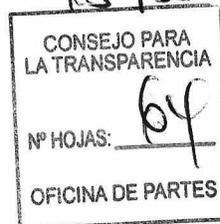


Santiago, 27 de diciembre de 2017

15933

Señor
Rodrigo Reyes Barrientos
Consejo Para la Transparencia
Presente



CPLT-27DEC2017-12:11

Estimado colega:

Derecho.

Adjunto el texto final del Informe en

Te saluda Cordialmente,

RAUL TAVOLARI OLIVEROS



TAVOLARI

— Estudio fundado en 1915 —

**INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 28
INCISO 2° DE LA LEY N° 20.285 DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS
PROFESOR DE DERECHO PROCESAL

TABLA DE CONTENIDO

I. Ámbito del informe: La sentencia pronunciada por el tribunal constitucional en los autos rol 2997-16-INA, declarando inaplicable el art. 28 inc. 2° DE la ley 20.285 a requerimiento del servicio de impuestos internos.....	4
I.I. Antecedentes	4
I.II. La decisión del TC de acoger el requerimiento.....	6
II. El SII como titular de derechos fundamentales lesionados por la aplicación del precepto legal cuestionado.....	11
II.I. Omisión de pronunciamiento en el fallo. Prevención.....	11
II.II. El problema de la titularidad de derechos fundamentales en personas jurídicas: la fuerza de la necesidad.....	13
II.III. El problema de la titularidad de derechos fundamentos en órganos de la Administración del Estado.....	20
III. La sentencia de inaplicabilidad no tenía incidencia sobre la gestión judicial pendiente.....	33
IV. ¿El artículo 28 ¿fue materia de control preventivo por el Tribunal Constitucional, en la tramitación de la Ley 20.285? Si lo fue, corresponde rechazar el requerimiento.	36
IV.I. Cosa Juzgada Constitucional.....	36
IV.2. Los efectos negativos de la cosa juzgada constitucional.....	39
IV.3. La situación particular del requerimiento de inaplicabilidad: el requerimiento declarado inadmisibile.....	40
IV.4. LAS HIPÓTESIS DE INADMISIBILIDAD	41
IV.5 El caso concreto.	46
V. Breve analisis de la sentencia desde la perspectiva de las impugnaciones.....	55
VI. CONCLUSIONES.....	61

Santiago, Diciembre de 2017

Señora
Andrea Ruiz Rosas
Consejo Para la Transparencia
Presente

Distinguida colega:

Se ha consultado mi opinión, en derecho, acerca de los fundamentos expresados por el Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada el 13 de junio de este año, en los autos Rol N° 2997-16-INA, dando lugar al requerimiento de inaplicabilidad deducido por el Servicio de Impuestos Internos – en adelante e, indistintamente, “el SII” – por o en contra del artículo 28 inciso segundo, de la Ley N° 20.285, de Acceso a la Información Pública.

I. ÁMBITO DEL INFORME: LA SENTENCIA PRONUNCIADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS AUTOS ROL 2997-16-INA, DECLARANDO INAPLICABLE EL ART. 28 INC. 2° DE LA LEY 20.285 A REQUERIMIENTO DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS.

I.I. Antecedentes

El texto del precepto legal materia del requerimiento es el que sigue (en negritas):

“Artículo 28.- En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.

El afectado también podrá reclamar de la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente

deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20.

El reclamo deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan”.

En concepto del requirente, el SII, en el caso concreto planteado, la norma en cuestión produciría efectos inconstitucionales, ya que impediría al SII deducir un recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones respectiva, contra una decisión del Consejo Para la Transparencia – en adelante e, indistintamente, “el CPLT” - que ordenaba entregar la información, en circunstancias que la negativa del Servicio, se fundaba en la causal del número 1 del art. 21 de la Ley N° 20.285, norma del siguiente tenor:

“Artículo 21.- Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y

persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”.

Los supuestos efectos inconstitucionales que denunció el SII, afectarían a los derechos consagrados en el art. 19 N° 3 de la Constitución, consistentes en el derecho a la igual protección de la ley, el derecho a defensa jurídica y el derecho a un debido proceso.

I.II. La decisión del TC de acoger el requerimiento.

En el **considerando 1°** de su sentencia, el Tribunal consigna que el SII negó la información, argumentando que la información pedida se regulaba en normas especiales, distintas a la la ley 20.285; que no se

pedía un documento existente, sino generar uno nuevo; que partes de la petición, se referían a elementos de deliberación previa y que ciertas declaraciones juradas, se amparaban bajo secreto o reserva de los arts. 35 y 60 del Código Tributario. Vale decir, el SII estimó que no se esgrimió la causal del art. 21 N° 1 de la Ley N° 20.285. Al mismo tiempo, este considerando consigna que, en el requerimiento, se objeta el art. 28 de la Ley N° 20.285⁽¹⁾. De ese modo, es un hecho indiscutido que la denegación de la información, no tuvo por fundamento el art. 21 N° 1 de la Ley N° 20.285 el que, por ende, no sería aplicable a la decisión del asunto.

En el **considerando 5°** del fallo, el Tribunal explicita que, en un requerimiento previo, respecto a esta misma norma, él había rechazado la solicitud, pero justifica la variación del criterio decisorio, en que ciertas particularidades del caso actual así lo aconsejaron, a saber, que, en el caso anterior, la información en cuestión ya había sido entregada y que el requerimiento formulado implicaba una “contienda” entre dos órganos públicos ⁽²⁾.

¹ Fs. 303-304.

² Fs. 305-306 La referencia está efectuada a la sentencia dictada por el TC, el 6.12.2016, en los autos rol 2895, por la que rechazó un requerimiento de inaplicabilidad formulado por el Alcalde de la I. Municipalidad de Algarrobo en contra de una decisión del CPLT.

Finalmente, los argumentos esgrimidos para acoger el requerimiento, se contienen en tres grupos de considerandos.

En los **considerandos 15° a 20°**, el TC argumenta que es una carga excesiva, agotar la vía administrativa y no tener, posteriormente, posibilidad de reclamar. Llamativamente, expresa que *“obligar al órgano de la Administración a optar por la vía del Consejo para la Transparencia para poder reclamar ante un tribunal, es decir, agotar la vía administrativa, le impone una carga abusiva si luego no puede reclamar ante tribunales”* (3). Nótese como la argumentación, así formulada, no apunta a efecto concretos de la aplicación de la norma al caso particular, sino que constituye un reproche general a la norma, en abstracto, que puede predicarse de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la posición del requirente.

En los **considerandos 21° a 29°**, el Tribunal discurre sobre la base de una “asimetría” entre órganos administrativos. Entre otras razones, esgrime que *“si una persona puede reclamar ante los tribunales por la decisión del Consejo que confirma la denegación que hizo el órgano de la Administración, no se advierte razón para negar esta posibilidad, si la causal invocada por el órgano de la Administración se refiere a que la publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones”* (4). También arguye que la norma *“parte de la base de que si el Consejo revocó la*

³ Considerando 19°, fs. 312.

⁴ Considerando 26°.

decisión de la Administración, que había denegado el acceso a una determinada información, esa decisión es correcta y no admite equívocos, toda vez que la margina de impugnación judicial” (5).

Finalmente, en los **considerandos 30° a 33**, el Tribunal se refiere a la historia fidedigna del establecimiento de la disposición en cuestión. Llamativamente, desde esta perspectiva, él cuestiona las razones expresadas en el Congreso para el establecimiento de la disposición, sin nunca identificarlas realmente del todo, formulando un reproche en abstracto a su establecimiento, sin consideración por efecto concreto alguno en el caso particular. Es decir, formula una censura directamente al legislador.

Lo llamativo del tema, es que el resultado práctico de acoger el requerimiento de inaplicabilidad, por una norma que no admite recurso en contra de una decisión, es que, en los hechos, el TC, establece, por su cuenta, un recurso que el legislador no ha contemplado, resultado que termina siendo contradictorio con lo que el mismo Tribunal ha decidido, como cuando en la causa rol 2381⁽⁶⁾, sostuvo que “...el derecho a defensa debe sujetarse a **las reglas de procedimiento racionales y justas establecidas por el legislador** y, por lo mismo, no puede emplearse como vía para allegar al proceso garantías que éste,

⁵ Considerando 25°.

⁶ Cfr. T.C. Rol 3281. (20.08.2013)

de acuerdo con los mandatos constitucionales, no ha considerado racionales y justas en la regulación de un determinado procedimiento. El derecho a defensa no comprende el acceso a todas y cada una de las garantías disponibles en cualquier tipo de proceso, sino sólo aquellas que pueden entenderse derivadas directamente del mandato constitucional y **aquellas que el Legislador ha establecido de conformidad con el mandato del artículo 19, numeral 3°, inciso sexto, de la Carta Fundamental.**⁽⁷⁾

En razón de estos tres temas argumentales, declara *“acoger el presente requerimiento por vulnerar la aplicación del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285 los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso...”* ⁽⁸⁾.

⁷ Decisiones como las dictadas en la causa sobre la que el presente informe versa, es lo que ha dado pábulo a que se entienda que que el TC, literalmente “enmienda la plana” al legislador, con el riesgo de que, según es hoy público y notorio, el afán de este Poder del Estado de restringir las competencias del TC., resulta cada día mayor.

⁸ Considerando 33°, fs. 316-317.

II. EL SII COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES LESIONADOS POR LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL CUESTIONADO.

II.I. Omisión de pronunciamiento en el fallo. Prevención.

Una de las objeciones formuladas por el CPLT, al responder al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, consistió en que el SII no es titular de un derecho fundamental al debido proceso, puesto que es un órgano administrativo, con personalidad jurídica de derecho público, creado para el cumplimiento de la función estatal, siendo en realidad un destinatario del deber de respeto a los derechos fundamentales y no titular de los mismos.

De este argumento, el Tribunal Constitucional, no se hizo cargo expresamente, sosteniendo, simplemente que el SII es titular de un derecho fundamental, concretamente, *“a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso...”* ⁽⁹⁾. Éste es un aspecto problemático del fallo, tanto por faltar la debida fundamentación de la decisión sobre un aspecto central a la misma - ¿por qué el SII sería titular de este derecho fundamental y legitimado activo en el requerimiento así planteado? - como por no hacerse cargo de todos los extremos relevantes de la discusión.

⁹ Considerando 33°, fs. 316-317.

De hecho, los ministros Carmona y García, concurriendo a la decisión de mayoría, dejaron una prevención, expresando que este punto sobre derechos fundamentales de personas jurídicas y órganos administrativos, es un *“argumento extremadamente espinudo y de ardua discusión en el derecho comparado”* ⁽¹⁰⁾, consignando que el TC ha expresado en fallos previos que *“la protección de personas jurídicas sólo es admisible cuando la naturaleza del derecho o interés tutelado lo justifique. En tal sentido, el reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales suele ser excepcional y restrictivo”* ⁽¹¹⁾. Acto seguido y pasando de personas jurídicas a, específicamente, órganos públicos personificados, la prevención hace notar que, en el derecho comparado, habría casos en que se permite a órganos públicos impetrar tutela constitucional de su derecho a la tutela judicial, existiendo una tradición en Chile, en orden a reconocer la posibilidad de que órganos públicos recurran de protección ⁽¹²⁾.

No obstante, tras constatar la excepcionalidad y el carácter restrictivo de tal situación, la prevención luego, simplemente, argumenta sobre la base de que, por admitirse recursos de protección por órganos públicos, el órgano público es titular de derechos fundamentales, agregando,

¹⁰ Fs. 317.

¹¹ Fs. 318.

¹² Fs. 319-320.

además, que el propio CPLT es un órgano público que, de prosperar su alegato, no podría comparecer ante tribunales por no poder “invocar derechos” (13). Es decir, un nuevo caso de decisión constitucional, desprovista de la densidad conceptual y dogmática constitucional que una decisión de este tipo, sobre un problema “*extremadamente espinudo y de ardua discusión en el derecho comparado*” (14) demanda.

Cabe comentar aquí, respecto del último punto de la prevención, que el argumento del CPLT, no consistió en que los órganos públicos no puedan actuar en la vida del derecho o comparecer en juicio conforme a sus leyes orgánicas sino, únicamente, en que *no son titulares de un derecho fundamental* consagrado en el art. 19 de la Constitución, de lo cual se sigue que no pueden existir efectos inconstitucionales para el requirente de la aplicación de la norma.

II.II. El problema de la titularidad de derechos fundamentales en personas jurídicas: la fuerza de la necesidad.

Formulada la salvedad precedente y entrando al problema de la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas, cabe hacer notar, preliminarmente, que la idea de derechos fundamentales, constituye una respuesta de raigambre liberal, frente a los embates del

¹³ Fs. 321.

¹⁴ Fs. 317.

poder estatal desatado y es, este dato histórico, unido al desarrollo dogmático-conceptual, siempre anclado en la individualidad humana, lo que torna compleja la perspectiva de extender o atribuir, en todo o parte, la noción de derechos fundamentales y sus sistemas de protección, a otras entidades, como a una persona jurídica o, más difícilmente, a un organismo público estatal. Comprensiblemente, las Constituciones europeas de la posguerra centraron el reconocimiento ⁽¹⁵⁾ iusfundamental en la persona humana, alineadas con la Declaración Universal de Derechos Humanos que se proclamaba por las naciones, ya en 1948, con un preámbulo tan clarificador de su ámbito de aplicación, como elocuente:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

¹⁵ Cfr. Ley 20.381 de 28.X 2009

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión [...]"

Igualmente, el Pacto de San José de Costa Rica refiere sus disposiciones, siempre, a la protección de la persona humana, no encontrándose reconocida en él garantía fundamental alguna, de debido proceso o cualquier otra clase, que se extienda a personas jurídicas. La Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es ilustrativa al respecto:

"70. Habiendo empleado en forma simultánea y conjunta los distintos criterios hermenéuticos establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, la Corte concluye que de una interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana, de buena fe, acorde con el sentido natural de los términos empleados en la Convención (supra párrs. 37 a 39) y teniendo en cuenta el contexto (supra párrs. 44 a 67) y el objeto y fin de la misma (supra párrs. 40 a 43), se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.

[Conclusión:]

El artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado”(16).

Es de notar, que la Corte traza la distinción, entre la falta de reconocimiento de derechos fundamentales a personas jurídicas en instrumentos internacionales y la posibilidad de que en el derecho interno de cada país, se reconozca a personas jurídicas ciertos derechos fundamentales(17), pero incluso, realizando tal distinción, observa que el estado de la cuestión, no es unánime en todos los países y que, en todo caso, el derecho interno de un país no puede ser invocado para interpretar el sentido de la Convención.

Aunque es profusamente discutida en la literatura jurídica, la pertinencia de extender la categoría de derechos fundamentales a personas jurídicas(18), cabe notar que, desde una perspectiva puramente

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Opinión consultiva OC-22/16», 2016, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf.

¹⁷ Ídem, párrafos 64-67.

¹⁸ Ángel J. Gómez Montoro, «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, n.º 65 (2002): 49-155; Cristian Andrés Larrain Páez, «Derechos fundamentales y persona jurídica en el derecho español», 2007; Héctor Hernández

funcional, no resulta mayormente problemático, en principio, reconocer a tales personas, la titularidad sobre ciertos derechos fundamentales, o sobre ciertos aspectos o facetas de los mismos o, a lo menos, la posibilidad de accionar sobre su base como un centro de imputación diferenciado de las personas individuales que las conforman, siempre, insistimos, desde una perspectiva *funcional*.

Si los derechos fundamentales protegen, principalmente, la libertad de las personas, su dignidad, honra, propiedad, su derecho a asociarse, a ejercer actividades económicas lícitas, etc., no resulta problemático entender, *a priori* que tales derechos, en el marco de organizaciones asociativas con reconocimiento jurídico para lograr sus fines, constituyan un objeto digno de protección por el ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico que, a su turno, contempla remedios e instrumentos finitos y determinados, dentro de los cuales el objeto de protección y la pretensión a su respecto, deben necesariamente ser encausados y canalizados, para activar la organización jurisdiccional y dispensar tutela a los bienes jurídicos en cuestión.

Esta extensión, en propiedad, es una que atañe a los *remedios constitucionales disponibles*, mediante la ampliación, a personas jurídicas, de un tipo de discurso justificatorio, predicado tradicionalmente de personas naturales, en una manera funcional a la

Basualto, «¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?», *Revista de derecho (Valparaíso)*, 2015, 217-63.

protección de la libertad de esas personas asociadas bajo el alero de la estructura societaria o corporativa. Esta extensión de la idea de derecho fundamental a una persona jurídica, apunta, simplemente, a una mejor protección de las personas individuales que se asocian bajo la estructura, jurídicamente reconocida, de una persona jurídica, respondiéndose así, a una necesidad de tutela judicial, en una forma que se sirve instrumentalmente del discurso justificatorio de derechos fundamentales.

A modo ejemplar, si a la sociedad profesional de responsabilidad limitada, creada a los efectos de desarrollar un determinado giro, se le impide arbitrariamente el desarrollo de su giro, por extensión se le impide su desarrollo a todos los socios profesionales que la integran y que, precisamente, se han organizado bajo tal forma societaria, con el fin de canalizar a través de un único “canal” jurídico-patrimonial todo el flujo de activos y pasivos que se suceden por el desarrollo del giro profesional societario. No es que la persona jurídica como tal, tenga realmente un derecho fundamental al trabajo o a desarrollar una actividad económica lícita: es que extendemos, a su respecto, los instrumentos de tutela jurisdiccional de dicho derecho para proteger de mejor modo, en último término, a las personas organizadas en esa estructura societaria.

Lo anterior, claro está, debe matizarse, cuando la persona jurídica de que se trata, es un órgano de la Administración del Estado, evento en

el cual, todos entendemos, no existe la posibilidad de que la afectación de eventuales garantías de la persona jurídica, se extienda a la afectación de los derechos de las personas naturales que en ella se cobijan. Es que, no hay modo de asumir, que se proyecte a la cautela de las garantías de estas personas naturales, una protección de derechos de un órgano estatal que, por definición y esencia, no está conformado por tales personas naturales.

De ese modo y a pesar de haberse instaurado, entre nosotros, la responsabilidad penal de las personas jurídicas – lo que ciertamente, cuesta enmarcar dentro de los principios jurídicos tradicionales - se entiende mejor que el Tribunal Constitucional haya negado en el pasado, la garantía judicial de no auto-incriminación a una persona jurídica, en el denominado caso “Pollos”⁽¹⁹⁾: esa garantía fundamental, integrante del catálogo de derechos judiciales a un debido proceso, no tiene mayor funcionalidad para la protección de las personas naturales involucradas, bastando, únicamente, que las personas naturales que las representan, ejerzan ellas, en su caso, el derecho a no auto-incriminarse. Si, como expresa el TC, existe un (cierto) consenso en cuanto a la posibilidad de reconocerles titularidad sobre (algunos) derechos fundamentales a las personas jurídicas, también lo habría en cuanto a que esto sólo es posible cuando la naturaleza del derecho o interés lo justifiquen y sólo en la medida necesaria ⁽²⁰⁾.

¹⁹ STC rol N° 2381-12.

²⁰ Ídem. Considerando 21°.

De lo que se trata, es de un déficit regulatorio, que se ha solucionado mediante la extensión de instrumentos de tutela constitucional de derechos fundamentales a personas jurídicas, pero que, para que así suceda ha resultado necesario que se reconozca, formalmente, bajo argumentos diversos, a tales personas jurídicas, como titulares de los derechos fundamentales que permiten activar esa tutela constitucional de emergencia o, a lo menos, aquellos derechos y en la precisa medida en que la persona jurídica puede razonablemente esperar tutela jurisdiccional de emergencia. En definitiva, la fuerza de la necesidad, es la que ha torcido las distinciones conceptuales otrora prístinas, para ajustar éstas a aquella, cuestión que, orientada al fin último, de proporcionar mayores niveles de protección a los derechos de las personas, agrupadas o no, se estima un desarrollo positivo.

II.III. El problema de la titularidad de derechos fundamentos en órganos de la Administración del Estado.

Con todo, la cuestión acerca de personas jurídicas y la extensión funcional a su respecto de categorías iusfundamentales con el fin de abrirles el catálogo de remedios judiciales disponibles, no responde a si los órganos personificados de la Administración del Estado, comparten idénticamente, tales derechos, como si se tratara de cualquier persona

jurídica. Una aproximación, que creemos acertada al tema, se contiene en dos párrafos de un informe en derecho sobre la titularidad de derechos constitucionales por personas jurídicas:

“Si bien existe debate constitucional acerca de si las personas jurídicas privadas son titulares o no de derechos fundamentales (y por ello, estarían facultadas de ejercer el derecho a la acción para la tutela de esos derechos), en materia de RP la ausencia de una regla definitoria en el Auto Acordado sobre el particular ha redundado en que las personas jurídicas están legitimadas para interponerlo, prima facie. El debate acerca de si tales personas son titulares de derechos fundamentales y si, por ello, están legitimados para interponer esta acción constitucional, proviene de una razón originaria ya que los derechos surgieron y se han fortalecido como derechos de los individuos frente al poder político. A esta razón histórica se suma otra estructural, ya que existen dudas que algunos derechos (como el de sufragio o el de matrimonio) puedan ser ejercidos por “personas ficticias”, como las definió Bello. ¿Todos los derechos consignados en el artículo 19 de la carta son atribuibles a las personas jurídicas privadas? ¿tienen derecho a la vida, a la integridad física, psíquica, a la honra? ¿poseen libertad de conciencia, creencia y de cultos? La doctrina cree que debe irse con cuidado en esto de reconocer derechos fundamentales a las personas jurídicas.

Hay que diferenciar, al menos, los tipos de derechos que se le atribuyan.

Titularidad de derechos fundamentales es aun más discutible en los casos de órganos del Estado (en un sentido amplio). Pienso que el asunto, en realidad, no merece gran discusión porque es bastante lógico que no tienen titularidad de derechos constitucionales. Y las razones que apoyan esta conclusión son de orden teórico, dogmático e históricas. Los derechos fundamentales nacieron como medios o instrumentos para garantizar una esfera de autonomía y autodeterminación a los individuos frente al estado y su poder sobre las personas. Aún los entendemos así. El constituyente creó esta acción justamente para que los particulares, los individuos, pudieran defender sus derechos frente a las actuaciones del estado, como un medio para fortalecer las defensas de las personas frente al poderoso estado, y no para atribuirle la acción a sus órganos. Además la protección surgió teniendo como modelo el recurso de amparo y esta acción no puede interponerla el estado (“en su interés”). Ciertamente, y lo más importante, según la Constitución ningún órgano del estado es titular de derechos constitucionales. Los derechos se atribuyen a personas pero no a los órganos del estado. Sin embargo, la “personalización” o “personificación” de los entes públicos,

sobre todo, de entes creados por ley que tienen el carácter de personas jurídicas (y patrimonio propio) para fines públicos (como las municipalidades), ha ido extendiendo la legitimidad hacia estos entes, en una verdadera deformación del derecho público. Que la jurisprudencia reconozca legitimidad al estado, es un signo de la decadencia de la acción de protección, y del sentido de la constitución⁽²¹⁾".

La persona, en oposición al Estado, goza de garantías fundamentales. En cambio, el Estado se sujeta al *principio de legalidad*: lo que un órgano del Estado puede hacer o no hacer viene delimitado exclusivamente por normas de competencia y atribución de potestades legales, y acordemente lo que puede reclamar es que se ha vulnerado la ley y, con ella, alguna prerrogativa o potestad que ella le reconoce. Pero la extensión de sus potestades (sus mal llamados "derechos") y competencias se encuentran fijados por la ley dictada conforme a la Constitución. Es necesario recordar que la Constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de éstos con los ciudadanos, de modo que conforma también un conjunto de reglas fundamentales que se aplica al ejercicio del poder estatal.

²¹ Gastón Gómez Bernaldes, "Recurso de Protección. Informe de Jurisprudencia 2001-2006 frente a Actos o Omisiones Cometidos por Órganos del Estado para el Ministerio de Obras Públicas", 2008, págs.. 8-9.

La Constitución determina la organización del Estado y limita la actuación de sus órganos mediante la ley y la Constitución, reconociendo garantías fundamentales a los destinatarios del poder estatal: las personas. De esta forma, son las personas de cara al poder estatal, quienes gozan de derechos fundamentales - derecho a un debido proceso entre ellos - y no los órganos del Estado, para los cuales tales garantías constituyen límites de actuación, cotos vedados a su actuar, que no pueden ser transgredidos.

En un caso muy difundido por la prensa, conocido como “Caso Bombas”⁽²²⁾, el Ministerio Público dedujo un recurso de nulidad en contra de la decisión del Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que por sentencia de 13 de julio de 2012 absolvió a los imputados de la causa. El recurso se fundó, entre otras causales, en que se habría afectado su derecho a un debido proceso (art. 19 N° 3 de la Constitución en relación con el art. 373-A del Código Procesal Penal).

La Corte Suprema rechazó contundentemente dicha tesis. Luego de un análisis histórico de la garantía del debido proceso, y su sentido como garantía frente al poder, aseveró que:

“el due process of law no está concebido para el Estado en cuanto ejerce el poder punitivo, sino para el imputado que es el sujeto pasivo de ese poder y con el claro objetivo de frenar

²² Corte Suprema, 10 de octubre de 2012, Rol 5654-2012.

los excesos propios que se advirtieron durante muchos años en que el proceso fue empleado como un mero argumento de forma, más que como el desarrollo de un conjunto de etapas en que el acusado tuviera oportunidades mínimas de ejercer su defensa”⁽²³⁾.

Con ello, tal como lo constató la Corte, lo que el legislador hizo fue precisamente situar al persecutor estatal de cara al derecho constitucional reconocido al imputado, fijándole límites, y no como destinatario del mismo:

“en un aspecto más formal, el texto del artículo 19 de la Constitución Política, expresa: “La Constitución asegura a todas las personas”, lo que deja en claro que los derechos que a continuación establece lo son sólo para estas últimas: las personas (sean éstas naturales o jurídicas, aunque estas últimas sólo respecto de derechos muy específicos) y no de órganos del Estado, que es la calidad que inviste el Ministerio Público. Para la mejor comprensión de este tema, es necesario recordar que la Constitución Política fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con los ciudadanos, de modo que conforma también un conjunto de reglas fundamentales que se aplican al ejercicio del poder estatal”.

²³ Considerando 10°.

Tal y como lo establece el art. 6° de la Constitución, los órganos del Estado se someten a la ley y a la Constitución, pero no son titulares de derechos bajo la Constitución:

“Siendo un órgano del Estado y, por lo tanto, investido de amplias facultades para desarrollar sus labores propias –sin perjuicio de las limitaciones que tiene en cuanto a diligencias que afectan garantías fundamentales- goza naturalmente de las potestades que el legislador le ha señalado, tanto en la misma Carta Fundamental, cuanto en su Ley Orgánica, como en el Código Procesal Penal y otros cuerpos normativos, y sin embargo, la Constitución le señala como límite al que debe ceñirse y al que debe someter su actuación, entre otros, las garantías y derechos que emanan (entre otros) del derecho al debido proceso reconocido en el artículo 19 N° 3 a las personas que en este caso puedan ser sujetos de la investigación que pueda llevar adelante el Ministerio Público.

¿Cómo podría pretenderse que dicho órgano estatal esté limitado en su actuar por los derechos que ese precepto reconoce al imputado y que al mismo tiempo tales derechos puedan ser invocados por el mismo persecutor obligado a respetarlos?”

Tras exponer una serie de argumentos históricos, dogmáticos y políticos, la Corte Suprema enuncia la conclusión relevante al caso que

nos convoca: el Ministerio Público – un órgano (autónomo) del Estado – no es titular de derechos fundamentales:

*“A consecuencia de lo que se viene analizando, es posible concluir que las garantías a que se refiere el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal están establecidas en beneficio del imputado y no del Ministerio Público ni del Estado querellante, de modo **que éstos últimos no pueden recurrir de nulidad por esta causal, quedándoles a salvo naturalmente, las restantes causales y medios de impugnación que establece el Código Procesal Penal**”⁽²⁴⁾.*

²⁴ En este caso – derecho al recurso en contra de la sentencia penal que absuelve - es más fácil compatir la conclusión de la sentencia que sus fundamentos, porque no obstante la contundencia de los argumentos que otorgan al recurso, militancia entre las garantías de un proceso debido, una importante corriente estima que, en materia penal, el recurso opera sólo en favor del imputado y no del acusador. Descansa esta opinión en los términos de los Pactos Internacionales citados, lo que me lleva a reiterar que el art. 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que **“toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”**, en tanto que el Pacto de San José de Costa Rica reconoce **“a toda persona inculpada de delito”**, el derecho, durante el proceso, en plena igualdad, a la garantía mínima, consistente en el **“derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”** (art. 8 N° 2 letra h).

De allí que, Maier, por ejemplo, afirme que el recurso contra la sentencia, ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento y que corresponde también a los acusadores, en especial al fiscal, para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distinto del condenado penalmente; deberá perder así, piensa él, su carácter bilateral – el de ser facultad de todos los participantes – para transformarse en un derecho exclusivo del condenado, a requerir la doble conformidad de la condena.

Teniendo presente que, históricamente, se explica que los derechos fundamentales fueron reconocidos para proteger a la persona de los excesos del Estado, cabe preguntarse cómo podríamos justificar que éste también sea titular de los mismos, puesto que, con palabras de Luigi Ferrajoli, “se trata de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría”(25), esto es, dicho de otro modo, son “atributos de los individuos frente al poder”(26). Todo lo anterior, es reconocido expresamente, en el texto de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 1° señala: “El Estado está al servicio de la persona humana”.

La explicación que echa en falta Ferrajoli, a nuestro juicio, consiste en entender que, bajo el lenguaje de los “derechos fundamentales”, se intenta resolver otro tipo de problemas, cuando se trata de órganos de la administración del Estado. Pues, finalmente, de lo que se trata es que el órgano de la Administración del Estado está mandatado para cumplir ciertos fines dentro del marco de la Constitución y la ley, y una divergencia sobre la extensión o ámbito de sus potestades con respecto

En general en los Estados de los Estados Unidos de América, se entiende que conceder al acusador, derecho a un recurso en contra de la sentencia absolutoria, vulneraría la garantía del double jeopardy, esto es, el principio del non bis in idem.

²⁵ Derechos Fundamentales, en “Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales”, Editorial Trotta, 4ª ed. 2009, p. 38;

²⁶ Eduardo Aldunate Lizana. “Derechos Fundamentales”, Thomson Reuters, 2008, p.159.

a otro órgano de la Administración del Estado gatilla un *conflicto de competencias* entre ambos. Sin embargo, ese conflicto de competencias no se genera en el vacío, sino a propósito de casos particulares, regulados por leyes especiales. Con frecuencia, entonces, los remedios y vías de solución del conflicto de competencia entre ambos órganos serán nada más que aquellos que el legislador o el constituyente han franqueado para la tutela de derechos fundamentales. Cuando al Ministerio Público se le impide comparecer a una audiencia penal, se “amaga su derecho a defensa judicial” en el sentido que se le impide ejercer a plenitud el mandato legal que, en su concepto, está llamado a cumplir. Cuando al Ministerio Público se le impide recurrir, se “amaga su derecho al recurso” en el sentido que, sobre esa particular materia, alguien le impide ejercer sus competencias en plenitud. Pero cuanto es realmente de su competencia está delimitado por el legislador, como cuestión de legalidad, de modo tal que si el agente de la interferencia es un privado u otra agencia estatal, se admitirá eventualmente que active mecanismos procesales que se valen del discurso justificatorio iusfundamental, pero cuando la “interferencia” es nada menos que una decisión legislativa de configurar su competencia o posibilidades de actuación de ese modo, no hay sustento para la instrumentalización de remedios iusfundamentales.

Más ampliamente, podemos sintetizar el punto expresando que, dentro del proceso jurisdiccional, existen ciertos deberes de corrección que el Estado debe observar, aunque no exista un titular de un derecho

correlativo a esa corrección. El debido proceso jurisdiccional, no alcanza a legitimarse, debidamente, si al órgano estatal, por impedimentos distintos a la decisión legislativa, se le imposibilita participar del mismo, rindiendo prueba de cargo, por ejemplo. En tal sentido, aunque, en general, el juicio jurisdiccional supone la *posibilidad* de un debate bilateral para legitimar la sentencia frente a la comunidad, esto es, para dotarla de “auctoritas”, y en esa medida, y nada más que en esa medida, reconocemos a órganos del Estado, desde una perspectiva puramente *funcional*, la posibilidad de valerse de ciertos mecanismos que se basan en discursos justificatorios iusfundamentales, con el sólo objeto de que el ejercicio de sus competencias no se vea entrampado y la calidad de la decisión jurisdiccional decaiga por tal motivo, corrigiéndose el hecho por medio de un instrumento de tutela constitucional. Esto no debe hacernos olvidar que se trata de un problema puramente competencial y la corrección al entorpecimiento del debido ejercicio de tal competencia. Pero, de nuevo, cuando es el propio Estado el que ha tomado la decisión de configurar un determinado régimen de actuación para sus órganos, lo único relevante, desde una perspectiva de derechos fundamentales, es cómo dicha configuración pueda impactar a las personas y no al propio Estado. Bajo esta perspectiva, lo problemático es privar al individuo de su derecho al recurso, y no limitar la competencia de un órgano administrativo para deducirlo, en su caso.

Establecido lo anterior, y a propósito de ese “derecho al recurso”, debe recordarse que tal derecho, de raigambre supranacional y vinculado siempre a personas naturales, no precisa de ningún recurso en específico o siquiera demanda que toda decisión, administrativa o judicial, sea siempre revisable por otro órgano. La existencia de procedimientos judiciales en única instancia es perfectamente compatible con el derecho al recurso, y el derecho al recurso, que en Chile se construye a partir de los tratados internacionales de derechos humanos por remisión del art. 5º de la Constitución, está siempre referido en los instrumentos internacionales pertinentes a la *persona humana*, no a las personas jurídicas.

El fallo del Tribunal Constitucional, parece discurrir sobre la base de la “necesariedad” de una reclamación judicial de la decisión del CPLT a todo evento, como si el derecho al recurso, exigiera que toda y cualquier decisión final del CPLT fuere revisable en sede jurisdiccional.

Lo cierto es que el debido proceso no formula tal exigencia, ni impone ese recurso o reclamación en específico; más todavía, ese derecho al recurso asiste a personas naturales, y no al propio Estado, que ha auto-limitado sus potestades a ese específico respecto, por razones bien fundadas y atendibles por lo demás (desincentivar el uso indiscriminado de la invocación a la afectación de las funciones del servicio, cuestión por completo abierta, subjetiva, y casuística), precisamente en aras de

proteger mejor a la persona frente a la Administración y elevar los estándares de transparencia pública.

En suma, los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Chile no reconocen en las personas jurídicas la titularidad sobre derechos fundamentales. En el derecho interno, se reconoce por vía jurisprudencial la titularidad de personas jurídicas sobre ciertos derechos y sólo en la medida necesaria, en una perspectiva puramente *funcional* a la mejor protección de las personas naturales asociadas en torno a la persona jurídica. Si no tiene sentido la garantía en relación con la persona jurídica, o ella no es compatible, no puede ser invocada por la persona jurídica. El panorama es radicalmente distinto tratándose de órganos de la administración del Estado: los conflictos de competencia manifestados a través de casos judicializados, a veces se resuelven por recurso a instrumentos de tutela jurisdiccional que suponen un discurso justificatorio fundamental. Pero esa solución, puramente pragmática, no debe hacernos olvidar que los derechos fundamentales son límites para el Estado a favor de la persona humana, y sólo ésta es titular de derechos fundamentales. Por ello, cuando el Estado decide auto-limitarse, restringiendo la posibilidad de ejercer un recurso o reclamación en ciertos casos, ello constituye una regla de competencia para el órgano administrativo, y no la vulneración de un derecho fundamental anterior y superior a la legislación: el órgano administrativo nada tiene, o siquiera existe, con anterioridad o por sobre la ley.

¿Cómo olvidar que el Estado está “al servicio de la persona humana...” (art 1º inc. 4º Constitución P. de la R.) y no a la inversa?

El Tribunal Constitucional yerra en su proceso decisorio cuando, sin ver que se trata de una regla de competencia, atribuye en cambio, al órgano de la administración, un “derecho fundamental al recurso”, enmendando la plana al Poder Legislativo, que decidió restringir la competencia de la entidad en aras de mejor proteger a las personas y fomentar la transparencia.

III. LA SENTENCIA DE INAPLICABILIDAD NO TENÍA INCIDENCIA SOBRE LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE

Como se dijo antes, en el considerando 1º del fallo que se analiza, el Tribunal Constitucional consignó los específicos argumentos esgrimidos por el SII para denegar la información a su solicitante. El SII negó la información argumentando:

- que la información pedida se regulaba en normas especiales distintas a la ley 20.285,
- que no se pedía un documento existente, sino generar uno nuevo,
- que partes de la petición, se referían a elementos de deliberación previa, y

- que ciertas declaraciones juradas se amparaban bajo secreto o reserva de los arts. 35 y 60 del Código Tributario.

Vale decir, el SII, no esgrimió la causal del art. 21 N° 1 de la Ley N° 20.285 para denegar la información. Y la reclamación del solicitante ante el CPLT, se efectuó sobre la base de los argumentos esgrimidos por el SII y no otros. El mismo considerando 1° del fallo en comento, consigna que, en el requerimiento, se objeta el art. 28 de la Ley N° 20.285 como inconstitucional. De ese modo, efectivamente, es un hecho indiscutido, que la denegación de la información, no tuvo por fundamento el art. 21 N° 1 de la Ley N° 20.285.

Lo anterior ha quedado corroborado, con lo resuelto por la I.Corte de Apelaciones de Santiago, la que, pronunciándose precisamente sobre el tema, sostuvo que “...los fundamentos jurídicos del Servicio que sirven de base a la presente reclamación, no guardan relación alguna con los descargos que formuló ante el Consejo para fundamentar su decisión de negar la información. **Ninguna referencia hizo a la normativa que ahora invoca, en particular el artículo 21, numerales 1 y 5, de la ley que rige la materia, por lo que en su sentencia el Consejo no pudo pronunciarse al respecto y en esta virtud, la necesaria conclusión es que por la vía de la presente reclamación se plantean cuestiones que exceden el ámbito de lo debatido y**

respecto de lo cual se pronunció la Decisión de Amparo que se impugna...”(27).

Este desajuste, entre los fundamentos para denegar la información, que fueron conocidos por el CPLT y luego sujetos a revisión por la Corte de Apelaciones y el fundamento del requerimiento, determinó que, bien pensadas las cosas, la norma cuestionada en éste no debería haber tenido incidencia sobre el asunto pendiente ante la Corte de Apelaciones.

El fallo del TC no debió haber tenido efecto sobre dicha gestión judicial, por cuanto la causal de reserva invocada por el SII, sólo fue un argumento formulado *ex post*, como materia de un reclamo de ilegalidad, en circunstancias que los motivos para denegar la información, fueron otros, ya sintetizados aquí. A su turno, es sobre la base de esos otros argumentos, que el CPLT se pronunció, rechazándolos.

Por ende, al controlarse la decisión del CPLT por la judicatura ordinaria, ésta se debió centrar en los motivos para denegar la información y la decisión adoptada a su respecto, no debiéndose considerar justificaciones diferentes, formuladas *ex post*, para verificar la legalidad de la decisión adoptada en su momento por el CPLT.

²⁷ Cfr: C Apelaciones de Stgo. Rol 11.884/2015(1.09.2017)

Cabe recordar que esto fue hecho presente al TC, el cual, sencillamente, lo desestimó, en un escueto párrafo del considerando 4°, opinando que existe “una razonable proyección de que la norma puede aplicarse” (sic).

En nuestra opinión, el fallo así dictado, carecía de incidencia sobre la gestión judicial pendiente, toda vez que la reclamación de ilegalidad sólo tiene por norte la verificación de la legalidad de la decisión adoptada por el CPLT, y a su turno ésta sólo se pronunció sobre los argumentos esgrimidos por el SII para denegar la información, que nada tienen que ver con la causal de denegación de información a que se refiere este requerimiento. Esto debió ser advertido en etapa de admisibilidad, y no haberlo hecho, lamentablemente, redundó en lo que nos parece es, o debió ser, la inutilidad de la sentencia constitucional.

IV. ¿EL ARTÍCULO 28 ¿FUE MATERIA DE CONTROL PREVENTIVO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN LA TRAMITACIÓN DE LA LEY 20.285? SI LO FUE, CORRESPONDE RECHAZAR EL REQUERIMIENTO.

IV.I. Cosa Juzgada Constitucional

Coincidiendo con quienes opinan que la justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado Constitucional, en cuanto supone la consagración del principio de suprallegalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del

principio de división del ejercicio del poder político, debe inferirse que el control de constitucionalidad, es el mecanismo de defensa de la Constitución; por lo tanto, medio de control del ejercicio del poder político, haciendo efectivos los límites a su ejercicio, previstos por la Constitución; y finalmente, constituyendo el instrumento de protección y defensa de los derechos humanos.

Adhiero a la consideración relevante que se confiere a la cosa juzgada, sea en cuanto preservadora de la coherencia del ordenamiento jurídico⁽²⁸⁾, sea como regla para la existencia del discurso jurídico, sea como elemento indispensable para la afirmación del poder estatal, sea como corolario del derecho de acción sea, en fin, como corolario del principio de la seguridad jurídica⁽²⁹⁾.

Estimo que el análisis de la “Cosa Juzgada en el control de constitucionalidad” no puede abordarse sin un previo y breve desbrozar de los contenidos del enunciado. Es que en él subyace, como elemento determinante, aunque no se le nombre, el de la sentencia constitucional.

⁽³⁰⁾ Es a ella – o a sus efectos – de seguirse la concepción de Liebman,

²⁸ Cfr: Jordi Nieva F. “La Cosa Juzgada” Atelier. Barcelona 2006. p. 82.

²⁹ Cfr: Luiz Guilherme Marinoni “Decisión de Inconstitucionalidad y Cosa Juzgada”. Comunitas.Lima 2008.; Cándido Rangel Dinamarco “Instituições De Direito Processual Civil” III Malheiros Edit Sao Paulo 2001. p. 296.

³⁰ Sobre el tema de las sentencias constitucionales, extensamente, Juan Colombo C “Tribunal Constitucional: Integración. Competencia y Sentencia” en “Reforma Constitucional” (F. Zúñiga Coordinador) Lexis Nexis Stgo. 2005. pp. 576 a 592.

a la que ha de quedar referida la cosa juzgada y, en consecuencia, un tema de método básico impone, en primer término, referirse a dicha sentencia.

Al efecto, es útil recordar, más que una definición, una suerte de verdadera descripción que efectuara un autor, consignando que “...*la sentencia constitucional es un acto en el cual se reúnen circunstancias políticas, realidades jurídicas y evidentes necesidades de interpretación fundadas en la hermenéutica constitucional...*”.

La referencia a la “cosa juzgada” en el control constitucional no autoriza, necesariamente, a demandar la concurrencia de las condiciones, exigencias y requisitos que para la cosa juzgada se han determinado en el campo del proceso civil.

El requerimiento para que se declare inaplicable un precepto legal, podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal, en que se advierta que la aplicación de un precepto legal, que pueda ser decisivo en la resolución del asunto, resulta contraria a la Constitución. (art 47 C).

Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos

los efectos legales. Podrá ser declarado inadmisibles (artículo 47 F) en diversos casos, de los que destaco, para estos efectos, el señalado en el numeral 2 de la norma:

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

IV.2. Los efectos negativos de la cosa juzgada constitucional

Propongo bajo este rótulo, contestar a la interrogante en torno a si un requerimiento no acogido por el Tribunal puede renovarse y la respuesta dependerá del motivo por el cual no se le acogió:

Del análisis de los temas sobre los que el T.C. emite decisión, queda en claro que aparecen a lo menos, y conforme a la confusa terminología del legislador, tres motivos para no dictar sentencia dando lugar a lo que se pide:

- a) La circunstancia de que un requerimiento no sea acogido a tramitación;
- b) La circunstancia de que un requerimiento sea declarado inadmisibles y

c) La circunstancia de que, sustanciado el requerimiento, sea rechazado, por estimar el T.C. que no existió vulneración constitucional.

IV.3. La situación particular del requerimiento de inaplicabilidad: el requerimiento declarado inadmisibile.

Posiblemente, el cambio de mayor relevancia introducido a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en el ámbito de las tramitaciones, dice relación con las causales de inadmisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad.

Hasta antes de la reforma, los motivos de inadmisibilidad reconocidos por la jurisprudencia del T.C. eran:

- a) Inexistencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial;
- b) Que la aplicación del precepto legal impugnado no resultara ni pudiere resultar decisivo en la resolución de un asunto;
- c) Que la impugnación no estuviere fundada razonablemente;

Hoy, (art. 47 F) se han agregado:

1° Que el requerimiento no sea formulado por una persona u órgano legitimado;

2° Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

IV.4. LAS HIPÓTESIS DE INADMISIBILIDAD

Me detengo en la segunda de las causales anotadas, esto es, la que proclama que será declarado inadmisibile el requerimiento siempre:

“Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”

Esta hipótesis – a la cual la Ley no le asigna denominaciones – corresponde al efecto negativo de la cosa juzgada, esto es, la prohibición de volverse a juzgar, lo que ya fue materia de decisión jurisdiccional.

Se advierten los elementos determinantes para producir este resultado: un mismo precepto legal y un mismo vicio imputado - o analizado - como eventual contradictor del texto constitucional.

El control “preventivo” de constitucionalidad es el que tiene lugar, obligatoriamente, antes de que el proyecto o las normas respectivas entren en vigencia y puede ejercerse, sea por mandato constitucional, en atención a la naturaleza de la disposición o del proyecto (los casos previstos en el numeral 1 del artículo constitucional 93 que se refieren al control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, **de la leyes orgánicas constitucionales** y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas antes de su promulgación) o puede, además, verificarse, si durante la tramitación de un proyecto de ley se promueve una cuestión de constitucionalidad (art 93 n°3).

Posiblemente, lo más interesante que impone la disposición, es la determinación de los denominados límites objetivos de la cosa juzgada, vale decir, la determinación de la parte de los fallos que provoca este efecto negativo: ¿se trata solamente de lo decisorio o comprende también aquello que el tribunal consignó en sus motivaciones para fundar su resolución

Puesto que el texto de la ley 17.997 exige se compruebe que el vicio que se imputa en el requerimiento, haya sido materia de decisión al

ejercerse el control preventivo, me parece incuestionable que para resolver la controversia, resultará indispensable analizar las motivaciones del TC al ejercer su control preventivo, establecido, por lo demás que, usualmente, la decisión final de constitucionalidad se limita a sostener que el precepto legal consultado transgredió, o no, la normativa constitucional, sin detallar los aspectos que se tomaron en cuenta para efectuar el control.

Con todo, aunque resulta necesario reparar en que este precepto, en la práctica, recoge la idea de un control abstracto de constitucionalidad, carácter que, incuestionable e inevitablemente, tiene el llamado “control preventivo”, es evidente que la interpretación final del tema viene dada por los términos de las normas de cuya constitucionalidad se duda. Así, si como acontece en la especie, el precepto establece que la resolución que emita el Consejo para la Transparencia acogiendo (o rechazando) una solicitud, no será impugnable por recurso ante la Corte de Apelaciones, no resulta posible efectuar la distinción entre control abstracto y control concreto, porque no se divisa modo alguno, en que una redacción tan simple, admita una lectura determinada en un caso y otra, en uno diverso.

Aparece, así, la relevancia de lo que, en el ámbito de la cosa juzgada tradicional, se denominan los “límites objetivos”, porque parece evidente que, si con motivo de este control preventivo obligatorio, el TC declaró constitucional la norma, él no pudo haber dejado de reflexionar acerca de sus términos, modalidades o de las circunstancias que pudieron

haber hecho discutible su constitucionalidad. En casos de normas como la que es materia de este informe, de redacción simple, breve y clarísima ¿no resulta evidente que el requerimiento que pretende su inaplicabilidad, a pesar de tal estudio preventivo del T.C. debe ser declarado inadmisibile, porque no cabe, dado los términos del artículo, efectuar la distinción entre el caso concreto y el control abstracto.

El antiguo artículo 82 de la Constitución Política, establecía que, si el Tribunal Constitucional había fallado que un precepto legal se ajustaba a la Constitución, la Corte Suprema no podía declararlo inaplicable por el mismo motivo – vicio, rezaba la norma constitucional – que hubiere sido materia de la sentencia del TC. La referencia al “mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”, induce a pensar que se trataba de idéntico reproche formulado en uno y otro requerimiento, con lo que se **descartaba, en principio, la idea de que el control preventivo fuere el obligatorio, toda vez que en éste, no se imputa a la norma vicio algun**, pero, sin perjuicio de lo asentado en el párrafo precedente, me parece incontrovertible, que si el reproche constitucional que se formula en el requerimiento de inaplicabilidad, es idéntico al que motivó, durante el tránsito legislativo, la cuestión de constitucionalidad, el sentido de esta norma es que debe declararse inadmisibile el requerimiento, con lo que **pasamos de un control concreto de constitucionalidad, a uno abstracto.**

Si, en cambio, como acontece en este caso, no hubo cuestión de constitucionalidad promovida en la tramitación, en el control preventivo debieron haberse cotejado exhaustivamente, con las normas constitucionales, las características más llamativas de la institución, esto es, debió haberse efectuado una revisión completa del ámbito de aplicación de las normas legales en estudio, so riesgo que, si así no aconteció, el control preventivo carece de toda utilidad y sentido o, en todo caso, el rol de guardián de la Constitución que se atribuye al TC, queda en severo entredicho.

En palabras diversas, si una norma legal que se somete a la consideración prepromulgatoria del TC, establece que una decisión administrativa o una resolución judicial final, no son impugnables por apelación como lo son – en el proyecto imaginario – todas las demás decisiones o resoluciones finales y el TC, en su control preventivo, declara que ese texto se ajusta a la Carta, no se divisa cómo, sin vulnerar lo dispuesto en el art 47 F N° 2 de la ley Orgánica Constitucional del Tribunal (N° 17.997)⁽³¹⁾ se podría, más tarde, declarar admisible siquiera, un requerimiento que persiga la declaración de inaplicabilidad del mismo texto.

³¹ Art 47 F N° 2: “Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;”

No puede desconocerse que la importancia que el constituyente le atribuyó al control preventivo de constitucionalidad, en el sentido de verificar la conformidad del texto legal sometido a su examen, con toda la extensión de la Carta Fundamental descansa en la necesidad de dotar a la norma de certeza jurídica, en sus supuestos concretos de aplicación.

IV.5 El caso concreto.

Mediante sentencia de 10 de julio de 2008, dictada en autos rol 1051-2008, el Tribunal Constitucional ejerció el control de constitucionalidad que prevé el art. 93 N° 1 de la Constitución, sobre el proyecto de ley en cuestión, **incluyendo en dicho análisis, al artículo 28 de la norma en comento.** Conforme a dicha sentencia, el art. 28 inc. 2° tiene carácter de ley orgánica constitucional:

“VIGESIMOSEGUNDO. - Que, a su vez, son propias de la Ley Orgánica Constitucional que regula la Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia indicada en el artículo dictada en autos rol 77 de la Carta Fundamental, los preceptos siguientes:

DEL ARTÍCULO PRIMERO, que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado:

-artículo 2o, inciso cuarto;

- artículo 28**, incisos *primero*, **segundo** y *tercero*;
- artículo 29*;
- artículo 30*, inciso *sexto*;
- artículos 37 y 38” (énfasis agregado)

En definitiva, el Tribunal Constitucional declaró que el precepto en comento se ajusta a la Constitución:

“2. QUE SON CONSTITUCIONALES LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE LEY REMITIDO:

[...]

-artículo 28, incisos primero, segundo y tercero” ⁽³²⁾.

En relación con el anterior pronunciamiento, resulta necesario considerar su efecto sobre la posibilidad de cuestionar la aplicabilidad del precepto legal por inconstitucionalidad, en una gestión judicial pendiente, atendido el tenor del artículo 37 de la Ley N° 17.977 Orgánica del Tribunal Constitucional:

“Artículo 37.- Habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto

³² Sobre el inciso 4° no se pronunció por estimar que no contiene una norma propia de Ley Orgánica Constitucional.

ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política, en los términos señalados en los artículos anteriores, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”.

De este modo, el artículo 37 regula dos situaciones en cada inciso: el primer caso, es aquél en que existe pronunciamiento previo vía control preventivo del precepto legal en cuestión, y el segundo caso, en el segundo inciso, regula la (im)posibilidad de plantear un nuevo requerimiento respecto al precepto si sobre un requerimiento anterior por el mismo vicio ya recayó sentencia desestimatoria, declarándolo constitucional.

Correlativamente, regulando el trámite de admisibilidad de las cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, - como expuse precedentemente - el art. 47 F prescribe que, en cualquiera de los dos supuestos del art. 37 (control preventivo o requerimiento previo), procederá la declaración de inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad:

“Artículo 47 F.- Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

[...]

2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el **control preventivo** o conociendo de un **requerimiento**, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva” (énfasis agregado).

Durante la tramitación del proyecto de Ley 20.285, el Tribunal Constitucional conoció del proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, pronunciándose, preventivamente, sobre el art. 28, con la única excepción de su inciso cuarto (plazo de interposición), por no regular una materia propia de LOC. El TC, como se dijo, concluyó que el art. 28 incisos 1°, 2° y 3° son propios de LOC (considerando 22°).

Finalmente, el Tribunal **declaró constitucional** los incisos 1°, 2° y 3°, del art. 28, omitiendo pronunciamiento respecto del inciso 4° (considerando 30°).

Es decir, ya existe un juicio de constitucionalidad de la precisa norma que aquí se cuestiona, la cual fue hallada conforme a la Constitución

por el órgano competente, durante el trámite correspondiente. Esto es importante, por cuanto el específico requerimiento, al cual se refiere la sentencia que se viene comentando, no contiene un desarrollo acerca de los supuestos efectos concretos inconstitucionales que la norma traería aparejados, sino que se basa en un reproche general a la norma como tal, del cual el Servicio requirente, solamente se hace partícipe, en su formulación general.

A su turno, la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el requerimiento, no contiene, entre sus fundamentos, consideración alguna sobre los efectos concretos que la aplicación del precepto pueda traer al caso sub judice, sino que formula un reproche en abstracto a la norma, en base a algunas ideas sobre cargas desproporcionadas, asimetrías y a una confusa referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la disposición en cuestión. El punto relevante aquí, radica en que, manteniéndose la argumentación a un nivel de reproche general, éste queda subsumido en la declaración previa de constitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional.

Así, si lo que se cuestiona es que un “órgano público” no pueda recurrir cuando la causal de denegación invocada haya sido que la publicidad, comunicación o conocimiento afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, lo cierto es que esa opción legislativa, claramente explicitada en el art. 28 inc. 2º de la Ley N° 20.285, fue objeto

de una declaración de conformidad a la Constitución previa, por el Tribunal Constitucional.

Puesto que frente al texto que dispone, claramente, que los órganos de la Administración del Estado “no tendrán derecho a reclamar cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”, el Tribunal Constitucional ya declaró que dicha opción legislativa, que restringe la reclamación en esa específica hipótesis, es conforme a la Constitución, él no puede, en un pronunciamiento posterior, simplemente declarar que, restringir la reclamación en esa hipótesis, es inconstitucional. Aunque se requeriría – y en verdad se esperaría, por la comunidad jurídica y la sociedad más ampliamente considerada - a lo menos, una explicación y un esfuerzo argumental especial del Tribunal, para explicar por qué, aquello que estimó constitucional antes, ahora lo estima inconstitucional, lo cierto es que la explicación carecería de sentido, frente a un texto de la contundencia del citado artículo 37 de la Ley N° 17.977.

Podrá aducirse, de contrario, que el control preventivo es abstracto y general, mientras que el análisis del requerimiento de inaplicabilidad se hace en concreto, no pudiendo el Tribunal Constitucional anticipar en el control preventivo todos los vicios de inconstitucionalidad que pudieran manifestarse al realizar un control represivo concreto.

Respondiendo, habrá que reparar en que, pudiendo ser así en ciertos casos, dicha argumentación se estrella en el presente caso por la precisa redacción de la norma en cuestión: es una norma concreta y simple, cuyo sentido es claro e incontrovertido, que opera una configuración igualmente clara y simple de restricción de la reclamación de ilegalidad para el órgano público, cuando la causal de denegación de información invocada y rechazada sea específicamente la del art. 21 N° 1. Es en esos mismos términos, con esa misma redacción, que el TC consideró la constitucionalidad del precepto, declarando que dicha restricción a la reclamación judicial para los órganos públicos es conforme a la Constitución, vale decir, que restringirle la posibilidad de reclamar a un órgano administrativo cuando su causal invocada fuera el art. 21 N° 1 es perfectamente constitucional. En este caso, no surgía del precepto ninguna otra lectura alternativa, aplicación distinta o interpretación diferente que pudiera llevar a conducir que existe un desajuste entre lo que se controló en abstracto, y lo que se reprocha en concreto. El control abstracto y el reproche concreto, aquí, son perfectamente coincidentes.

Fluye de lo anterior que, estimando el Tribunal Constitucional que restringir la reclamación, en el evento del art. 28 inc. 2º, es perfectamente constitucional, pues así lo declaró ejerciendo el control preventivo del precepto legal, el Tribunal debió indagar si, en este caso concreto, se producía algún efecto particular que hiciera que aquello que es constitucional como regla general, *en este caso en especial*

produjera efectos inconstitucionales. Y por aplicación del art. 37 en relación con el 47 F de la Ley N° 17.977, ése “efecto concreto” no podía consistir en la sola restricción misma de la posibilidad de deducir reclamación en el caso que indica, pues es eso mismo lo que quedó cubierto bajo el control preventivo y consiguiente declaración de conformidad constitucional. Necesariamente tuvo que alegarse y probarse un efecto inconstitucional diverso por el requirente, tanto para contar con un pronunciamiento correcto de admisibilidad, como con una correcta sentencia estimatoria de su pretensión constitucional.

Que nada de ello haya ocurrido, y simplemente se haya pronunciado la inaplicabilidad del precepto en base a argumentos generales de reproche de la norma en abstracto, sin siquiera reparar en la existencia de este pronunciamiento previo, no sólo es problemático desde una perspectiva de la justificación de la decisión, sino, como hemos dicho previamente, expone a esta sentencia a ser perfectamente inútil, toda vez que el examen de admisibilidad y de fondo – ligero, como ha quedado en evidencia - pasó por alto que el precepto cuestionado ni siquiera es decisivo en la gestión judicial pendiente.

En otras palabras, la cuestión acerca de posibles reproches en abstracto a la norma, o el reproche mismo de restringir la posibilidad de reclamación para el órgano público, quedó cubierta por la declaración previa de constitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional ejerciendo el control preventivo, que se pronunció sobre la misma norma

expresada en los mismos términos: que el art. 28 inc. 2º restrinja el derecho al recurso del órgano público en esa específica hipótesis es constitucional, conforme a la declaración previa en tal sentido del propio Tribunal Constitucional. Consecuentemente, el requerimiento en cuestión, basado en que restringir la posibilidad de reclamación es inconstitucional, debió declararse inadmisibile. La limitación acotada y fundada de la competencia de un órgano administrativo para reclamar judicialmente, cuando otro órgano estatal competente para ello, determina que la denegación de información por “afectación de funciones” es infundada, no sólo es perfectamente razonable y funcional a la mejor protección de las personas, sino que fue estimada constitucional por la propia magistratura constitucional, generando el fallo en comento, tanto una lamentable contradicción como una confusión en torno al enfoque constitucional procedente.

En consecuencia, la decisión del Estado de auto-limitar su propia competencia cuando se trata de la cuestión prevista en el art. 28 inc. 2º de la Ley Nº 20.285, debiera ser respetada y obedecida por los órganos de la administración, vinculados como están a la ley, y el Tribunal Constitucional, so pretexto de reconocer derechos fundamentales a entidades contra las cuales éstos se yerguen en límites y no derechos, debiera abstenerse de cuestionar esa configuración de competencias administrativas, a menos que ellas afecten a una persona natural en un caso concreto.

V. BREVE ANALISIS DE LA SENTENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS IMPUGNACIONES.

Finalmente, ante las argumentaciones principales del fallo, que apuntan, tanto a lo que denomina “la asimetría” entre los órganos de la Administración y los particulares, aludiéndose, de este modo a que, como se expone, mientras “todo afectado puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, el órgano de la Administración no lo puede hacer”⁽³³⁾ como a la presunta imposibilidad de impugnarse la decisión del Consejo en la hipótesis en estudio, viene bien efectuar un breve análisis del tema desde la óptica de las impugnaciones.

El cuestionado art 28 dispone:

*Artículo 28.- En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá **el reclamo de ilegalidad** ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.*

*Los órganos de la Administración del Estado **no tendrán derecho a reclamar** ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21.*

³³ Cfr.Consid.22.

*El afectado también **podrá reclamar** de la resolución del Consejo ante la Corte de Apelaciones respectiva, cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20.*

***El reclamo** deberá interponerse en el plazo de quince días corridos, contado desde la notificación de la resolución reclamada, deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya y las peticiones concretas que se formulan.*

Sin embargo, inexplicablemente, el Tribunal, que deplora en su fallo que el órgano, a diferencia del particular, no pueda “reclamar”, no consigna que de lo que se trata en la norma, es del “reclamo de ilegalidad”, esto es, de una vía impugnadora precisa y determinada. Esa vía, le resulta vedada al órgano; nada más, nada menos.

Acontece, empero, que el Tribunal vuelve sobre el mismo punto, desde una visión diferente y, razonando acerca de lo que estima es el “agotamiento” de la vía administrativa, sostiene que éste se vuelve inconstitucional, pues afecta al debido proceso, dado que **no hay vía judicial abierta** para cuestionar la decisión del Consejo. Dicha decisión - agrega en el Considerando. 20 - se resuelve en “única instancia” (comillas del fallo).

Más tarde, de manera que, reitero, me parece sorprendente, se lee en la sentencia que "...la norma (el art 28) parte de la base de que, si el Consejo revocó la decisión de la Administración, que había denegado el acceso a una determinada información, esa decisión es correcta y no admite equívocos, toda vez que **la margen de toda impugnación judicial...**"⁽³⁴⁾.

Todo lo anterior no se ajusta, en mi concepto, al Ordenamiento Jurídico vigente: en efecto, la conocida norma del artículo 19 N° 3 inc. 2 de la Carta, proclama que "*Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida*".

El inciso 7° de la misma disposición, agrega que "*... Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos...*".

Por su parte el artículo 38, establece que "*...Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la*

³⁴ Cfr: Consid. 25

igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

Lo anterior, autoriza un análisis desde la óptica de la organización de los tribunales: en el sistema jurisdiccional nacional, no existen los tribunales de lo contencioso administrativo – eliminados del texto constitucional, por la ley 18.825 de 15 de junio de 1989 - de tal manera que la decisión de todo conflicto de relevancia jurídica, es de competencia de los tribunales ordinarios, si una norma expresa no lo confía a tribunales especiales ⁽³⁵⁾.

Determinado este punto, cabe ocuparse de los procedimientos consagrados en la ley para ejercer los derechos y, así, encontramos que, en numerosos casos, el legislador establece vías rápidas, simples

³⁵ Dispone el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, en su inc. 1º, que “...A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes...”.

y expeditas para que se ventilen ciertas controversias. Una de éstas, es una suerte de engendro procedimental,⁽³⁶⁾ de ámbitos difíciles de precisar y al que, por décadas, se ha venido recurriendo: se trata del denominado, “reclamo de ilegalidad”, “recurso de reclamación”, “reclamación” o “reclamo” ⁽³⁷⁾.

Éste aparece en materias ambientales, (art 27 y sgts. de la Ley N° 20.600), en temas municipales (arts. 1515 y sgts de Ley N° 18.695); competenciales, (arts. 27 del DL N° 211) en controversias financieras, (Superintendencia de Valores y Seguros, Banco Central, etc.) etc., sin que nadie sepa, con certeza, por ejemplo, si es una acción o un recurso; cuál es el régimen de prueba al que se sujeta; ni de los modos de impugnación de la resolución que lo resuelve; ni, etc.etc., todo lo cual no se amengua, por la circunstancia de que, con motivo de la Ley de Transparencia, el legislador haya sido más expresivo que lo habitual en la materia y haya asumido la necesidad de efectuar precisiones procedimentales indispensables.

Pues bien, si una norma determina que la decisión de un órgano de la Administración, por la que se acoge una petición, es impugnabile por vía

³⁶ Define el Diccionario de la RAE la palabra “engendro” como una obra intelectual mal concebida, concepto que se ajusta estrictamente a la calificación que utilizo en el texto.

³⁷ Remito al efecto a los términos de mi Infome, emitido a petición de las Comisiones Unidas de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y Medio Ambiente y Bienes Nacionales del H.Senado de la República, en febrero de 2010 (p.25).

de un “reclamo de ilegalidad” y la que la rechaza, en cambio, no lo es, constituye un manifiesto error, concluir, como lo hace el Tribunal Constitucional, que esta última decisión, no es impugnabile jurisdiccionalmente ⁽³⁸⁾.

Error no menos grave, que el que representa afirmar – como se lee en el fallo en análisis – que la circunstancia de que no proceda en contra de la decisión del Consejo, el reclamo de ilegalidad, importa que él falla “*en única instancia...*”⁽³⁹⁾ lo que, si bien puede entenderse como una licencia de lenguaje, no parece admisible, en especial, si se tiene en consideración que la frase significa – apenas - que una **resolución no sea apelable**, pero jamás, que no sea impugnabile, como parece entender el tribunal ⁽⁴⁰⁾.

Lo que queda fuera de toda duda, es que, en este caso, el reclamo de ilegalidad, no constituye un camino autorizado por el derecho, pero ello no importa, ni remotamente, que todos los numerosos otros, que en un Estado de Derecho como el nuestro se reconocen, no estén a

³⁸ Es que nadie afirma que, si la ley señala que una resolución no es apelable, ello quiere decir que no es impugnabile por otros recursos...

³⁹ Cfr. Consid. 20

⁴⁰ No es necesario explicar acá, que la referencia legal a las instancias – aptitud para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas en la controversia – está referida, como señalo en el texto, a la apelación, de forma tal que, fallar en **única instancia**, significa que no hay derecho a apelar; fallar en **primera instancia**, conlleva implícita la idea de que lo resuelto es apelable y, finalmente, resolver en **segunda instancia**, significa fallar un recurso de apelación.

disposición del que experimentó agravios por lo resuelto por el órgano administrativo.

Baste pensar en la acción ordinaria de nulidad de Derecho Público; en una acción innominada de revocación, etc.

En resumen, la construcción del Tribunal Constitucional, para concluir en que existe inconstitucionalidad de la norma que no reconoce el derecho de un órgano de la Administración, a deducir reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo de la Transparencia, de un contenido determinado, - de donde desprende que la decisión no es impugnabile jurisdiccionalmente - en tanto si lo autoriza, cuando el contenido es diverso, no se ajusta a derecho.

VI. CONCLUSIONES

1. No hay razón para declarar inconstitucional, una norma legal que imponiendo la realización de diversos trámites previos - lo que consituiría una carga abusiva - no autoriza a que la resolución se impugne por un determinado instituto jurisdiccional.
2. Es dudoso que un órgano de la Administración - en una pugna con otro - tenga derecho a un "debido proceso de ley", establecido que éste constituye una garantía para los particulares que recaban justicia del Estado.

3. La circunstancia de proclamarse por una disposición legal, que una decisión de la Administración, no es impugnabile a través de un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, no importa privar al afectado con la decisión, del acceso al control jurisdiccional del acto administrativo, que el Ordenamiento Jurídico nacional contempla.
4. El efecto de semejante disposición es, apenas, establecer que por vía de ilegalidad no será posible reclamar del acto.
5. No es efectiva la afirmación del Tribunal, en el sentido de que, al privarse del derecho al reclamo de ilegalidad, el acto, respecto del afectado, está pronunciado “en única instancia.”
6. En relación al requerimiento que dio lugar al fallo en análisis, no puede dejar de advertirse que, es un hecho indiscutido, que la denegación de la información, no tuvo por fundamento el art. 21 N° 1 de la Ley N° 20.285. en razón de lo cual, el reproche al art 28, carecía de toda relevancia para el destino final del asunto.
7. Si ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad que, por la naturaleza de ley orgánica constitucional, del art. 28 de la Ley 20.285, correspondía, el Tribunal Constitucional, declaró la conformidad de la norma con la Carta Política, ha operado, en la

especie, la cosa juzgada constitucional, que impide que se reabra nuevamente el tema.

8. Que tal conclusión no se altera, por el hecho de tener hoy, en general, competencia el Tribunal, para enjuiciar la constitucionalidad de la norma respecto al caso concreto, porque, dados los simples y categóricos términos del precepto, no resulta posible que se arribe a conclusiones diferentes, respecto de su apego al marco constitucional, en función de circunstancias fácticas de la gestión judicial pendiente.

Es cuanto puedo informar a Ud.

Dejando constancia de haber colaborado en la elaboración de esta opinión en derecho, el abogado señor Pablo Becerra Poblete (Mg. U. de Chile), saludo atentamente a Ud.,



RAUL TAVOLARI OLIVEROS

Profesor de Derecho Procesal