el “requerimiento” de la FNE<sup>182</sup>, fundamente su solicitud y la presente ante la FNE dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del mencionado “requerimiento”. El TDLC resolverá aquella solicitud, contando al efecto con un informe verbal o escrito de la FNE. Como bien había observado el TDLC, el legislador antimonopólico había omitido un procedimiento análogo para la información o antecedentes que se presenten en un proceso jurisdiccional ventilado ante el propio TDLC y, en tal sentido, el artículo 39, letra h), resulta insuficiente toda vez que sólo se refiere a los procedimientos administrativos investigatorios que conduce la FNE<sup>183</sup>.

Conviene observar que la circunstancia de que el TDLC no acceda a una solicitud de dejar sin efecto el requerimiento de la FNE en cuanto a la entrega de información o antecedentes no importa que éstos no constituyan secretos empresariales, sino que, según emana de la jurisprudencia correspondiente, el perjuicio a sus intereses o a los de terceros puede ser suficientemente mitigado a través de la obligación de reserva que recae sobre la FNE y sus asesores por mandato del Decreto Ley 211.

Cabe observar que la letra h) en comento exige para la activación del mencionado procedimiento que los antecedentes o información cuya entrega es requerida por la FNE pueda causar perjuicios “*a sus intereses o a los de terceros*”.

El artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211 alude a “*intereses*” de las personas requeridas por la FNE o de terceros. En armonía con lo explicado en la Sección II de este estudio y que aparece resuelto por el Tribunal Constitucional y el Reglamento de la Ley de Transparencia, estos intereses no pueden corresponder a cualquier forma de interés. En efecto, ha de tratarse de intereses supraindividuales reconocidos por el orden

<sup>181</sup> Artículo 29 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>182</sup> No se trata de la voz “requerimiento” en su acepción de demanda mediante la cual la FNE puede iniciar un proceso antimonopólico ante el TDLC destinado a determinar la perpetración de un injusto monopólico.

<sup>183</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 19, dictada en Rol C N°77-05.

jurídico o bien de intereses individuales legítimos. Sólo bajo estos términos se logra una equivalencia con la noción de derechos de las personas que constituye el límite genérico establecido constitucionalmente.

El otro aspecto a considerar es quién es el titular de estos intereses que pueden resultar perjudicados con motivo de la entrega requerida por la FNE. De conformidad con la letra h) en estudio, los titulares de aquellos intereses pueden ser las personas naturales y las personas jurídicas requeridas o bien terceros que resulten perjudicados con motivo de la entrega de maras.

#### **IV.2.2.2. Jurisprudencia en Torno a la Letra h) del Artículo 39 del Decreto Ley 211**

A continuación pasaremos revista brevemente a aquellos casos en los cuales el TDLC ha acogido solicitudes de personas que, habiendo sido requeridas por la FNE de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39, letra h), han estimado que la información requerida no debe ser entregada.

##### **A. Solicitud de Telefónica Móviles S.A. (Movistar).**

La FNE se hallaba realizando una investigación reservada relativa al comportamiento de precios a público de los combustibles en la Región de Valparaíso, para lo cual solicitó a Movistar información correspondiente al tráfico de seis número telefónicos, entre el 1 de junio y 30 de septiembre de 2008. Movistar se opuso argumentando que el registro de tráfico telefónico corresponde a información de carácter personal, resguardada por la Ley 19.628 y que dicha entrega puede irrogar perjuicios a sus clientes, quienes no le han autorizado a entregarla, por lo que no está liberada de cuidar de ellos con la debida diligencia. Retrucó la FNE señalando que el artículo 39, letra h), contempla una facultad amplia que también comprende información de la naturaleza indicada y que ésta es necesaria para la investigación en curso y que, finalmente, tanto el artículo 42 del Decreto Ley 211 como el artículo 23 de la Ley 19.628 contemplan medidas de resguardo de la privacidad y su responsabilidad respecto del tratamiento de datos personales. Añadió la FNE que determinó solicitar el tráfico telefónico a las empresas de telefonía y no a los titulares de las cuentas, para resguardar el éxito de la investigación. El TDLC concluyó que, habiendo expirado el plazo establecido para no dar conocimiento del inicio de una investigación a los titulares de los teléfonos objeto del requerimiento de información y que, por tanto, no se comprometía el éxito de tal investigación, resulta menos gravoso para el resguardo de las garantías que protegen la privacidad de las personas el que la FNE requiera dicha información sobre tráfico telefónico directamente a sus titulares, sin perjuicio de lo que se resuelva en caso de que éstos no la entregasen de manera fidedigna<sup>184</sup>.

##### **B. Solicitud de CORPBANCA.**

La FNE se hallaba realizando una investigación de oficio relativa a la eventual fusión entre Distribución y Servicio D&S S.A. y S.A.C.I. Falabella y tiene por objeto determinar los efectos de tal operación en el mercado crediticio, para lo cual solicitó a CORPBANCA información correspondiente. CORPBANCA se opuso argumentando que lo solicitado corresponde a información de la que carece en cuanto a la data y

---

<sup>184</sup> Resolución del TDLC de 29 de diciembre de 2008.

detalle requeridos, puesto que la Ley General de Bancos sólo le obliga a conservar determinada documentación y antecedentes por un plazo de seis años. Retrucó la FNE señalando que información de la naturaleza indicada es necesaria para la investigación en curso y que los antecedentes requeridos no serían sustituibles por los que tiene la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que debe contar con antecedentes uniformes para realizar una comparación eficiente de ellos. El TDLC resolvió acoger parcialmente la oposición de CORPBANCA sólo en cuanto el banco no estará obligado a proporcionar información que no tenga, otorgando un plazo de 15 días hábiles contados desde esta resolución para remitir a la FNE esta información y previniendo a este ente administrativo en orden a que habrá de solicitar la información estrictamente necesaria para cumplir con su labor, evitando irrogar costos excesivos a los agentes económicos a los que requiere dicha información<sup>185</sup>.

### **C. Solicitud de A.C. Nielsen Chile Ltda. (Nielsen).**

La FNE se hallaba realizando una investigación relativa a operaciones de concentración de D&S y Cencosud con el objeto de complementar la información ya allegada al TDLC para lo cual requirió datos relativos a ventas totales de los distintos productos que conforman las líneas de bienes comercializados por los supermercados para los años 2004, 2005 y 2006. Nielsen se opuso argumentando que: i) se encuentra obligada por cláusulas de confidencialidad a no proporcionar a terceros información estratégica de sus clientes que solicita la FNE, de forma que hacerlo le ocasionaría perjuicios económicos, puesto que sus clientes no le volverían a contratar; ii) es dueña de la información que recopila, procesa y comercializa, constituyendo el requerimiento un atentado contra su propiedad intelectual, iii) la FNE debe hacer sus propios estudios de mercado o contratarlos con quién los provea; iv) la información puede ser requerida directamente por la FNE a los supermercados investigados; v) el requerimiento de la FNE es discriminatorio toda vez que existen otras empresas o entidades que disponen de la misma información. Retrucó la FNE señalando que el artículo 39, letra h), contempla una facultad amplia que también comprende información de la naturaleza indicada y que ésta es necesaria para la investigación en curso y que no vulnera el derecho de propiedad intelectual su requerimiento porque intentó comprar dicha información y no recibió respuesta; que la información disponible en otras entidades no es sustituible por la requerida y que, finalmente, lo solicitado sería de carácter general para no comprometer la confidencialidad de Nielsen. El TDLC solicitó a Nielsen explicaciones adicionales acerca de qué información no entrega a terceros distintos de quiénes se la proveen y los perjuicios que ello le irrogaría y qué información sí entrega a cambio de precio. Aclaró Nielsen que no entrega, comercializa, vende ni divulga a terceros distintos de los supermercados y sus proveedores fabricantes de productos de consumo masivo ninguna parte de la información solicitada por la FNE, atendido que se trata de información estratégica de ventas y que hacerlo le ocasionaría perjuicios de carácter patrimonial y directo por cuanto perdería su fuente principal de ingresos en Chile.

El TDLC resolvió que la información puede ser obtenida por la FNE directamente de agentes diversos de Nielsen y particularmente de las empresas concernidas en la investigación o de sus proveedores que constituyen la fuente primigenia de los datos en cuestión y puede, por tanto, disponer libremente de ella. Por tanto, el TDLC concluye que la información de ventas de los distintos productos que conforman las líneas de bienes comercializados por los supermercados constituye información estratégica de sus

---

<sup>185</sup> Resolución del TDLC de 21 de junio de 2007. En este mismo sentido, véase Resolución del TDLC de 20 de junio de 2007 (Banco del Estado) y Resolución del TDLC de 20 de junio de 2007 (Banco BICE).

principales clientes, cuya entrega podría ocasionar a Nielsen perjuicios en su relación con estos últimos<sup>186</sup>.

#### **D. Solicitud de Telefónica Móviles de Chile S.A. (TCM).**

La FNE se hallaba realizando una investigación de carácter general del mercado de la telefonía móvil relativa a la oposición a las solicitudes de concesión presentadas ante dicha autoridad pública para operar bajo la figura de “operador móvil virtual”, para lo cual solicitó a TCM información correspondiente a bases de datos que precisen la identidad de los clientes de cada una de las concesionarias de telefonía móvil. TCM se opuso argumentando que la información solicitada en ciertos numerales del oficio de la FNE es estratégica, confidencial y privilegiada y que, adicionalmente, el proporcionarla le ocasionará perjuicios a ella como a sus clientes, con quienes tiene un compromiso de confidencialidad. Retrucó la FNE señalando que la exención solicitada daría lugar a una discriminación puesto que la misma información ya se requirió de las otras dos actuales concesionarias de telefonía móvil; que la reserva de esa información se encuentra garantizada por el artículo 42 y que ésta es necesaria para la investigación en curso y que, finalmente, el requerimiento tiene fuerza de autoridad, por lo cual TCM se encuentra liberada de cumplir el compromiso de confidencialidad con sus clientes.

El TDLC resolvió que resulta atendible la pretensión de TCM en cuanto a mantener en reserva de identidad de sus clientes de mayor relevancia en el mercado de la telefonía móvil, por cuanto la divulgación de esa información estratégica podría ocasionarle perjuicios y que para efectuar una investigación de carácter general del mercado de la telefonía móvil no se vislumbra la necesidad de contar con bases de datos que precisen la identidad de los clientes de cada una de la concesionarias de telefonía móvil. Por lo expuesto el TDLC acogió parcialmente la oposición de TCM, procediendo a modificar el requerimiento de información de la FNE<sup>187</sup>.

Es interesante destacar que, en multiplicidad de casos, el TDLC ha rechazado solicitudes de oposición a los requerimientos de información de la FNE no porque la información requerida no sea sensible o estratégica sino porque ésta se mantiene en reserva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto Ley 211, que obliga a los funcionarios y demás personas que presten servicios en la FNE a guardar reserva de todo dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo un ocasión del ejercicio de sus deberes, lo cual garantiza que terceros no tengan acceso a la información en cuestión. De esta forma, se abren tres categorías: i) aquella información que el TDLC autoriza que no sea entregada a la FNE en atención a su carácter estratégico o sensible y a que su divulgación irrogaría perjuicios; ii) aquella información que el TDLC autoriza que sea entregada a la FNE a pesar que sea estratégica o sensible, pero bajo las obligaciones de reserva del artículo 42 que impide su divulgación a terceros – sean competidores o clientes –, divulgación que irrogaría perjuicios y considerando que también puede ser mantenida por el TDLC en el procedimiento jurisdiccional que pudiere iniciarse<sup>188</sup>, y iii) aquella información que el TDLC autoriza

<sup>186</sup> Resolución del TDLC de 18 de abril de 2007.

<sup>187</sup> Resolución del TDLC de 7 de noviembre de 2006.

<sup>188</sup> Resolución del TDLC de 30 de diciembre de 2008 (Cencosud S.A.); Resolución del TDLC de 8 de marzo de 2007 (Dial Urbano S.A.), cuyo considerando primero señala: “Que si bien la naturaleza de la información solicitada puede ser calificada como estratégica y que de revelarse públicamente podría causar algún perjuicio tanto a la empresa recurrente como a terceros, existen vías idóneas para mantener la reserva o confidencialidad de dicha información.”; Resolución del TDLC de 20 de junio de 2007 (Polar S.A.) cuyo considerando en tercer párrafo reconoce que la información puede ser calificada como estratégica y amparada bajo el secreto empresarial; Resolución del TDLC de 23 de julio de 2008 (SOCOFAR S.A.), en cuyo considerando séptimo se señala que la FNE debe tomar resguardos tendientes a prevenir riesgos de lesión de bienes jurídicos que nuestro ordenamiento protege, como la honra de las personas, el amparo de la privacidad e intimidad y los secretos industriales.

que sea entregada a la FNE sin restricciones en atención a que su divulgación no irrogaría perjuicios.

#### IV.2.2.3. Auto Acordado N°11/2008 del TDLC

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), a través del ejercicio de su potestad reglamentaria interna, ha dictado el Auto Acordado N°11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en adelante el Auto Acordado o AA.

Constata el AA, en el numeral primero de su preámbulo, la vigencia del principio jurídico de la transparencia<sup>189</sup>, observando que un acceso ilimitado a ciertos antecedentes del expediente, tanto a favor de las partes en el proceso como a terceros ajenos a éste, podría acarrear un perjuicio grave a personas determinadas o a la sociedad en general<sup>190</sup>.

Aunque no lo manifieste expresamente el AA, a nuestro juicio éste resulta construido sobre los “derechos de las personas”, límite al principio de la transparencia que ya aparecía mencionado por el artículo 8° de la Constitución y que, según la acertada interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional, comprende no sólo derechos subjetivos (intereses individuales legítimos) sino que también intereses supraindividuales contemplados por el orden jurídico. En efecto, cuando el AA alude a “la sociedad en general” se está refiriendo a intereses supraindividuales, entre los cuales se halla la propia libre competencia, bien jurídico tutelado integrante del orden público económico. En dicha línea, el AA manifiesta que:

*“En los procesos seguidos ante este Tribunal es necesario armonizar de forma adecuada, por un lado, los principios de bilateralidad de la audiencia y la igualdad de armas, y, por otro, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, el derecho de propiedad, el derecho a la privacidad y la protección de la información personal. Así, se debe procurar evitar que el acceso por competidores o por el público en general a cierta información estratégica o sensible de algún agente de mercado pueda causar un perjuicio grave e ilegítimo a dicho agente o a la libre competencia en general”*<sup>191</sup>.

La información estratégica o sensible resulta descrita por el AA como aquella relativa a: “secretos y/o procesos de producción, propiedad industrial, clientes y proveedores, estrategias de venta y/o marketing y estructuras de costos, que no sean del dominio público, o de cualesquiera otros cuya divulgación o uso pueda ocasionar perjuicios a su titular o a terceros”<sup>192</sup>. Resulta claro que esta descripción es meramente ejemplar, constituyendo la esencia del concepto que se trate de información privada o no pública y cuya divulgación resulte en detrimento de su propietario, de un tercero o de la libre competencia misma.

<sup>189</sup> El principio jurídico de la transparencia se reitera en Resolución Primera del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>190</sup> La posibilidad de perjuicio significativo a una persona, empresa o a la libre competencia en general se explicita en Resolución Segunda del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>191</sup> Numeral Tercero del preámbulo del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>192</sup> Resolución Cuarta del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.



Este AA distingue entre antecedentes mantenidos bajos “reserva” y bajo “confidencialidad”<sup>193</sup>. Entiende por “reserva” un antecedente que sólo puede ser consultado en el despacho del Tribunal por aquellas partes del proceso que el Tribunal expresamente señale en la respectiva resolución. A diferencia, entiende por “confidencialidad” un antecedente que sólo podrá ser consultado en el despacho del Tribunal por la parte que lo acompañó<sup>194</sup>.

Resulta interesante observar que el AA no emplea la noción de secreto que se halla en la Constitución y en la Ley de Transparencia y que, por otra parte, emplea una terminología diversa de la utilizada en una resolución anterior sobre la materia.

#### **IV.2.2.4. Reformas Introducidas por la Ley 20.361 al Decreto Ley 211 en Materia de Transparencia**

La Ley 20.361, modificatoria del Decreto Ley 211 y publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009, introdujo dos nuevas limitaciones al principio jurídico de la transparencia. Éstas no se hallan desarrolladas en el Auto Acordado N°11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en atención a que éste fue dictado con anterioridad a la mencionada ley modificatoria.

Estas nuevas limitaciones se contemplan en los incisos tercero y cuarto de la letra a) y en la letra f) del artículo 39 y en los incisos séptimo y octavo del artículo 22, todos del nuevo texto del Decreto Ley 211, los que pasamos a comentar brevemente.

##### **IV.2.2.4.1. Artículo 39, letra a), incisos tercero y cuarto, del Decreto Ley 211:**

*“Asimismo, el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado que **ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales**, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39bis, o **que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía.***

*Lo anterior es sin perjuicio que en un proceso en curso y previo traslado, se aplique lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 22, o que se ordene por el tribunal otorgar copias de piezas del expediente que no se hayan agregado al proceso, suprimiendo en ellas todas las referencias que pudieren revelar las identidades u objeto de protección aludidos precedentemente.”* (Los destacados son nuestros)

Es importante observar que la FNE puede disponer que ciertas piezas del expediente administrativo sean reservadas o confidenciales y ello puede obedecer a tres razones:

---

<sup>193</sup> Reconoce el TDLC el Principio Jurídico de la Transparencia en lo referente a la formación de los expedientes y da cuenta de las excepciones contempladas en el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil. El AA señala que de conformidad al artículo 34 del CPC, excepcionalmente ciertas piezas del expediente no serán agregadas en atención a “su naturaleza” o que “por motivos fundados se manden reservar fuera del proceso”. En este sentido, cabe señalar que el mencionado artículo 34 contempla una limitación al principio jurídico de la transparencia, que se halla abierta, en el sentido que sólo podría ser colmada por una cualquiera de las cuatro causales constitucionales determinadas por el artículo 8 de la Constitución. Si fuese dicho artículo 34 invocado para generar causales diversas de las previstas constitucionalmente, nos hallaríamos ante una inconstitucionalidad.

<sup>194</sup> Resolución Tercera del Auto Acordado N°11/2008 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

- i) proteger la identidad de quiénes participen en un procedimiento de delación compensada, de conformidad con el artículo 39 bis del Decreto Ley 211;
- ii) contengan secretos comerciales cuya revelación pueda lesionar la aptitud competitiva de su titular. En consecuencia, hallamos por vez primera una caracterización del secreto comercial o empresarial realizada por el Legislador Antimonopólico. Luego, se trata de informaciones o antecedentes requeridas por la FNE a particulares y respecto de las cuales éstos o no solicitaron al TDLC que dejase sin efecto el requerimiento o habiéndolo solicitado no obtuvieron del TDLC que dejase sin efecto el requerimiento, todo de conformidad al artículo 39, letra h), y, por tanto, debieron entregar la información requerida por la FNE. Una vez entregada esta información o antecedentes, los particulares todavía pueden solicitar a la FNE que ciertas piezas del expediente permanezcan reservadas o confidenciales de conformidad al artículo 39, letra a).
- iii) resguardar la eficacia de investigaciones de la FNE. Esta última modalidad es semejante en su motivación (eficacia de la investigación de la FNE) a lo ya descrito precedentemente en el capítulo IV.2.1., que regula la reserva y secreto en cuanto al procedimiento administrativo investigador mismo, por contraste con lo dispuesto en la letra a) del artículo 39 en comento que se ocupa de la reserva y confidencialidad en relación con ciertas piezas del expediente administrativo.

El inciso cuarto de la letra a) del artículo en comento, contempla la posibilidad de que copias de ciertas piezas del expediente judicial sean otorgadas por el TDLC suprimiendo referencias en atención a las razones i), ii) y iii) antes expuestas.

Es muy relevante esta formulación de los nuevos incisos de la letra a) del artículo 39, puesto que existe una alusión directa y expresa al derecho a competir libremente, toda vez que se señala: *“pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular”*. En este caso se trata del titular de un derecho fundamental económico: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita y específicamente a desarrollarla en competencia, esto es, por medio de intercambios a través de mercados.

#### **IV.2.2.4.2. Artículo 22, Incisos Séptimo y Octavo:**

*“A solicitud de parte, el Tribunal podrá decretar reserva respecto de terceros ajenos al proceso o confidencialidad incluso respecto de las demás partes, de aquellos instrumentos que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular. Los instrumentos que tengan carácter reservado o confidencial en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39, deberán presentarse siempre en tal carácter por la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal deberá mantener la reserva o confidencialidad de los mismos.*

*Sin perjuicio de lo anterior, de oficio o a petición de parte, el Tribunal podrá ordenar a la parte que corresponda, en cualquier etapa del proceso e incluso como medida para*

*mejor resolver, que prepare una versión pública de instrumento para que las otras partes ejerzan su derecho a objetarlo u observarlo. Si la referida versión pública es insuficiente como antecedente válido para fallar la causa, el Tribunal podrá decretar de oficio y por resolución fundada, el término de la reserva o confidencialidad del instrumento y ordenará ponerlo en conocimiento de las demás partes”.* (Los destacados son nuestros)

Asimismo, ha de señalarse que en esta modificación del Decreto Ley 211 se empleó la misma terminología del Auto Acordado en cuanto se distingue entre reserva y confidencialidad, alejándose de la fórmula utilizada por la Constitución y la Ley de Transparencia que aluden a secreto y reserva.

El inciso séptimo del artículo 22 del Decreto Ley 211 se refiere a la prueba instrumental y, por tanto, se ocupa de trato reservado o confidencial que ha de conferirse, a solicitud de parte, a aquellos instrumentos cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Con la introducción de este nuevo inciso séptimo del artículo 22 del Decreto Ley 211 parece subsanarse la omisión legislativa que el TDLC había observado, en el sentido de faltar un procedimiento análogo al del artículo 39, letra h), para efectos de la información y antecedentes reservados que fueran presentados en un proceso jurisdiccional ventilado ante el TDLC. Ha de recordarse que el artículo 39, letra h), dice referencia exclusiva al procedimiento investigativo conducido por la FNE, en tanto que la disposición en comento se refiere a ciertos instrumentos presentados ante el TDLC.

#### **IV.2.2.4.3. Artículo 39, Letra F), del Decreto Ley 211.**

*“Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quiénes estarán obligados a prestarla, como asimismo, a proporcionar los antecedentes que obren en sus archivos y que el Fiscal Nacional Económico les requiera, aún cuando dichos antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente, caso este último en que se requerirá la autorización previa del Tribunal”* (Los destacados son nuestros).

En este nuevo precepto se trata de antecedentes calificados como secretos o reservados, con la particularidad de que se alude a que esta calificación debió haber sido realizada de conformidad con la legislación vigente. En otras palabras, el origen del secreto o reserva debe hallarse en alguno de los cuatro límites previstos en el artículo 8 de la Constitución Política y desarrollados en el artículo 21 de la Ley de Transparencia. Por tanto, entre estos límites se hallan *los derechos de las personas* y particularmente el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita en su forma específica de libertad de competencia mercantil. En síntesis, los antecedentes solicitados por la FNE pueden corresponder a secretos comerciales, estratégicos o empresariales y es por ello que el legislador ha exigido, en forma previa a su entrega, la autorización del TDLC.

#### IV.2.2.5. Elementos Constitutivos del Secreto o Reserva Comercial Contemplada en el Decreto Ley 211

De lo todo lo expuesto se pueden obtener al menos los siguientes elementos constitutivos del denominado secreto o reserva comercial o estratégico para efectos del Decreto Ley 211:

1. El secreto o reserva comercial o estratégico halla fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita y en su forma específica de libertad de competencia mercantil. Estos *derechos de las personas de carácter económico* operan como límite al principio jurídico de la transparencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia y, por tanto, constituyen causales de secreto o reserva;
2. Desde un punto de vista terminológico, los preceptos del Decreto Ley 211 y el Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC rompen con las voces *secreto* y *reserva* empleadas en la Constitución y la Ley de Transparencia para sustituirlas por *reserva* y *confidencialidad*.
3. Ámbito de aplicación del secreto o reserva comercial o estratégico: comprende toda actividad económica desarrollada en forma competencial, esto es, consistente en intercambios realizados a través de mercados. En este sentido, el secreto o reserva desde la óptica del Decreto Ley 211 exhibe un ámbito de aplicación mucho más comprensivo que el del mal llamado “secreto empresarial” – en rigor industrial – contemplado en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial. En efecto, este último se agota en las actividades económicas calificadas como industriales.
4. Objeto del secreto o reserva en análisis, según aparece descrito en:
  - i) nuevos preceptos legales del Decreto Ley 211: *informaciones o antecedentes que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular;*
  - ii) artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211: *antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de tercero ,y*
  - iii) Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC: *secretos y/o procesos de producción, propiedad industrial, clientes y proveedores, estrategias de venta y/o marketing y estructuras de costos, que no sean del dominio público, o de cualesquiera otros cuya divulgación o uso pueda ocasionar perjuicios a su titular o a terceros.*

De estas descripciones se sigue que el secreto o reserva comercial o estratégico, desde una perspectiva del Decreto Ley 211 comprende no sólo lo industrial – que según ya explicamos es sólo un sector de lo comercial -, sino que también

muchas otras formas de información privada relativa al negocio de un competidor y a sus productos, que recibe la denominación de “secreto comercial”. Esta denominación es también inadecuada toda vez que lo comercial es sólo un sector de lo económico y, por tanto, podría inducir al equívoco de interpretar que sólo se refiere a la fase productiva conocida como distribución y que se sitúa entre la producción y el consumo. Desde esa perspectiva resultaría más preciso aludir a secreto estratégico o económico. En todo caso, en las tres fuentes indicadas (i), ii) y iii)) se observan listas abiertas tanto desde el punto de vista legislativo como reglamentario interno y cuya definición se delimita por sus consecuencias más que por sus objetos.

5. Efectos de la revelación de un secreto comercial desde una óptica antimonopólica. Legislativamente se consideran dos fórmulas: i) antecedentes o informaciones requeridas cuya entrega **pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros**, y ii) piezas del expediente o instrumentos **cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular**. Las diferencias entre i) y ii) no son menores:

a) la descripción ii), que alude a la aptitud competitiva, semeja bastante a la definición del mal llamado “secreto empresarial” regulado por la Ley de Propiedad Industrial que se refiere a que su mantenimiento en reserva *“proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”*. Por contraste, la descripción i) constituye indudablemente un caso particular de perjuicio que la entrega de información requerida podría irrogar a su titular; y

b) desde una perspectiva subjetiva, la fórmula i) es más amplia toda vez que comprende los intereses – noción ya explicada – del titular de la información o de terceros, en tanto que la descripción ii) se agota en el titular de la información y no se extiende a terceros. Ambas definiciones legislativas coinciden en el sentido de que no es necesario un perjuicio ni una afectación significativa de la aptitud competitiva con carácter actual, bastando la potencialidad de que así ocurra.

## V. CONCLUSIONES

**V.1.** El Principio Jurídico de la Transparencia se traduce en generar obligaciones y deberes en la función estatal y en el proceso competitivo en relación con la transparencia. Desde el momento en que hay obligaciones y deberes al respecto, existen derechos correlativos para exigir las correspondientes conductas, dando así espacio a una formulación jurídica a partir del expuesto concepto económico de transparencia. De esta forma, postulamos una noción jurídica del principio de la transparencia como *el conocimiento cierto y razonablemente completo que resulta debido de la actividad de una persona o grupo de personas*. Este principio se particulariza en función de la naturaleza de las personas a cuya actividad refiera:

- i) si se trata del Estado y de la actividad de las personas jurídicas y órganos que conforman aquél, se formaliza como un principio jurídico que rige la función pública y,

por tanto, resulta debido por los órganos estatales y consecuentemente es exigible a éstos. En este ámbito, el mencionado principio suele ser confundido con su causa: la publicidad; así, la publicidad es causa de la transparencia y ésta efecto de aquélla. La importancia del principio jurídico de la transparencia radica en que éste opera como un eficaz incentivo a la probidad y al profesionalismo de los órganos estatales, todo lo cual ha de redundar en un mayor y mejor respeto por parte del Estado de todos y cada uno los derechos de la persona humana, y

ii) Si se trata de competidores de un determinado mercado y de la actividad que éstos despliegan para disputarse la clientela en los mercados, se formaliza también como un principio jurídico que permite rechazar ciertas opacidades artificialmente creadas por algún agente económico, así como ciertas categorías de ofensas a la libertad, lealtad y resguardo de los consumidores que han de caracterizar el proceso competitivo.

**V.2.** A partir del artículo 8 de la Constitución resulta posible construir las líneas maestras del nuevo estatuto jurídico de la transparencia en la actividad estatal.

La primera gran línea maestra derivada de este precepto constitucional consiste en que el Principio de la Transparencia opera como regla general de la actividad estatal y que el secreto o la reserva constituyen límites a aquél. Sobre este particular, cabe señalar que el Constituyente ha dispuesto la *publicidad* de los actos y resoluciones de los órganos estatales, mas no ha aludido a la *transparencia* de los mismos. A nuestro juicio, la diferencia entre publicidad y transparencia es sutil: la primera es causa de la segunda. En efecto, de la publicidad de los actos de los órganos de los órganos estatales se sigue la transparencia de aquéllos toda vez que la publicidad proporciona o permite el mayor grado de conocimiento o información que constituye la esencia de la transparencia. Esta estrecha relación entre causa y efecto explica por qué ciertos cuerpos legislativos refieren en forma conjunta a los principios de la publicidad y transparencia<sup>195</sup>. La transparencia, según hemos explicado, constituye una noción de origen económico y que refiere al grado de conocimiento existente en un mercado. Así, la transparencia se opone a la opacidad, de la misma forma como la publicidad se opone al secreto (este término deriva de *secretus*, que significa poner a parte o segregar).

La segunda línea maestra de este nuevo estatuto guarda relación con la localización de este nuevo precepto constitucional. Éste se halla situado en el Capítulo I de la Constitución, denominado Bases de la Institucionalidad y, como bien ha observado el Tribunal Constitucional, dicho capítulo da cuenta de las “(...) *bases del sistema institucional de Chile, de modo que cuanto fluye de ellas se irradia sobre los capítulos siguientes y, con mayor razón aún, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar* (...)”<sup>196</sup>.

De lo anterior se sigue que la Transparencia es un principio jurídico de jerarquía constitucional, con todo lo que ello significa. En efecto, este principio da lugar a un derecho fundamental implícito<sup>197</sup>, con base en la naturaleza humana y ejecutable con fuerza coactiva propia en cuanto que no requiere de ley alguna para ser puesto en ejercicio.

<sup>195</sup> Artículo 3, inciso segundo, Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículos 4° y 16°, Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado..

<sup>196</sup> Sentencia Rol N°410 del Tribunal Constitucional, considerando 23°.

<sup>197</sup> Sentencia Rol N°634-2006 del Tribunal Constitucional, considerandos 9° y 10°.

La Ley de Transparencia ha definido el Principio Jurídico de la Transparencia para la función pública como consistente en “*respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.*”<sup>198</sup>

Como resulta de dicha definición el Principio Jurídico de la Transparencia descansa sobre la publicidad de los actos de la Administración y el acceso a la información. Luego, resulta correcto inferir que sólo hay transparencia allí donde existe publicidad y/o acceso a la información y, por tanto, aquélla es un efecto de éstas.

**V.3.** La primera duda que surge a quién analice la fórmula “*los derechos de las personas*” es si ésta resulta ser tautológica, toda vez que, por definición, sólo las personas tienen derechos<sup>199</sup>. Luego, indicar que el límite al principio de la transparencia consiste en “*los derechos de las personas*” pareciera, a primera vista, incurrir en un pleonismo carente de prolijidad jurídica. No obstante lo anterior, somos de la opinión que el Constituyente utilizó dicha formulación con una intención muy clara: otorgar la mayor amplitud lógica a los derechos que podrían operar como límite interno del mentado principio. Esta máxima amplitud lógica tiene un doble fundamento: i) por una parte, guardar coherencia con los derechos fundamentales que contempla la Constitución, puesto que aquéllos resultan asegurados por dicho cuerpo normativo a “*todas las personas*”<sup>200</sup>; y ii) evitar que, por la vía de constreñir el titular, hubiese derechos que no pudieran operar como límites del principio de la transparencia. Así, por ejemplo, la Constitución de 1925 aseguraba derechos a “*todos los habitantes de la República*”, dando lugar a diversas controversias acerca de quiénes eran los sujetos titulares de los respectivos derechos asegurados. Una de tales controversias versaba acerca de si las personas jurídicas domiciliadas en Chile eran o no habitantes de la República. En síntesis, la fórmula “*los derechos de las personas*” exhibe la mayor amplitud lógica tanto desde el punto de vista del titular (la persona) como desde la perspectiva del objeto (el derecho).

Los *derechos de las personas* que operan como límites al DAIP pueden clasificarse en tres órdenes normativos:

- a) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contenidos en la Constitución Política de la República;
- b) derechos fundamentales, tanto explícitos como implícitos, contemplados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se hallen vigentes; y
- c) otros derechos consagrados por preceptos infraconstitucionales, pero que exhiban la jerarquía normativa requerida (al menos ley de quórum calificado). Esta jerarquía resulta necesaria para instituir un límite específico al derecho de acceso a la información pública. Respecto de la procedencia de este último orden normativo, estimamos que éste resulta confirmado por lo dispuesto por la Ley 19.880 al emplear la fórmula de “*los derechos de las personas*” para designar los derechos que las personas tienen en sus relaciones con la Administración. Ese legislador cierra una detallada enumeración de tales derechos, disponiendo en la última letra (i)) lo siguiente: “*Cualesquiera otros*

<sup>198</sup> Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 4°, inciso 2°.

<sup>199</sup> Confrontar, Jacques Maritain, “Lecciones Fundamentales de Filosofía Moral”, pgs. 186 y stes., Biblioteca Argentina de Filosofía, Buenos Aires, 1966. En el mismo sentido, Octavio Nicolás Derisi, “Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral”, pg. 203, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 1980.

<sup>200</sup> Artículo 19, Capítulo III, Constitución Política de la República.

[derechos] *que les reconozcan la Constitución y las leyes*”<sup>201</sup>. Luego, los derechos de las personas no sólo comprenden los derechos fundamentales indicados en i) y ii) sino que también derechos establecidos en leyes. Concordante con lo anterior, el Reglamento de la Ley de Transparencia preceptúa: “Se entenderá por tales [derechos de las personas] aquéllos que el *ordenamiento jurídico* atribuye a las personas en título de derecho y no de simple interés” (el destacado es nuestro)<sup>202</sup>. El empleo del término “*ordenamiento jurídico*” por el Reglamento constituye una prueba adicional de que los derechos a que hacemos referencia no sólo han de exhibir jerarquía del orden i) y ii) sino que también comprenden derechos infraconstitucionales emanados de leyes que tengan, al menos, la calidad de quórum calificado.

**V.4.** La diferencia entre el artículo 8 de la Constitución y la disposición de la Ley de la Transparencia se halla en el derecho mismo. Cabe recordar que un derecho subjetivo se define sobre la base de dos elementos: i) un poder moral para exigir algo, y ii) una materia sobre la cual recae dicho poder moral. Este segundo elemento, es decir la materia, objeto o carácter de tales derechos, es el que ha empleado la Ley de Transparencia para singularizar este subconjunto de derechos de las personas y contraponerlo al resto de ellos. Luego, se da la paradoja de que la Ley de Transparencia no hace distingo alguno por concepto del poder moral, que es el elemento propiamente especificante de un derecho subjetivo, sino que lo hace en función de la materia.

**V.5.** Del comercio se han efectuado muchas descripciones, siendo la principalmente aceptada aquella que lo conceptualiza como *una actividad de intermediación con fines de lucro, generalmente consentida por las respectivas partes, consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas a cambio de un cierto provecho o ganancia*.

A continuación, analizamos las principales notas constitutivas de esta definición:

**Actividad.** Comercio y negociación habitualmente son empleados como sinónimos, puesto que negocio es lo contrario del ocio y se da el nombre de negociar al de comerciar puesto que esta última actividad, al estar cargada de preocupaciones, resulta extraña al ocio<sup>203</sup>.

**Intermediación.** La intermediación constitutiva del comercio puede ser clasificada en intermediación “meramente económica”, por una parte, y en intermediación “económica y jurídica”, por otra. En la intermediación meramente económica el intermediario adquiere algún derecho sobre los bienes que demanda para luego ofertarlos a los consumidores, esto es, se hace parte en los contratos que permiten la intermediación, vgr., las empresas bancarias celebran contratos de captación y luego de hacerse dueñas de los fondos captados, aquéllas celebran contratos de colocación. A diferencia, en la intermediación económica y jurídica, el comerciante no es parte en los contratos que ponen en contacto al productor/mayorista con el comerciante/minorista/consumidor,

---

<sup>201</sup> Artículo 17°, letra i), Ley 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

<sup>202</sup> Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, artículo 7 N°2.

<sup>203</sup> El término latino “negotium” revela la contraposición entre negocio (“neg-otium”), esto es, la negación del ocio y el ocio (“otium”). Para un contraste entre actividad económica y actividad contemplativa (ocio fecundo), véase, Josef Piper, “Leisure. The Basis of Culture”, pg.3 y ss., Liberty Fund, Indianápolis, 1999.



resultando un ejemplo paradigmático el corredor de propiedades. Así, la intermediación es siempre económica y, en ocasiones, adicionalmente jurídica.

**Con fines de lucro.** El lucro es de la esencia del comercio y lo distingue de otras formas de intermediación que pueden realizarse con otros propósitos, por ejemplo, comprar para donar u otras fórmulas destinadas a practicar la caridad.

De esta manera, el objeto del comercio es la producción de riqueza mediante el referido intercambio de bienes y servicios; este intercambio usualmente se verifica mediante dinero, de allí que el dinero se coloca “entre” los cambios y consiste, además, el dinero en el fin del comercio, al ser aquél representativo del lucro en las economías dinerarias. Es por ello que, desde antiguo, el Estagirita ha afirmado que “...ya que el dinero es el elemento básico y el término del [inter]cambio”.<sup>204</sup>

**Generalmente consentida.** Esta actividad de intermediación se caracteriza por ser generalmente consentida por las respectivas partes y, por tanto, desde una óptica jurídica se materializa a través de multitud de formas convencionales, sean traslaticias del dominio o no. En consecuencia, resulta un error limitar esta intermediación a ciertas formas contractuales en particular. Incurre en esta imprecisión el propio Diccionario de la Lengua Española al explicar el comercio como: “Negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”,<sup>205</sup>. Si bien es cierto que la compraventa y la permuta suelen ser las convenciones más comunes en el comercio, no por ello son las únicas mediante las cuales puede llevarse a cabo esta especie de intermediación. Si bien nuestro derecho positivo no ha definido qué ha de entenderse por comercio, la jurisprudencia nacional emitida por los Tribunales Ordinarios de Justicia ha recogido, en forma constante, variaciones de la definición antes comentada del Diccionario de la Lengua Española.<sup>206</sup>

Hemos señalado que esta forma de intermediación es generalmente consentida para oponerla a otras modalidades de intermediación claramente involuntarias - estas son las conmutaciones involuntarias o “ekousión”, según la terminología aristotélica - , como ocurre, por ejemplo, en el caso de los daños injustamente inferidos que se conmutan o “cambian” por la compensación económica correspondiente a la víctima de aquéllos. Decimos que el comercio es generalmente consentido a fin de resaltar que, excepcionalmente, las transacciones comerciales pueden revestir un cierto carácter forzoso, lo cual puede ocurrir, en algún grado, como efecto del dirigismo contractual o, más radicalmente involuntarias, en el caso de ciertas técnicas del orden público económico en virtud de las cuales la autoridad pública ordena la celebración de ciertas convenciones o determina todo o parte de los contenidos de las mismas, constriñendo la autonomía privada que suele presidir las actividades mercantiles.

**Productos o Mercaderías.** En cuanto a los bienes ofertados en el mercado, debe observarse que existe una distinción de antigua data entre comercio e industria, no obstante que desde la óptica de la Economía Política el comercio es una rama de la industria. Al analizar Domingo de Soto<sup>207</sup> el comercio se refiere a dos clases de negocios: comercio e industria, radicando la distinción entre uno y otro en el hecho de

<sup>204</sup> Aristóteles, “Política”, 1257b, pg. 71, Editorial Gredos, Madrid, 1999.

<sup>205</sup> Diccionario de la Lengua Española, pg. 365, Espasa Calpe, Vigésima Edición, Madrid, 1992.

<sup>206</sup> A modo de ejemplo, véase, “Price’s (South American Ltd) con Impuestos Internos”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, 13 de Noviembre de 1945, Considerando 4°.

<sup>207</sup> Domingo de Soto, “De la Justicia y del Derecho”, Tomo III, Libro IV, Cuestión II, Artículo 2, pg. 544, Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

que en el primero hay simple intermediación, en tanto que en la industria hay, adicionalmente, transformación del bien intermediado; por ello concluye el teólogo jurista señalando que la industria es, en verdad, un arte mecánico. Esta distinción ha sido recepcionada por el Derecho chileno en una antigua norma legal<sup>208</sup>, en algunas sentencias judiciales<sup>209</sup> y perdura en una reciente disposición de la Ley de Propiedad Industrial<sup>210</sup>.

El distingo entre comercio e industria no se muestra de interés para efectos de interpretar la disposición en análisis de la Ley de Transparencia, puesto que tanto el comercio como la industria constituyen actividades económicas y el artículo 21 N°2 de dicho cuerpo normativo refiere a “*derechos de carácter comercial o económico*”. Más aún, otras legislaciones como la antimonopólica se han encargado de eliminar el distingo entre comercio e industria para fines operativos<sup>211</sup>, distingo que tampoco ha demostrado utilidad desde la perspectiva de los antiguos preceptos que han proscrito los monopolios<sup>212</sup>. Prueba de lo anterior es que las legislaciones antimonopolios promulgadas en Chile hacen, invariablemente, remisión a las actividades del comercio y de la industria en el sentido de constituir todas ellas ámbito de aplicación de sus preceptos<sup>213</sup>. Más aún, el Decreto Ley 211, de 1973, que contiene el principal cuerpo normativo vigente en Chile para la defensa de la Libre Competencia, se encargó de mencionar expresamente, en su antiguo artículo cuarto, inciso primero, - hoy modificado en su redacción - que aquél regía sobre las actividades comerciales e industriales, advirtiendo que también se aplicaba a las labores extractivas y de servicios. De esta forma, se había buscado disipar toda duda acerca de que tanto las actividades comerciales como las industriales quedaban capturadas por la voz “comercio”.

**Consistente en entregar a los consumidores los productos o mercaderías que se adquieren de fabricantes o mayoristas.** Sobre este aspecto es preciso advertir que modernamente suele distinguirse entre comercio mayorista y minorista. Por tanto, a este punto esta definición puede considerarse imprecisa toda vez que limita el concepto de comercio sólo a aquella intermediación entre fabricantes/mayoristas y consumidores.

La entrega a que se refiere esta noción puede tener lugar a través de un mercado (sentido económico) o fuera de mercado. Esto último resulta predicable respecto de aquellos productos o mercancías que por su singularidad carecen de un mercado en el cual sean ofertados y demandados con cierta habitualidad.

---

<sup>208</sup> Decreto N°194 de 20 de Febrero de 1954, emanado del Ministerio de Economía de Chile: “Industria es el conjunto de actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armaduría, confección, envasamiento de sustancias, productos o artículos, en estado natural o ya elaborados o para la prestación de servicios, tales como molinerasías, tintorerías, acabados o terminación de artículos.”

<sup>209</sup> A modo de ejemplo, véase, “Commercial Investment Co. Ltd of Chile con Herrera”. Corte de Apelaciones de Talca, 26 de Enero de 1931, considerandos 11° y 12°.

<sup>210</sup> Artículo 36, inciso segundo, Ley 19.039 de Propiedad Industrial: “Para estos efectos, la expresión industria se entenderá en su más amplio sentido, incluyendo a actividades tales como: manufactura, minería, construcción, artesanía, agricultura, silvicultura y la pesca.”

<sup>211</sup> Cabe recordar que la interpretación inicial de la Sherman Act de los Estados Unidos de América (1890), efectuada por los tribunales de justicia, estableció erróneamente que “el comercio viene a continuación de la fabricación y no es una parte de ésta”, por lo cual ciertas restricciones que afectaban la libertad en la industria manufacturera de bienes no quedaron comprendidas bajo el ámbito de aplicación de dicha ley al categorizarse como “industria” y no corresponderse con la voz “comercio” (United States v. E.C. Knight, 1895). Dos años más tarde, los tribunales de justicia reemplazaron esta definición restrictiva de comercio por una más amplia que incluía la industria y las demás fases productivas de la actividad económica (United States v. Trans-Missouri Freight Association).

<sup>212</sup> Existe una larga tradición en este sentido, que está descrita por Joseph Manuel Domínguez Vicente, “Curia Filípica”, Tomo II, Cap. I, N° 38, pg. 15, Madrid, 1790. Dicha tradición remite a las Leyes de la Recopilación (Lex 5, tit. 8, lib. 9 Recop.) y a las Siete Partidas (Lex 2, tit. 7, part. 5).

<sup>213</sup> Artículo 172, inciso 1°, de la Ley 13.305 (1959) y antiguo Artículo 4, inciso 1°, del Decreto Ley 211 (1973). Este último estuvo en vigor hasta la reforma efectuada al Decreto Ley 211 por la Ley 19.911, la cual fue publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Noviembre de 2003.

**V.6.** Un derecho de *carácter comercial* resulta muy restringido en contraste con un derecho de *carácter económico*. El carácter comercial aparece como demasiado estricto puesto que dicho vocablo es entendido como la actividad del intermediador, esto es, el conjunto de actividades económicas que causan la circulación de los bienes desde los productores hacia los consumidores. Luego, la actividad comercial es una parte de la actividad económica, en tanto que la actividad económica importa una referencia a la solución del problema económico, sea que éste sea atendido por la vía del autosustento o del intercambio y sea que éste último se desarrolle o no a través de mercados. En cualquier caso, lo económico comprende todas las fases productivas, que se extienden desde la producción hasta el consumo, pasando por el comercio y la industria en todas sus formas. De lo expuesto se podría concluir que lo “*comercial*”, en su acepción antes comentada, resulta subsumible en la expresión “*económico*” de que se vale la Ley de Transparencia en su artículo 21 N°2. En otras palabras, se confirma que el término “económico” está empleado como género de lo “*comercial*”, según resulta de las siguientes consideraciones:

- a) una *actividad económica* por contraposición a una *actividad de intermediación*, que caracteriza el comercio. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio, sea éste productivo, extractivo, comercial, industrial o para consumo;
- b) una *actividad económica*, por contraposición a una *actividad comercial*, no necesariamente importa lucro. La primera comprende toda forma de autosustento y de intercambio. Sólo en los intercambios puede existir el lucro, como bien explicara el Estagirita, por contraste con las actividades de autosustento donde por definición no puede haber lucro. Luego, no es de la esencia de las actividades económica el lucro, en tanto que sí lo es de la esencia en las actividades comerciales, según quedó de manifiesto en la primera definición analizada de comercio, que es la generalmente aceptada.
- c) una actividad económica puede ser individual o colectiva en su desarrollo y mediar o no convenciones en la ejecución de la misma. Así, el autosustento no requiere convenciones, en tanto la actividad comercial las requiere y por ello éstas son generalmente consentidas por las respectivas partes.

**V.7.** La facultad moral que da forma al derecho a desarrollar cualquier actividad económica es de gran amplitud toda vez que emplea el verbo rector “*desarrollar*”, esto es, apunta al progreso y crecimiento de una comunidad humana en su dimensión económica. Desarrollar, en este contexto, no es otra cosa que desplegar una actividad económica en todos sus contenidos y formas, por lo cual resulta equivalente a iniciar y llevar a cumplimiento término una actividad destinada a resolver el problema económico. Luego, se trata de una libertad de iniciación, progreso y crecimiento en actividades económicas. Captar en toda su plenitud esta libertad exige algunas precisiones conceptuales que pasamos a señalar.

La primera observación se refiere a los factores productivos que cabe emplear de conformidad con este derecho. Ya había puesto de relieve un jurista integrante de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución la necesidad de considerar una disposición que “asegure la libertad para desarrollar actividades económicas, porque el principio, si bien se incluye, adolece de imprecisión dentro de la libertad genérica de

trabajo”<sup>214</sup>. A nuestro juicio, el origen de la imprecisión anotada radica en que la libertad para desarrollar actividades económicas excede con creces el ámbito de la libertad de trabajo, puesto que esta última alude tan sólo al factor productivo “trabajo” en particular, en tanto que la primera libertad mencionada comprende el empleo de todos los factores productivos (trabajo, capital y recursos naturales). Desde esta perspectiva ha de reconocerse la superioridad conceptual y normativa de la Constitución de 1980 que estableció la garantía del artículo 19 N°21 en forma separada de la libertad de trabajo, alejándose de los modelos preexistentes<sup>215</sup>.

La segunda observación se refiere a las fases productivas que alcanza el desarrollo de una actividad económica. Siguiendo lo planteado en las sesiones pertinentes de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, procede afirmar que este derecho comprende tres modalidades de libertad económica: i) libertad de producción, ii) libertad de comercio y iii) libertad de trabajo<sup>216</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago ha sentenciado que esta garantía: “a la que se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa, es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio”<sup>217</sup>. Estimamos que las fases productivas comprendidas por el derecho subjetivo constitucional en análisis son las de producción y extracción, distribución en sus modalidades de mayorista y minorista y consumo. El intercambio se haya presente en todas ellas y es precisamente aquél el que da lugar a la distinción y segmentación de tales fases. En efecto, si analiza una economía sin intercambio ni cambio, por ejemplo, una de autoabastecimiento, podrá decirse que hay producción y consumo, pero éstas coexisten en un mismo sujeto de derecho de tal forma que no tiene sentido ni utilidad diferenciarlas. Los servicios son tan sólo una clase de bienes económicos de naturaleza intangible y no constituyen en sí mismos una fase productiva.

La tercera observación se refiere a la naturaleza de las actividades que resultan comprendidas bajo la expresión actividades económicas, sean éstas primarias, secundarias o terciarias. Las actividades económicas a que alude esta garantía constitucional presentan la mayor amplitud<sup>218</sup> y prueba de ello es que aquéllas van precedidas del término “*cualquiera*”; por tanto, las actividades económicas no se agotan ni constituyen sinónimos de actividades lucrativas ni de actividades empresariales, como erróneamente han sostenido algunos autores y, desafortunadamente, alguna jurisprudencia. En efecto, la libertad cautelada por el Artículo 19 N°21 de la Constitución resulta aplicable a toda actividad económica, sea que ésta se desarrolle con una finalidad de autoabastecimiento, de cambio o de intermediación y sea que esta última modalidad tenga lugar fuera o dentro de mercados. En efecto, no todos los bienes que se intercambian dan lugar a la formación de mercados, según muestra la experiencia.

---

<sup>214</sup> Comisionado señor Raúl Bertelsen, Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

<sup>215</sup> Con anterioridad a la Constitución de 1980 el derecho a desarrollar cualquier actividad económica resultaba inferido de la libertad de trabajo e industria. Recuérdese lo restringido de la noción de industria en comparación con el concepto de actividades económicas, según explicamos en el capítulo precedente.

<sup>216</sup> Comisionado señor Roberto Guerrero, Sesión 384 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.

<sup>217</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 25 de mayo de 1996, Rol N° 4.017-95.

<sup>218</sup> “[El señor Bertelsen] Cree que es más amplio establecer : “La libertad para desarrollar cualquier actividad económica”. O sea - agrega -, para crear una empresa extractiva, una industria manufacturera, una empresa de transportes, una sociedad de comercio, una sociedad de prestación de servicios, etc... El señor Ortúzar (Presidente) considera evidente que, al reconocerse como garantía constitucional la libre iniciativa privada para desarrollar actividades económicas, se está haciendo mención de las actividades industriales o comerciales...[El señor Bertelsen] añade no puede [el Estado] conculcar la libertad personal para desarrollar cualquier tipo de actividad económica, ya sea extractiva, productiva o de comercialización...”(Sesión 388, de 27 de Junio de 1978, de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución).

Las actividades económicas tuteladas por el mencionado precepto constitucional pueden clasificarse en lucrativas y no lucrativas<sup>219</sup>, así como en empresariales y no empresariales<sup>220</sup> y todas ellas quedan amparadas por el inciso primero del artículo 19 N°21 de la Constitución. De allí que la actividad económica desarrollada por una fundación, que carece de fines de lucro, queda tutelada por el precepto indicado.

Se ha debatido si las actividades empresariales son por esencia de naturaleza lucrativa. Desde un punto de vista doctrinario pareciera resultar de la esencia de una actividad empresarial el carácter lucrativo, aún cuando ciertas definiciones positivas de empresa contempladas en nuestro orden jurídico prescinden de dicho carácter lucrativo<sup>221</sup>.

Se ha tendido a ver en las actividades empresariales el principal contenido – pero ciertamente no el único - de esta garantía constitucional, caracterizándose aquéllas como: “la más alta expresión de la iniciativa privada en el tráfico mercantil dentro de un Estado de Derecho”<sup>222</sup>

**V.8.** La libertad para desarrollar actividades económicas ha de ser respetada por el Estado y sus organismos en su doble faz de límite y de objeto de promoción, sea que aquéllos actúen en cuanto autoridades públicas, sea que obren en cuanto competidores o empresarios. Así, el Estado puede conculcar este derecho fundamental contemplado en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política bajo dos modalidades:

- c) **en cuanto autoridad pública:** i) al lesionar este derecho fundamental especificando limitaciones que no correspondan al orden público, la moral o la seguridad nacional; por ejemplo, resolviendo el Consejo de la Transparencia que el principio jurídico de la transparencia constituye un contenido de orden público y que, por tanto, opera como un límite al ejercicio del derecho a desarrollar cualquier actividad económica; ii) al establecer regulaciones a dicho derecho cuya substancia provenga de alguna autoridad pública infralegal, v.gr., el Consejo de la Transparencia regula el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sin contar al efecto con una norma legal que contemple la substancia de la regulación impuesta por aquella autoridad pública; iii) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que afecten la esencia de este derecho o impidan su libre ejercicio, v.gr., el Consejo de la Transparencia dicta resoluciones que ordenan develar reservas o secretos indispensables para el ejercicio de un determinado derecho a desarrollar cualquier actividad económica; y iv) al establecer regulaciones al derecho a realizar cualquier actividad económica que resulten incoherentes o desarmónicos con el deber de promoción de este derecho o perturben o entorpezcan su libre ejercicio. Así, por ejemplo, el Legislador de la Transparencia ordena a los competidores de una determinada industria entregar información relativa a su actividad económica a ciertas autoridades públicas en formatos que importen desagregaciones y estadísticas

<sup>219</sup> Enrique Navarro Beltrán, “Notas sobre el Contenido Esencial del Derecho a Empezar Cualquier Actividad Económica”, Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año III, N°3, pg. 27, Santiago, 1999. Concluye lúcidamente este jurista que: “el bien jurídico protegido no se encuentra en modo alguno restringido a las actividades lucrativas”. Este aserto se haya confirmado por la circunstancia de que actividades económicas de autoabastecimiento también resultan tuteladas por el artículo 19 N°21 de la Constitución.

<sup>220</sup> El distingo entre actividades económicas no empresariales y actividades económicas empresariales ya había sido formulado por el Comisionado señor Bertelsen, en Sesión 388 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Confrontar, Eduardo Soto Kloss, “La Actividad Económica en la Constitución Política de la República de Chile”, pg. 123, Ius Publicum N°2, Santiago, 1999.

<sup>221</sup> Domingo Valdés Prieto, “Libre Competencia y Monopolio”, pgs. 489-490, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006. Véase, las definiciones de empresa contempladas en el artículo 3 del Código del Trabajo y en los Tratados de Libre Comercio suscritos entre la República de Chile y Estados Unidos de México, así como entre la República de Chile y Corea del Sur.

<sup>222</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala 4a, de fecha 21 de Febrero de 1984.

no estándares y cuya elaboración resulta onerosa para los suministradores de información; y

- d) **en cuanto competidor:** al obtener el Estado, sus organismos o sus empresas privilegios que permitan a estas últimas competir en condiciones más ventajosas, quebrando por tanto la igualdad de oportunidades que es la base de la libre competencia. Ejemplos de esta hipótesis podrían consistir en una lesión del derecho fundamental a desarrollar cualquier actividad económica por la vía de que las empresas públicas del Estado o las sociedades estatales, en cuanto competidores, se beneficien: i) de una transferencia indebida a favor de aquéllas de secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas, o ii) del revelamiento a una industria en general de los mencionados secretos o reservas que se hallen en poder de autoridades públicas bajo el pretexto de dar cumplimiento al principio jurídico de la transparencia.

En atención a lo expuesto, el principio jurídico de la transparencia y el derecho a desarrollar una actividad económica interactúan en las siguientes formas: i) la Ley de Transparencia puede actuar como norma reguladora de la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21 (*“respetando las normas legales que la regulen”*), en cuanto alcance a ciertos agentes económicos públicos y privados; ii) las autoridades públicas responsables del principio jurídico de la transparencia deben promover (*“es deber de los órganos del Estado (...) promover tales derechos”*) la garantía contemplada en el inciso primero del artículo 19 N° 21, lo cual importa cumplir con lo dispuesto en el artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, y iii) el inciso primero del artículo 19 N° 21 opera como norma delimitadora del principio jurídico de la transparencia en cuanto constituye un límite extrínseco a esta última. Esta delimitación brota de la esencia del derecho a desarrollar una actividad económica, de forma tal que los contenidos de éste que resultan sustraídos al principio de la transparencia no son otros que los secretos y reservas necesarios para ejercitar este derecho de carácter económico. Así, el principio jurídico de la transparencia cesa ante los secretos o reservas necesarias para ejercitar el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, operando éste como límite del mentado principio.

#### V.9. La información desempeña un doble rol en el ámbito de la libre competencia.

I) Primera función de la información. Ciertos grados de información son indispensables para el funcionamiento de la ley de la oferta y la demanda y, por tanto, ciertas manipulaciones de aquélla pueden constituir ofensas monopólicas.

El bien jurídico libre competencia también considera la información como un elemento que, bajo determinadas circunstancias, puede resultar esencial para la preservación de la libertad de competencia mercantil.

Ya se había advertido por uno de los antiguos órganos antimonopólicos creados por el Decreto Ley 211, de 1973, que:

“Corresponde a la oferta y la demanda regular los mercados, sin interferencia de la autoridad, salvo para cautelar la debida transparencia con que deben actuar los entes económicos del respectivo mercado, de modo que prevalezcan solamente las firmas más eficientes en beneficio de los usuarios o consumidores. Los agentes económicos deben determinar claramente el precio o tarifa de cada uno de los productos y servicios que

comercialicen, precio que debe ser público para todos los interesados, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas. La falta de transparencia de la variable precio en un mercado esencialmente competitivo, constituye un atentado a la libre competencia. La ocultación de precios puede conducir a impedir toda política de optimización de la transparencia del mercado y puede ser la condición para establecer prácticas más lesivas, como el acuerdo de precios, la discriminación de ellos o el reparto de cuotas del mercado.”<sup>223</sup>

En efecto, se ha visto que la falta de publicidad en las condiciones de venta de un producto, lo que incide en el conocimiento que los agentes partícipes en el respectivo mercado relevante han tenido de aquéllas, constituye una ofensa antimonopólica<sup>224</sup>. Se desprende de un fallo de la Comisión Resolutiva que la información entregada en el mercado relevante debe ser veraz y completa. Esto significa que todo aquél que busque informarse tenga acceso a los términos de la venta, o del contrato que sea del caso, en las mismas condiciones que el resto de los agentes interesados. En otras palabras, nadie debe obtener una ventaja en el mercado por ser beneficiario de un trato discriminatorio como el antes descrito.

Según ya anunciábamos, la doctrina económica ha desarrollado extensamente la noción de transparencia, condición “sine qua non” del modelo de competencia perfecta. Entienden los economistas por transparencia de mercado una medida del conocimiento, que existe en un mercado determinado, de toda información relevante para que oferentes y demandantes adopten sus decisiones. Ahora bien, cuando este conocimiento es perfecto y completo la transparencia se presenta en su máxima medida, lo que por definición ocurre en el paradigma de la competencia perfecta.

De lo anterior se sigue que quien desarrolla actividades económicas ocupando una posición dominante y administra, en forma discriminatoriamente arbitraria, la información relativa a las condiciones de venta, disminuye la competitividad en la respectiva fase productiva. La disminución de competitividad se produce en la medida que el discriminador ejerce su poder de mercado y tal ejercicio sea abusivo por no hallarse objetivamente justificado.

Sobre el particular la Comisión Resolutiva, en su Resolución N°202, sentenció: “(...) un productor o competidor no puede discriminar injustificadamente entre sus compradores, ni ocultarles la información necesaria para que tomen sus decisiones, adecuada y oportunamente, ni inducirlos a error, ni a ellos ni a terceros, con informaciones erradas o falsas (...)”.

II) Segunda función de la información. Ésta puede ser objeto de la oferta y la demanda, lo que resulta explicado por la circunstancia de que la información, bajo determinadas circunstancias, es considerada también un bien económico.

Atendido el creciente grado de división del trabajo que caracteriza las sociedades contemporáneas, resulta cada vez más fuerte la brecha entre información “técnica” o altamente especializada y, por tanto, reservada a expertos e información “vulgar”, esto es, accesible a legos. Esta distinción tiende a ser coincidente con las categorías de información privada e información pública.

---

<sup>223</sup> Dictamen N°1032 emitido por la Comisión Preventiva Central el 3 de abril de 1998. En un sentido semejante puede consultarse también las Resoluciones N°349, N°381 y N°415, todas de la Comisión Resolutiva, y el Dictamen N°928/78 de la Comisión Preventiva Central.

<sup>224</sup> Resolución N°202 de la Comisión Resolutiva, comentada por Domingo Valdés Prieto en “La Discriminación Arbitraria en el Derecho Económico. Especialmente en la Legislación Antimonopólica”, pgs. 127-130, Santiago de Chile, Editoriales Conosur, 1992 y LexisNexis, 2000. También, Resolución N°75 de la Comisión Resolutiva.

Para que una información revista la calidad de bien económico es preciso que sea escasa y útil; luego, si esa información pasa al dominio público dejará de constituir un bien económico. De esta forma, resulta esencial distinguir entre información privada e información pública, puesto que sólo la primera, confluyendo las dos características anotadas, podrá ser considerada un bien económico.

**V.10.** La variedad de especies delictuosas – penales e infraccionales - corresponde a la variedad de secretos y reservas susceptibles de ser vulneradas y esta variedad, a su vez, obedece a la variedad de derechos y bienes jurídicos que se busca tutelar mediante la custodia de cierta información. De allí que los secretos y reservas exhiben una vasta y multiforme regulación en el orden jurídico, comprensiva del ámbito penal<sup>225</sup> e infraccional, destacando en este último lo antimonopólico<sup>226</sup>, lo represivo de la competencia desleal<sup>227</sup>, lo societario<sup>228</sup> y lo relativo al mercado de valores<sup>229</sup>, entre otros. Los secretos y reservas pueden emanar de normas jurídicas de diversa jerarquía, pudiendo éstas ser emitidas por autoridades públicas, por autoridades privadas o por simples particulares. Correspondientes a estos emisores, procede distinguir las siguientes relaciones jurídicas potencialmente configuradoras de secretos y reservas:

- a) entre un empleador y sus empleados;
- b) entre los socios de un negocio o emprendimiento;
- c) entre una sociedad (persona jurídica) y directorio (órgano máximo de administración);
- d) entre una empresa y alguna contraparte comercial, tales como competidores, proveedores y clientes;
- e) entre una empresa y alguna contraparte no comercial. En esta última hipótesis pueden inscribirse las relaciones de una empresa con órganos del Estado, las cuales son regidas por la Ley de Transparencia. Así, si la difusión de información sensible afectase derechos de carácter comercial o económico de la respectiva empresa, ello activaría reservas o secretos de conformidad con el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia.

**V.11.** Reservas o secretos referidos a información estratégica. Sólo esta segunda modalidad de reserva o secreto permite arrojar luces sobre el secreto “comercial o empresarial”, que en el ámbito de la libertad de competencia mercantil recibe la denominación de reservas o secretos referidos a información comercial o estratégica. El TDLC ha recibido solicitudes relativas a la confidencialidad que ha de dársele a determinadas piezas o documentos recopilados durante una investigación desarrollada por la FNE y acerca de preservar tal confidencialidad una vez incoado el proceso contencioso ante el propio TDLC. Constata el TDLC que durante una investigación administrativa realizada por la FNE como en el curso del proceso jurisdiccional consiguiente “pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos;”<sup>230</sup>. Para estos efectos opera el procedimiento previsto en el

---

<sup>225</sup> Artículo 284 del Código Penal.

<sup>226</sup> Artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211.

<sup>227</sup> Artículos 3 y 5 de la Ley que Regula la Competencia Desleal.

<sup>228</sup> Artículo 43 de la Ley de Sociedades Anónimas.

<sup>229</sup> Artículos 165, 85 y 59 de la Ley de Mercado de Valores.

<sup>230</sup> Resolución del TDLC del 13 de abril de 2006, considerando 18, dictada en Rol C N°77-05.



artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211, que permite determinar qué ha considerarse información comercial o estratégica y, como tal, susceptible de reserva o secreto. Así, el TDLC podrá decretar que determinados antecedentes tengan el carácter de secretos o confidenciales<sup>231</sup>.

La Ley 20.361, modificatoria del Decreto Ley 211 y publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 2009, introdujo dos nuevas limitaciones al principio jurídico de la transparencia. Éstas no se hallan desarrolladas en el Auto Acordado N°11/2008 sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, en atención a que éste fue dictado con anterioridad a la mencionada ley modificatoria.

Estas nuevas limitaciones se contemplan en los incisos tercero y cuarto de la letra a) y en la letra f) del artículo 39 y en los incisos séptimo y octavo del artículo 22, todos del nuevo texto del Decreto Ley 211.

De lo expuesto se pueden obtener al menos los siguientes elementos constitutivos del denominado secreto o reserva comercial o estratégico para efectos del Decreto Ley 211:

a) El secreto o reserva comercial o estratégico halla fundamento en el derecho constitucional a desarrollar cualquier actividad económica lícita y en su forma específica de libertad de competencia mercantil. Estos *derechos de las personas de carácter económico* operan como límite al principio jurídico de la transparencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 21 N°2 de la Ley de Transparencia, y por tanto constituyen causales de secreto o reserva;

b) Desde un punto de vista terminológico, los preceptos del Decreto Ley 211 y el Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC rompen con las voces *secreto* y *reserva* empleadas en la Constitución y la Ley de Transparencia para sustituirlas por *reserva* y *confidencialidad*.

c) Ámbito de aplicación del secreto o reserva comercial o estratégico: comprende toda actividad económica desarrollada en forma competencial, esto es, consistente en intercambios realizados a través de mercados. En este sentido, el secreto o reserva desde la óptica del Decreto Ley 211 exhibe un ámbito de aplicación mucho más amplio que el mal llamado “secreto empresarial” – en rigor industrial – contemplado en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial, que se agota en las actividades económicas calificadas como industriales.

d) Objeto del secreto o reserva en análisis, según aparece descrito en:

i) nuevos preceptos legales del Decreto Ley 211: informaciones o antecedentes ***que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular;***

ii) artículo 39, letra h), del Decreto Ley 211: ***antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros*** ,y

iii) Auto Acordado N°11/2008 emitido por el TDLC: ***secretos y/o procesos de producción, propiedad industrial, clientes y proveedores, estrategias de venta y/o marketing y estructuras de costos, que no sean del dominio público, o de cualesquiera otros cuya divulgación o uso pueda ocasionar perjuicios a su titular o a terceros.***

---

<sup>231</sup> Resolución del TDLC del 24 de mayo de 2006, considerando 4, dictada en Rol C N°60-05.

De estas descripciones se sigue que el secreto o reserva comercial o estratégico, desde una perspectiva del Decreto Ley 211 comprende no sólo lo industrial – que según ya explicamos es sólo un sector de lo comercial -, sino que también muchas otras formas de información privada relativa al negocio de un competidor y a sus productos, que recibe la denominación de “secreto comercial”. Esta denominación es también inadecuada toda vez que lo comercial es sólo un sector de lo económico y, por tanto, podría inducir al equívoco de interpretar que sólo se refiere a la fase productiva conocida como distribución y que se sitúa entre la producción y el consumo. Desde esa perspectiva resultaría más preciso aludir a secreto estratégico o económico. En todo caso, en las tres fuentes indicadas (i), ii) y iii)) se trata de listas abiertas tanto desde el punto de vista legislativo como reglamentario interno y cuya definición se delimita por sus consecuencias más que por sus objetos.

e) Efectos de la revelación de un secreto comercial desde una óptica antimonopólica. Legislativamente se consideran dos fórmulas: i) antecedentes o informaciones requeridas cuya entrega **pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros**, y ii) piezas del expediente o instrumentos **cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular**. Las diferencias entre i) y ii) no son menores:

i) la descripción ii), que alude a la aptitud competitiva, semeja bastante a la definición del mal llamado “secreto empresarial” regulado por la Ley de Propiedad Industrial que se refiere a que su mantenimiento en reserva *“proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”*. Por contraste, la descripción i) constituye indudablemente un caso particular de perjuicio que la entrega de información requerida podría irrogar a su titular; y

ii) desde una perspectiva subjetiva, la fórmula i) es más amplia toda vez que comprende los intereses – noción ya explicada – del titular de la información o de terceros, en tanto que la descripción ii) se agota en el titular de la información y no se extiende a terceros. Ambas definiciones legislativas coinciden en el sentido de que no es necesario un perjuicio ni una afectación significativa de la aptitud competitiva con carácter actual, bastando la potencialidad de que así ocurra.