

INFORME EN DERECHO

ANALISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 28, INCISO 2°, DE LA LEY N° 20.285 SOBRE ACCESO A LA INFORMACION

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN

Santiago, diciembre de 2017

EL PROBLEMA PLANTEADO

Se nos ha solicitado analizar los eventuales efectos contrarios a la Carta Fundamental que podría tener en un caso concreto el artículo 28, inciso 2º de la Ley sobre acceso a la información 20.285. De acuerdo a la misma, no procede el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones en el caso que la causal de reserva invocada sea la afectación del normal funcionamiento del respectivo servicio.

Para efectos de lo anterior, en primer lugar, se analizará los antecedentes del principio de publicidad en Chile y en el Derecho Comparado.

A su vez, en el segundo capítulo, se resumirá las principales decisiones emanadas del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") en relación al derecho de acceso a la información.

Inmediatamente, se recordará la discusión acerca del artículo 8 de la Constitución Política de la República (en adelante, "CPR") en la reforma de 2005 y, adicionalmente, de la disposición legal que motiva la presente opinión jurídica.

En el capítulo cuarto se sistematizarán los principales argumentos señalados por el TC en los cuatro casos en que se ha pronunciado acerca del aludido precepto legal, en uno de los cuales solo fue acogido el requerimiento presentado.

Con posterioridad, se centrará el estudio de los presupuestos de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de acuerdo a la jurisprudencia del TC; enfatizando en la circunstancia de que el precepto haya sido revisado preventivamente en sede de control constitucional, tal como ha ocurrido.

Más adelante, se estudiará los principios que ha señalado el TC respecto de la igualdad ante la ley y del principio de proporcionalidad y de cómo ello pudiera o no verse afectado en el caso concreto.

Por último, se abordará la temática del debido proceso, los elementos que lo configuran, en especial el derecho a la impugnación judicial, al tenor de la jurisprudencia del TC, y de si ellos se ven afectados en relación al artículo en cuestión.

Finalmente, se incluirán las conclusiones.

PRIMER CAPITULO

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION

EN CHILE Y EN DERECHO COMPARADO

I. Acceso a la información en el derecho comparado americano

Los diversos ordenamientos constitucionales hispanoamericanos han ido reconociendo en el último tiempo el derecho de acceso a la información.

Así, la Carta Fundamental de Colombia, además de las referencias generales acerca de la publicidad de las sesiones de las Cámaras y de las leyes y actuaciones judiciales, consagra también el derecho de todas las personas a "acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley".¹

Por su parte, la Constitución mexicana incorporó expresamente una serie de principios y bases que deben regir el derecho de acceso a la información y vinculadas a la publicidad como regla general, el respeto a la privacidad y datos personales y el establecimiento de mecanismos de acceso expeditos.²

¹ Constitución de Colombia, artículo 74. Vid. JACOBO PEREZ ESCOBAR, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, 2004. Se ha dictado la Ley 1712, de 6 de marzo de 2014, reglamentada por Decreto 103, de 20 de enero de 2015. Ha señalado la Corte Constitucional de Colombia que es titular del derecho a acceder a la información pública toda persona, sin exigir ninguna cualificación o interés particular para que se entienda que tiene derecho a solicitar y a recibir dicha información de conformidad con las reglas que establece la Constitución y el proyecto de ley. Esta disposición se ajusta a los parámetros constitucionales del derecho de petición, de información y del libre acceso a los documentos públicos, a los principios de la función pública, que consagran los artículos 20, 23, 74 y 209 de la Carta (Sentencia C-274/13)

² ***I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.***

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos.

Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

La Constitución de Perú de 1993 consagra el derecho a "*solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional*".³ Del mismo modo, se alude a la transparencia en relación al origen de los recursos económicos de los partidos políticos.⁴

Por su parte, en el capítulo II de la Constitución de Argentina ("nuevos derechos y garantías"), reformado en 1994, se incluyen dos disposiciones. Así, se establece el derecho a ser provisto de información ambiental por las autoridades públicas.⁵ A la vez que se incorpora un caso específico de derecho de acceso a la información, en cuanto a que "*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz*".⁶

La Constitución de Costa Rica de 1949, modificada el año 2001, garantiza "*el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado*".⁷

VI. *Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.*

VII. *La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes".* Constitución Política de México, artículo 6. Vid. IGNACIO BURGOA, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 2009. El año 2003 entró en vigor, en junio de 2003, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Vid. RIGOBERTO MARTINEZ B., *El derecho de acceso a la información en México*, 2009

³ Constitución Política de Perú, artículo 2 N° 1

⁴ Ibid., artículo 35. Su regulación normativa se encuentra en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, y en el Reglamento de la Ley (D.S. 043-2003)

⁵ De acuerdo a lo señalado en el artículo 41, "*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*"

⁶ Según el artículo 42, "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*". Vid. Ley 27.275, de 14 de septiembre de 2016. Vid. SANTIAGO DÍAZ C., *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley*, en *Lecciones y Ensayos* 86, 2009; p. 151 y ss.

⁷ Artículo 30. Ello, sin perjuicio del derecho de petición, que garantiza el artículo 27. JORGE CÓRDOBA ORTEGA, *El derecho de acceso a la información pública y la existencia de herramientas que posibilitan la transparencia en la gestión administrativa en Costa Rica. Una visión legislativa*, Revista Centroamericana de Administración Pública 62-63, 2012. No existe aún normativa legal sobre el tema. Se ha sentenciado que "*El ordinal 30 de la*

Por su parte, la Constitución de República Dominicana alude a la transparencia y publicidad, dentro de los principios que debe orientar la actuación de la Administración Pública.⁸

A su vez, la Ley Fundamental de Venezuela tutela el derecho a ser informado *"por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad"*.⁹

La Constitución ecuatoriana de 2008 consagra expresamente el derecho de las personas a *"acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas"*. A la vez que, agrega, *"no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información"*¹⁰. Para tal efecto, se prevé expresamente una acción de acceso a la información pública.¹¹ A la vez que se crea una Función de Transparencia y Control Social.¹²

Constitución Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. (...)". (Resolución n.º 136-2003 del 15 enero del 2003).

⁸ Constitución de República Dominicana, artículo 138. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la libertad de información se reconoce que *"Toda persona tiene derecho a la información. Este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, conforme determinan la Constitución y la ley"* (artículo 49 N° 1). Vid. Ley General de Libre Acceso a la Información Pública Ley 200-04 y el Decreto No. 130-05 que crea el reglamento de dicha ley. Relevante es la sentencia del TC/0052/13

⁹ Constitución de Venezuela, artículo 143. Aún no se ha dictado normativa legal que la reglamente

¹⁰ Constitución de Ecuador, artículo 18 N° 2

¹¹ *"Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se*

A su turno, la Constitución boliviana de 2009 consagra la publicidad y transparencia con motivo de la jurisdicción¹³, de la administración¹⁴ y de la política fiscal.¹⁵

Finalmente, cabe citar el caso de Panamá, en la que se consagra el acceso a las bases de datos o registros.¹⁶

Por último, existen casos, como en Uruguay, en el que el acceso a la información se entiende constitucionalmente de manera implícita.¹⁷ Sin perjuicio de lo cual existe normativa legal y reglamentaria que regula la materia.¹⁸

sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley. Existe una Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública (Ley N° 2004-34, 18 de mayo de 2004)

¹² *"La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa". (artículo 204)*

¹³ Constitución de Bolivia, artículo 180

¹⁴ Ibid., artículo 232. Vid. Ley 28168, de 17 de mayo de 2005, de Transparencia en la gestión pública del Poder Ejecutivo.

¹⁵ Ibid., artículo 323

¹⁶ Constitución de Panamá, artículo 43

¹⁷ Artículo 72: *"La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".*

¹⁸ Ley N° 18.381, que regula derecho de acceso a la información pública (17 de octubre de 2008) y su Decreto Reglamentario 232/010, de 2 de agosto de 2010.

II. **Antecedentes del acceso a la información en Chile**¹⁹

Como se sabe, la Comisión de Ética Pública, en 1994, instó a legislar sobre acceso a la información. En tal sentido, se estimó conveniente incorporar en la Constitución Política de la República los principios de probidad funcionaria y de transparencia en la función pública. Así, se consideró necesario que en nuevo artículo octavo, además de incorporar el principio de probidad, *"debiera expresarse que toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto"*.²⁰

Del mismo modo, cabe recordar que a fines de los noventa se modifica la Ley de Bases de la Administración del Estado, incorporando expresamente el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, *"de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella"*.²¹ De esta forma, como ha señalado el Tribunal Constitucional, *"el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental"*.²²

De igual modo, debe destacarse la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en el 2006, en el caso Marcel Claude Reyes y otros contra la República de Chile, en el que se resalta que *"el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica. Es ampliamente reconocido que, sin acceso público a la información en poder del Estado, los beneficios políticos que derivan de un clima de libre expresión no*

¹⁹ ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Bases constitucionales del principio de publicidad*. En obra colectiva "Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos". H. Nogueira (coordinador). Ed. Librotecna, 2014; p. 219-252. Una versión preliminar del presente artículo, en la parte general, en RDUFT 1/2013; p. 143 y ss.

²⁰ Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre probidad pública y la prevención de la corrupción, creada por Decreto N° 423, publicado en el Diario Oficial el 18 de abril de 1994. Una década después se propusieron diversas medidas para fortalecer la transparencia.

²¹ Artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N° 19.653

²² TC, Rol 634/2006, consid. 11

pueden realizarse plenamente. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite un debate público sólido e informado. De esta manera el acceso a la información habilita a los ciudadanos para asumir un papel activo en el gobierno, que es condición de una democracia sana. Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos. El acceso a la información en poder del Estado es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos”²³

Cabe sí señalar que en la misma decisión, la Corte Interamericana si bien se destaca la nueva legislación dictada a fines de los noventa, la estima insuficiente por considerar que sólo se aplica a los actos administrativos y por la amplitud y vaguedad de las excepciones previstas.²⁴

Ahora bien, el derecho a recibir la información forma parte de la libertad de expresión tutelada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. En efecto, tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional, la *“historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información- comprenden también el derecho a recibir informaciones”*.²⁵

El mismo Tribunal ha concluido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental – aunque no en forma explícita- *“como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”*. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, *“constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos”*.²⁶

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio de 2005 cap. VII, N° 48

²⁴ Ibid., cap. VII, N° 90

²⁵ TC, Rol 226/1995, 30.10.1995, consid. 20

²⁶ TC, Rol 634/2006, 9.08.2007, consid. 9. En el mismo sentido, Roles 1732/2010, c. 12 y 2558/2013, c. 13. Por lo mismo, se ha sentenciado que el mandato de publicidad tiene como finalidad garantizar un régimen republicano democrático, garantizando el control del

III. **La reforma constitucional de 2005 y la consagración del acceso a la información**

La reforma constitucional de 2005 consagra expresamente la publicidad, en el inciso segundo del artículo octavo²⁷, al indicar que *"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"*.

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional la transparencia se asocia a la idea de acceder a la información por parte de los ciudadanos.²⁸

poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad por sus actos y a dar cuenta de ellos; promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública y fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad. Ahora bien, la publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado. Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la CPR establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad. (TC, Rol 2153/2011, c. 15. En el mismo sentido, Rol 2246/2013, c. 22)

²⁷ La moción de los senadores de la Alianza por Chile (Boletín N° 2526-07), que sirvió de base al texto aprobado, proponía: *"Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional"*. Por su parte, la moción de los senadores de la Concertación (Boletín N° 2534-07) expresaba que *"toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella"*. En el debate producido en la Comisión del Senado se incorporó no sólo las "resoluciones" sino también los "actos" de la Administración.

²⁸ El profesor Rolando Pantoja hace presente que *"en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos"*. Por su lado, el profesor Humberto Nogueira indicó que el principio de transparencia *"dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática"*. (En PFEFFER U. EMILIO, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29 y 30). En el mismo sentido, el Senador Larraín hizo presente que la publicidad *"consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que*

Para un autor, la publicidad "*se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios*"; mientras que la transparencia "*se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas*".²⁹ Durante la tramitación de la reforma constitucional, se recordó por el profesor Rolando Pantoja que la publicidad se "*entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos*".³⁰

Efectivamente es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculado con el régimen republicano y democrático que establece nuestro artículo octavo. Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que "*la publicidad es la regla; el secreto la excepción*".³¹

Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19 N° 14, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.³²

se adoptan", mientras que la transparencia "*significa que las personas puedan acceder a la información*" (En SENADO DE LA REPUBLICA, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006, p. 49)

²⁹ HERNANDEZ E. DOMINGO, *Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos*, en *La Constitución Reformada de 2005*, Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 33)

³⁰ PFEFFER U. EMILIO, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29

³¹ NORBERTO BOBBIO, *El Futuro de la Democracia*

³² Se ha sentenciado por el TC que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen democrático y republicano establecido en el art. 4°, y así se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional del año 2005. Este principio, a su vez, se relaciona íntima y directamente con el aseguramiento de la participación ciudadana, consagrado en el inc. final del art. 1°, y con el derecho de petición del art. 19, N° 14 (TC, Rol 1732/2010, c. 14. En el mismo sentido STC 1812/2010, c. 48).

Por último, no debe olvidarse que las excepciones sólo pueden establecerse por ley de quórum³³ y que éstas deben interpretarse restrictivamente³⁴.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional resolvió que al referirse a los derechos de las personas, dicha expresión *"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"*.³⁵ Concluyendo que una disposición que permite que el jefe superior del órgano requerido deniegue, por resolución fundada, la entrega de determinada información que se le solicita, en base a una supuesta *"afectación sensible de intereses de terceras personas"*, *no resulta compatible con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, y como se recordó, desde la vigencia de la Ley Nº 20.050 sólo corresponde a una ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcance de las causales de secreto o reserva previstas en la Carta Fundamental. Así, la autoridad administrativa debe sujetarse a los*

³³ Este punto fue resaltado por la Diputada señora Guzmán, enfatizando que *"los problemas que actualmente genera la aplicación de la ley de probidad en lo que concierne a la transparencia de los actos de Gobierno se deben a que cada servicio, incluso mediante un reglamento, puede decretar el secreto y la confidencialidad de los actos propios de sus funciones. Eso, obviamente, lleva a que nada sea transparente"* (En SENADO DE LA REPUBLICA, Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 60). Como señala un autor *"debe descartarse, desde luego, toda alternativa de restringir el principio por medio de actos reglamentarios o, incluso, a través de decretos con fuerza de ley"* HERNANDEZ E. DOMINGO, *Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos*, en La Constitución Reformada de 2005, Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 36). Otro autor, en el mismo sentido, sostiene que *"es inconstitucional –y siempre lo ha sido- declarar la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas"*. Por lo mismo, se habría producido la *"derogación de todos los preceptos reglamentarios que, en la actualidad, declaran confidencialidad de actos del Estado, así como las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso de inferior jerarquía que éstos"* (FERNANDEZ G. MIGUEL A., *El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2º, de la Constitución*, en Reforma Constitucional, Ed. Francisco Zúñiga, 2005, p. 200 y 205). Con matices, por último, se ha afirmado que el texto constitucional vigoriza la publicidad *"al elevarla a rango constitucional como regla general, definiendo los objetivos que autorizan su restricción y entregando a un legislador especial –de quórum calificado- el desarrollo de estos casos de excepción, minimizando la potestad reglamentaria"* (RAMIREZ A JOSE A., *Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005*, en Reforma Constitucional, Ed. Francisco Zúñiga, 2005, p. 244).

³⁴ En tal sentido, el Senador Larraín señaló que las excepciones *"deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal"* (En SENADO DE LA REPUBLICA, Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 55)

³⁵ TC, Rol 634/2006, consid, 23

*parámetros fijados por aquélla a la hora de denegar la entrega de documentación pública que le haya sido solicitada, por estar afecta a secreto o reserva”.*³⁶

IV. **LEY DE ACCESO A LA INFORMACION**

En cumplimiento del mandato constitucional, se dictó la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y que fuera publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto de 2008.³⁷ De acuerdo a la misma, en virtud del principio de transparencia de la función pública, *“los actos y resoluciones de los órganos del Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado”.*³⁸ Asimismo es pública *“la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.*³⁹

Para efectos de lo anterior, se regulan los antecedentes actualizados que deben mantenerse a disposición del público en los sitios electrónicos por parte de los órganos de la administración, principio conocido como “transparencia activa”.⁴⁰ Del mismo modo, se regula el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, específicamente los principios que lo informan⁴¹, el procedimiento ante la autoridad, el amparo ante el Consejo de Transparencia y el reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones.⁴² Obviamente, también se contiene la normativa que regula el régimen jurídico del Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público.⁴³

³⁶ Ibid., consid. 28

³⁷ El Reglamento de la misma se contiene en el Decreto N° 13, publicado en el diario Oficial de 13 de abril de 2009

³⁸ Artículo 5, inciso 1° de la Ley N° 20.285

³⁹ Artículo 5, inciso 2 de la Ley N° 20.285

⁴⁰ Título III de la Ley N° 20.285

⁴¹ Particularmente los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad (artículo 11)

⁴² Título IV de la Ley N° 20.285

⁴³ Título V de la Ley N° 20.285. Sobre el primero año de labor de dicho órgano vid. ENRIQUE RAJEVIC M., *La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, 2009, p. 31 y ss.

IV. **Sentencia del TC y órganos autónomos**

Al Tribunal Constitucional le correspondió revisar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N° 20.285.⁴⁴ Especialmente, en relación a leyes orgánicas constitucionales de ciertas instituciones.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República.⁴⁵ De igual forma, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el Consejo de Transparencia⁴⁶ y, por lo mismo, no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo.⁴⁷ En relación al Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido Consejo para la Transparencia.⁴⁸ Idéntico razonamiento se efectúa respecto de Ministerio Público⁴⁹, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, *"por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa- implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva"*.⁵⁰ Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia.⁵¹

Adicionalmente se establece que no resulta procedente el reclamo de legalidad respecto del Tribunal Constitucional y de los tribunales electorales, *"toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al*

⁴⁴ TC Rol N° 1051/2008

⁴⁵ Ibid., consid. 34

⁴⁶ Ibid., consid. 37

⁴⁷ Ibid., consid. 38

⁴⁸ Ibid., consid. 41. Cabe tener presente que se declaró inconstitucional la normativa que obligaba al Banco Central a "adoptar" las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, al estimar que dichos términos imperativos afectaban su autonomía constitucional (consid. 54)

⁴⁹ La Corte Suprema, en queja, acogida, ha señalado que respecto del Ministerio Público debe reclamarse directamente ante la Corte de apelaciones respectiva (Rol N° 6787-2010, 6 de diciembre de 2010)

⁵⁰ Ibid., consid. 44

⁵¹ Ibid., consid. 48

margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema". Por consiguiente, "no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones". Por lo demás, se concluye "el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8º de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos".⁵²

⁵² Ibid., consid. 46

CAPITULO SEGUNDO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SOBRE

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION

Una revisión de la jurisprudencia del TC en los últimos doce años nos permite sintetizar su principal doctrina.⁵³

I. ACCESO A LA INFORMACION Y SU CONFIGURACION

1. Derecho de acceso a la información

Se ha sentenciado que el artículo 8 constitucional no consagra un derecho de acceso a la información, sino que dicho derecho es reconocido implícitamente por el artículo 19, N° 12, de la misma Carta Fundamental, al regular la libertad de información.⁵⁴

Del mismo modo, se ha recordado que la circunstancia de que se encuentre el artículo 8° en el Capítulo I de la Constitución no significa superioridad sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos fundamentales.⁵⁵

⁵³ La jurisprudencia en ENRIQUE NAVARRO BELTRAN y CARLOS CARMONA SANTANDER, *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015*, Cuaderno 59 del TC, 2015

⁵⁴ Así, "el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos". (TC, Rol 634/2007, c. 9). En el mismo sentido, Roles 1990/2011; 2153/2011, c. 15; y 2246/2012, c. 22. Se ha señalado que el artículo 8° de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. "No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta, pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información". Igualmente, tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban "dar estricto cumplimiento" a dicha publicidad. "Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza". (TC, Rol 1990/2011, c. 18 y 19) (En el mismo sentido, Rol 2558/2013, c. 13).

⁵⁵ Así, "si bien el artículo 8° constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, éste está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su "respeto y protección" (TC, Rol 1990/2011; c. 40). En el mismo sentido, Rol 2153/2012).

Su propósito es:

a) garantizar un régimen republicano democrático, que asegure el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos;

b) promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y

c) fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.⁵⁶

2. **Acceso a los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos**

Del mismo modo, se ha puntualizado que el artículo 8º de la Constitución, modificado el 2005, amplió el principio de publicidad que rige para los órganos de la Administración del Estado, extendiéndolo no sólo a los "actos" emanados de éstos, sino que también a sus resoluciones. Asimismo, el principio de publicidad se hace exigible a los fundamentos de tales actos o resoluciones así como a los procedimientos que se utilicen en cada caso, no reduciéndolo –como hacía la Ley Nº 18.575- sólo a los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.⁵⁷

El acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre: a) sus actos y resoluciones (expresión suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad); b) sus fundamentos o motivaciones; y c) los procedimientos que utilicen (acceder a los expedientes, donde constan los trámites por los cuales pasa una decisión).⁵⁸

La publicidad se refiere a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de manera que no resulta aplicable este mandato cuando lo solicitado no constituyen actos o resoluciones específicas, determinadas o determinables. Al no estar referida a éstos, tampoco es posible identificar sus fundamentos, ni menos los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.⁵⁹

⁵⁶ TC, Rol 1990/2011, c. 25

⁵⁷ TC, Rol 634/2006, c. 14

⁵⁸ TC, Rol 1990/2011, c. 21. En el mismo sentido, Roles 2153/2011, c. 15; 2246/2012, c. 22; 2379/2012, c. 25; y 2558/2013, c. 21)

⁵⁹ TC, Rol 2505/2013, c. 9

Respecto de los actos y resoluciones que no llevan en sí mismos sus fundamentos, ha recordado el TC, que la ley debe procurar que las personas puedan acceder a conocerlos. Por ejemplo, pueden acceder al expediente administrativo, donde constan los informes, dictámenes, pruebas, etc.; o a las discusiones, que constan en actas o grabaciones de algún tipo. Nada dice la Constitución respecto de la oportunidad en que debe hacerse público el fundamento. Este, por tanto, puede conocerse simultáneamente con el acto o con posterioridad; y hacerse público de oficio o a petición de parte interesada. Ello lo tendrá que establecer la ley.⁶⁰

3. **Carácter no absoluto del derecho**

Se fallado que dicho derecho no tiene carácter absoluto.⁶¹ La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece⁶² y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado, que para la Administración se traduce en el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente.⁶³ Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad.⁶⁴

La dicotomía información público/privada es una cuestión de constitucionalidad para verificar si una información está o no regulada por el artículo 8° de la Constitución. En cambio, la dicotomía información público/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas.⁶⁵

Del mismo modo, se ha recordado que la Ley N° 20.285 constituye un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°. Pero, en definitiva, son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no ésta en base a aquéllas.⁶⁶ Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el propio legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Por lo mismo, puede consistir en la entrega

⁶⁰ TC, Rol 1990/2011, c. 21

⁶¹ TC, Rol 634/2007. En el mismo sentido, Roles 1732/2011 y 1800/2012

⁶² TC, Rol 1990/2011

⁶³ TC, Rol 1892/2011; c. 15

⁶⁴ TC, Rol 1990/2011

⁶⁵ TC, Rol 2505/2013, c. 26

⁶⁶ TC, Rol 1990/2011

de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a disposición del público, en su difusión por distintos medios.⁶⁷ En suma, la Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8°.⁶⁸

4. **Alcance para todos los órganos del Estado**

El derecho de acceso a la información se aplica a todos los órganos que ejerzan alguna función pública.⁶⁹

En otras palabras, la obligación constitucional de publicidad establecida en el art. 8°, se aplica, sin distinción, a todos los órganos del Estado.⁷⁰

5. **Reserva o secreto**

El TC ha insistido que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución. El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.⁷¹

Así, la Constitución establece varias causales para que el legislador determine cuándo se ven comprometidos determinados bienes jurídicos. Estas dicen relación con los derechos de las personas, la seguridad de la nación, el interés nacional y cuando "la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos". Se trata, en consecuencia, de una causal constitucional de reserva o publicidad.

⁶⁷ TC, Rol 1990/2011

⁶⁸ TC, Rol 1990/2011. En el mismo sentido, Rol 2152/2012

⁶⁹ Esta norma se aplica a todos los órganos del Estado, no sólo a los órganos de la Administración del Estado. Por lo tanto, queda comprendida aquí cualquier entidad creada por la Constitución o por la ley que ejerza algún tipo de función pública. Indudablemente, la ley tendrá que considerar la naturaleza propia de cada órgano para definir la publicidad. De hecho, eso es lo que ha efectuado la Ley N° 20.285, que ha diferenciado ámbitos de aplicación de acuerdo a cada órgano (Rol 1990/2011; c. 20).

⁷⁰ TC, Rol 1732/2010, c. 8. En el mismo sentido, Rol 1892/2011, c. 9 y 1812/2010, c. 47

⁷¹ TC, Rol 2153/2011, c. 20. En el mismo sentido, Roles 2246/2012, c. 26 y 2379/2012, c. 27.

Nada hay en la Constitución que la haga menos importante o menos valiosa que el resto de las causales.⁷²

De igual forma, ha expresado que la publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales, se encuentran los derechos de las personas. Por lo mismo, no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino ésta a aquéllos. De ahí que el artículo 20 del artículo primero de la Ley N° 20.285 establezca que cuando se requiera una información que afecte derechos de terceros, éstos deben ser consultados por la autoridad requerida. Y si se oponen a la entrega, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados. La existencia de derechos involucrados, entonces, veta la publicidad.⁷³

En este punto, el TC ha sentenciado que una de las excepciones que contempla la norma para la publicidad es la afectación de derechos de las personas. Cabe resaltar que la Constitución utiliza la expresión "afectare", no la de privar, amenazar o perturbar. Con ello, permite que el legislador considere cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción a la publicidad. La Constitución tampoco utiliza la expresión "derechos constitucionales". Habla de "los derechos de las personas". Caben aquí, en consecuencia, derechos de rango legal. La Constitución, de igual modo, no señala cuáles son esos derechos. Lo relevante es que la publicidad del acto o resolución, o de su fundamento o del procedimiento respectivo, afecte los derechos de las personas. Si la afectación no tiene que ver con la publicidad, sino con el acto mismo, o su fundamento, o el procedimiento que le precedió, estamos frente a otro ámbito, diferente del cubierto por el artículo 8°.⁷⁴

6. **El acceso y la divisibilidad de la información**

La única manera –recuerda el TC– en que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tenga la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: a) del legislador mediante ley de quórum calificado y, b) de la autoridad administrativa, dentro de las causales señaladas por la ley. Sin esa declaración, se aplican en toda su amplitud los principios de transparencia y máxima divulgación.⁷⁵

⁷² TC, Rol 2997/2016; c.7

⁷³ TC, Rol 2246/2012; c. 66

⁷⁴ TC, Rol 199/2011, c. 27. En el mismo sentido, Rol 2379/2012, c. 33

⁷⁵ TC, Rol Rol 2505/2013, c. 21

También se ha fallado que el artículo 8º de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y ésta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad. No cabe configurar, entonces, un test de proporcionalidad cuando la Constitución resolvió, por anticipado, el conflicto. No cabe intermediar un test que balancee esta causal con la publicidad. De ahí que, cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la publicidad. De lo contrario, los derechos contrapuestos a la publicidad serían excepciones relativas. Cabe agregar que un test en tal sentido, incorporado durante la tramitación de la Ley N° 20.285, fue expresamente eliminado durante su paso por el Senado.⁷⁶

Igualmente, se ha sentenciado que es deber de los órganos de la Administración entregar la información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que se encuentre sujeto a excepción. Esa entrega en términos amplios alcanza a todo aquello que no tenga el carácter de reservado. De esta suerte, el principio de máxima divulgación también permite la entrega parcial de información en aplicación del principio de divisibilidad.⁷⁷

El principio de divisibilidad -ha puntualizado el TC- importa un ejercicio razonable del legislador, que por una parte busca optimizar el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y, por la otra, dar eficacia a las causales de reserva. Este principio es la ejecución del principio de proporcionalidad. Cuando se establece un principio general como la publicidad de los actos de los órganos de la Administración del Estado y se prevén excepciones a este principio, estas últimas deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general. Además, el principio de proporcionalidad exige que las excepciones no traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido. Su presencia permite que la norma no sea entendida únicamente como una regla binaria, donde las cuestiones son públicas o reservadas, extendiendo las excepciones más allá de lo permitido. En tal sentido, el principio de divisibilidad admite una correspondencia más coherente con el mandato constitucional del artículo 8º.⁷⁸

⁷⁶ TC, Rol 2246/2012; c. 67

⁷⁷ TC, Rol 2506/2013, c. 32

⁷⁸ TC, Rol 2506/2013, c. 34

Nuestro sistema se estructura sobre la base de la corrección funcional, ha remarcado el TC. Esto significa que cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos. En este sentido, se deja sentado que ni siquiera el Congreso Nacional puede solicitar determinada información a los órganos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, si los documentos y antecedentes pueden afectar el desarrollo de una investigación en curso.⁷⁹

7. **No supone un derecho a elaborar información**

La publicidad, afirma el TC, opera respecto de documentos o actos que ya existen. De acuerdo al art. 8° CPR, la publicidad opera respecto de documentos o actos que ya existen. La Constitución habla de "actos y resoluciones" y de "fundamentos" y de "procedimientos". Lo mismo hace la Ley N° 20.285, que dispone que lo que se entrega, después de solicitada la información, es copia de la misma (art. 19). El derecho de acceso a la información, que regula la Ley N° 20.285, pone a la Administración en la obligación de dar o entregar los actos o documentos que ella tenga. No es un derecho a que la Administración elabore una información. Eso transformaría la obligación de dar en una de hacer. La imposición ya no sería entregar algo, sino hacer un informe. Eso excede o contraviene el derecho legal de acceso a antecedentes que ya existen: actos, resoluciones, fundamentos, procedimientos. Este no es un derecho a que se procese, sistematice u ordene antecedentes contenidos en dichos documentos. El derecho de acceder no puede transformarse en un derecho a obtener informes hechos ad hoc para cada peticionario.⁸⁰

En ninguna parte la Constitución –se insiste– obliga a que la Administración deba hacer algo más, como procesar, sistematizar, construir, elaborar, un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo.⁸¹

EL TC también ha señalado que la afectación del debido cumplimiento de las funciones, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de

⁷⁹ TC, Rol 2558/2013, c. 8

⁸⁰ TC, Rol 2558/2013, c. 11

⁸¹ TC, Rol 2558/2013, c. 22

información para facilitar las decisiones. Esta causal se da cuando la publicidad requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores; cuando se formulen requerimientos genéricos, referidos a un elevado número de actos administrativos; cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución; cuando se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. Dichas causales tienen que ver con que se menoscabe o impacte negativamente, interfiriendo las tareas entregadas por el ordenamiento jurídico a un órgano determinado. En definitiva, cuando la publicidad afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito.⁸²

Se ha considerado enmarcada en esta causal, la legitimidad de negar el acceso a la información de los anteproyectos de ley, por comprometer negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República, al obstaculizar la necesidad de aunar posiciones de los distintos órganos y sectores afectados por la normativa en preparación.⁸³ También, ha considerado que los antecedentes necesarios a defensas judiciales ante instancias internacionales, pueden entorpecer la función del Estado, pues la entrega de información se puede traducir en una ventaja estratégica de la contraparte, o producir indefensión.⁸⁴

⁸² TC, Rol Roles 2153/2013c. 17. En el mismo sentido, Roles 2246/2013 y 2919/2017

⁸³ TC, Rol N° 2243/2013

⁸⁴ TC, Rol N° 2919/2017

II. **Decisiones del TC en materia de inaplicabilidad**

Debe señalarse que al Tribunal Constitucional le ha correspondido conocer de algunas presentaciones de inaplicabilidad⁸⁵ dirigidas en contra de determinados preceptos contenidos en la Ley Nº 20.285 sobre acceso a la información.

1. **Remuneraciones**

Así, desechó recursos dirigidos contra el artículo 2º⁸⁶, en el marco de un juicio en que se reclamaba la publicidad de sueldos de los profesores de la Universidad de Chile⁸⁷ e igualmente respecto del artículo décimo, letra h)⁸⁸, referido a las remuneraciones de ciertos

⁸⁵ ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Control de constitucionalidad de las leyes 1811-2011*, Cuaderno 43 del TC, 2011

⁸⁶ Artículo 2º.- *Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.*

La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1º precedente.

También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1º precedente.

⁸⁷ TC Rol 1892/2011, 17 de noviembre de 2011. La ICA de SANTIAGO acoge en parte requerimiento de U. de Chile (Rol 6248-2011, 7 de junio de 2012). También se acoge requerimiento en relación a documento que no está en su poder (ICA de SANTIAGO, Rol 6624-2011, 16 de mayo de 2012).

⁸⁸ Artículo décimo.- *El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.*

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados: (...)

h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

directores superiores de TVN, en atención al carácter público de la entidad.⁸⁹

2. Información reservada y correos

En esta materia, se acogieron diversas acciones de inaplicabilidad. La primera, respecto del inciso 2º, del artículo 5º⁹⁰, y de la letra b), del numeral 1º del artículo 21⁹¹ de la referida ley, al estimarse que afectaba la vida privada del recurrente, como consecuencia de que se faculta al Consejo para la Transparencia para disponer la exhibición de evaluaciones personales, en relación a informes psico laborales.⁹² En otro caso, también dirigida contra el aludido inciso 2º del mismo artículo 5º, se admite la inaplicabilidad, al considerarse que se infringe la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al obligarse a exhibir correos electrónicos de funcionario público.⁹³ Otro caso fue acogido parcialmente.⁹⁴

3. La reserva sólo puede establecerse por ley

Con posterioridad, se ha sentenciado que es contraria a la Carta Fundamental, la disposición que autoriza⁹⁵, mediante reglamento interno, la reserva de documentos del Ministerio Público.⁹⁶

⁸⁹ TC, Roles 1732/2010 y 1800/2010, 21 de junio de 2011

⁹⁰ *“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.*

⁹¹ 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: (...)
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.

⁹² TC, Rol 1990/2011, 5 de junio de 2012. Vid. en tal sentido, respecto del sistema de la Alta Dirección, diversas sentencias de la ICA de SANTIAGO (Roles 7938-2010, 17 de junio de 2011; 3436-2010, 15 de junio de 2011; 6344-2010, 3 de mayo de 2011 y 3547-2010, 4 de marzo de 2011).

⁹³ TC, Rol 2153/2011, 11 de septiembre de 2012. En el mismo sentido, Roles 2246/2012 y 2379/2012

⁹⁴ TC, Rol 2689/2014

⁹⁵ Inciso cuarto del artículo 8º de la Ley Nº 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, precepto que dispone lo siguiente:
*“Son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Con todo, se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales: la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o **reglamentarias**; cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo; la oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o*

4. **Derecho a impugnar decisión del CPLT**

Se estima que vulnera Carta Política una norma que establece que no cabe reclamo de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia si éste otorgó el acceso a la información, que un servicio denegó inicialmente, fundado en que lo pedido afecta "el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido". Se estima que la disposición⁹⁷ afecta el derecho a la defensa jurídica y el debido proceso, en su vertiente del derecho al recurso.⁹⁸

Con antelación, el TC rechazó un cuestionamiento al mismo artículo.⁹⁹ Por una parte, porque aquella vez la información ya se había entregado.¹⁰⁰ Y, por la otra, estaba formulado el requerimiento de tal forma, que implicaba una contienda entre el municipio requerido que entrega la información y el Consejo para la Transparencia.¹⁰¹

5. **Información que empresas privadas entregan a órganos de la Administración del Estado.**

En esta materia, cabe citar un primer caso, en que rechazó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley de Transparencia, puesto que se determinó que dicho artículo no corresponde ser aplicado en los casos en que la dicotomía se plantea a nivel de información pública o reservada, cuestión que sería de mera legalidad y más propia del juez del fondo.¹⁰² Además, se señaló que no sólo la Administración debe entregar actos y resoluciones, sino también información pública en sentido amplio.¹⁰³ Finalmente, se sostuvo que, en ciertas circunstancias, la Administración no sólo queda obligada a entregar información previamente existente, sino que debe construir información nueva a partir de lo existente.¹⁰⁴

antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo Fiscal Regional o, en su caso, el Fiscal Nacional, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional. El costo del material empleado para entregar la información será siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales."

⁹⁶ TC, Rol 2341/2012, cc. 13 y 24

⁹⁷ Artículo 28, inciso segundo, de la Ley N° 20.285:

"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."

⁹⁸ TC, Rol 2997/2016

⁹⁹ TC, Rol N° 2895/2015

¹⁰⁰ Ibid., c. 11

¹⁰¹ Ibid., c. 15

¹⁰² TC; Rol N° 2505/2014

¹⁰³ Ibid.; c. 9°, 15° y 17°

¹⁰⁴ Ibid.; c. 22°

Un segundo caso fue acogido. Allí se declaró la inaplicabilidad del referido artículo 5°, en su inciso segundo, reconociendo -de manera consistente con la jurisprudencia anterior aplicable en la materia- que: a) cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos; b) que durante la historia legislativa de la normativa se observa que no se incluyó dentro del concepto de "información pública" los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública proporcionen a las entidades fiscalizadoras y que sean de interés público; c) que el artículo 8° no hace pública toda la información que posea el Estado, sino sólo la que allí expresamente se señala; d) que, en definitiva, el derecho de acceso a la información pone a la Administración en la obligación de dar o entregar una información, no de hacer o crear informes ad hoc para quien solicita tal o cual información.¹⁰⁵ En otro caso más reciente, de manera similar se expresa que la norma reprochada excedía lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución.¹⁰⁶

Otro requerimiento fue también acogido, teniendo en cuenta que el precepto de la Ley de Transparencia ya citado, excede lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución. Así, dado que el artículo 5° de la Ley obliga a entregar "la información elaborada con presupuesto público" y también "toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración"; se constata que amplía el objeto del acceso a la información, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, como es aludido por la Constitución. Así, resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto, se concluye, es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración.¹⁰⁷

Por último, puede citarse una sentencia en que solicitaba información respecto de un contrato de compraventa de energía, considerado un elemento determinante para que la CORFO haya adjudicado la licitación del proyecto, teniendo presente especialmente que ello conduce a ese órgano del Estado a discernir un aporte significativo como subsidio al proyecto mismo. Se afirma por el TC que el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado constituye una regla general que, como tal, encuentra

¹⁰⁵ TC, Rol 2558/2013

¹⁰⁶ TC, Rol 2907/2016

¹⁰⁷ TC, Rol 3111/2016

excepciones en aquellos casos en que la publicidad afecte el cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, como lo expresa la parte final del inciso segundo del artículo 8° del texto constitucional. Aplicado al caso concreto, no resulta dicha norma jurídica contraria a la Constitución, atendido que no afecta garantías constitucionales de la parte requirente por estar debidamente resguardado el secreto o reserva acerca del modelo original que contiene el proyecto de energía renovable no convencional.¹⁰⁸

¹⁰⁸ TC, Rol 2870/2015

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES DE LA DISPOSICION LEGAL

I. REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

Como se sabe, la reforma de 2005 surgió de sendas mociones de senadores.

1. Moción parlamentaria

Así, una primera moción¹⁰⁹ se propone modificar la Constitución Política, incorporando un nuevo artículo 8:

"Artículo 8º. Las personas que ejerzan una función pública de cualquier naturaleza o representen al Estado en cualquier empresa o institución deberán conservar estrictamente el principio de probidad que exige un desempeño honesto, con prescindencia de cualquier interés ajeno al interés público.

*Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son **públicos**, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que **la publicidad afecte al debido cumplimiento de las funciones de tales órganos**, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.*

La ley determinará la forma de garantizar el cumplimiento de este artículo y regulará las responsabilidades por infracción a sus normas."

A su turno, la segunda moción¹¹⁰ estima conveniente introducir el siguiente texto:

¹⁰⁹ Moción boletín número 2526-07 de los senadores Chadwick Piñera, Andrés; Díez Urzúa, Sergio; Larraín Fernández, Hernán; Romero Pizarro, Sergio por la cual inician un proyecto de reforma constitucional que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica. Fecha 04 de julio, 2000. Cuenta en Sesión 07, Legislatura

¹¹⁰ Proyecto de reforma constitucional refundido, boletín 2534-07, de los senadores Bitar Chacra, Sergio; Hamilton Depassier, Juan; Silva Cimma, Enrique; Viera-Gallo Quesney, José Antonio. sobre elecciones de Diputados y Senadores, composición del Senado, integración y atribuciones del Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, Consejo de Seguridad Nacional, Plebiscito y otras materias que indica. 04 de julio, 2000. Cuenta en Sesión 07, Legislatura 342.

*"Artículo 8º.- Toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que **permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.***

Le corresponderá a la ley señalar la forma en que se cautelará la probidad de quienes representen a órganos públicos en cualquier empresa del Estado u organismo que esté sometido, total o parcialmente, a la legislación común aplicable a los particulares, o tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

2. **Comisión de Constitución del Senado**

Tal como se indica en el Informe de la Comisión de Constitución en el Senado:

*"Las dos mociones presentadas, puntualizó, revelan un apreciable grado de coincidencia en importantes materias, como la inclusión dentro de las bases de la institucionalidad de los principios de probidad y **transparencia** de las actuaciones públicas".¹¹¹*

Durante su análisis en el Senado, el Profesor Rolando Pantoja expresó:

"En cuanto a la publicidad, sin embargo, dijo que sería conveniente considerar ciertos aspectos que la diferencian de la transparencia. En general, explicó, la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que se le dio en la mencionada Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y de tener siempre a disposición de la ciudadanía los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de esos actos (...)

Respecto de la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto, tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos. Sólo excepcionalmente la Constitución

¹¹¹ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001. Cuenta en sesión 12, Legislatura 345.

*establece el secreto. Ello ocurre tratándose de las discusiones o deliberaciones de tratados internacionales –cuando así lo exija el Primer Mandatario- y de la correspondencia privada”.*¹¹²

A su vez, el profesor Humberto Nogueira expresó:

“el problema es definir hasta dónde llega el derecho a la información. Este, dijo, recae sobre el asunto que corresponde a la cosa pública, a lo que es de interés común para todos; por lo tanto, hay que acotarlo, porque, una vez más, sobre esta materia operará el control de constitucionalidad, el cual se estructura en base a tres parámetros: la legitimidad de la finalidad de la norma, porque la disposición legal, de acuerdo con el artículo 19, número 26.º, no puede afectar el contenido esencial de un derecho; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad, vale decir, si el medio es adecuado y proporcionado al objetivo perseguido, pues si no lo es, puede ser declarado inconstitucional, y, finalmente, la razonabilidad de la norma, vale decir, si tiene un fundamento que sea coherente con el objetivo y el medio que se va a perseguir.

Por lo tanto, enfatizó que debe delimitarse el alcance del derecho a la información, porque en la medida en que no se haga, se presentarán los problemas de interpretación y de aplicación de las disposiciones con posterioridad, sobre todo en materia de jurisdicción constitucional, la cual tiende a ampliarse y a cubrir todos los planos de la actividad estatal.

Respecto del principio de transparencia, expresó que él dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática.

Advirtió que no debe olvidarse que cada vez se percibe con mayor nitidez la existencia de un derecho común constitucional transnacional que es el Derecho de los Derechos Humanos y que, en esta materia, tanto los tribunales americanos como los europeos han puesto énfasis en que las normas deben ser interpretadas de acuerdo con el sentido y alcance de lo que es una sociedad democrática.

¹¹² Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

*Manifestó que eso hace que el sentido del secreto y de lo reservado no sea incompatible con la naturaleza y la finalidad de una República y de una sociedad democrática”.*¹¹³

Por su parte, el Ministro del Interior José Miguel Insulza hace presente lo siguiente:

“Respecto del tema de la publicidad y la transparencia, consideró que ya fue lo suficientemente debatido y definido con motivo de la dictación de la ya citada Ley sobre Probidad, de manera que la norma constitucional que se elabore en esta oportunidad no debería apartarse de aquellos criterios.

Enseguida, indicó que el texto de la Alianza por Chile presenta en forma más organizada los principios en estudio, razón por la cual, sin perjuicio de introducirle los perfeccionamientos del caso, se inclinó por éste.

*Advirtió que esta proposición cautela adecuadamente el secreto o la reserva en que deben mantenerse ciertos documentos y actuaciones, al confiar a la ley los casos en que ello es procedente. Señaló que la redacción propuesta es lo suficientemente amplia en este punto como para garantizar tanto la publicidad de las actuaciones de los órganos públicos como la buena administración del Estado”.*¹¹⁴

El Senador Hernán Larraín, profundizando el tema, puntualiza:

*“El segundo tema es el principio de **publicidad y transparencia que, antes que a las personas, se refiere a los órganos del Estado.***

Señaló que la propuesta de la Concertación se refiere a la publicidad, cosa que no hace la de su sector. La norma propuesta por la Alianza por Chile, explicó, incluye los principios de probidad y de transparencia y no el de publicidad, que consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan.

Entonces, recapituló, sería prudente decir, en primer lugar, que toda persona que desempeñe una función pública debe hacerlo observando el principio de probidad. En segundo término, que los

¹¹³ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹¹⁴ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

*órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de **publicidad**, y finalmente, que deben actuar en forma **transparente**, lo cual significa que las personas puedan **acceder a la información, con las restricciones que establecerá la ley.***¹¹⁵

El Senador Viera-Gallo insistió en que:

*"acorde con nuestra idiosincrasia, es menester preservar un equilibrio entre lo que las personas tienen derecho a saber y los documentos o debates internos de los órganos del Estado que no es conveniente que trasciendan a la opinión pública. A este respecto, manifestó que una alternativa a la norma propuesta, que **confía a la ley la determinación del secreto o reserva**, podría ser que cada organismo pudiera determinar en forma autónoma los casos en que la actuación o documento debe mantenerse en reserva. Entregar esta misión a la ley, agregó, ofrece el riesgo de que ésta sea tachada de inconstitucional por ser restrictiva, con lo cual se llega a un grado de transparencia completa de los órganos del Estado, para lo cual, en su opinión, nuestro país no está preparado".*¹¹⁶

El profesor señor Nogueira acotó que:

*"la **regla general es la publicidad y la excepción es el secreto**, que debe ser calificado por la ley de acuerdo con los criterios que proporcione la Constitución".*¹¹⁷

El H. Senador señor Hamilton adujo que:

*"en la Ley sobre Probidad se consagraron los mencionados principios en la forma que se ha señalado en este debate. En general, dijo, todos los documentos son públicos, excepto que esté comprometido el derecho de las personas, la seguridad de la Nación o **el debido funcionamiento del servicio**, pero **no queda al arbitrio del funcionario público el negar la información**. Si éste la niega, debe fundar su negativa en alguna de estas causales y **si el reclamante no concuerda, se prevé***

¹¹⁵ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹¹⁶ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹¹⁷ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

un procedimiento breve y expedito para que el juez resuelva".¹¹⁸

El H. Senador señor Larraín expresó que, a su juicio:

*"en la referida ley quedó recogido en mucho mejor forma el ámbito al cual se refiere el **principio de publicidad**. El artículo 11 bis que se agrega a la ley de Bases Generales de la Administración dice que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial. Esta norma precisa exactamente cuál es el principio de publicidad de los actos de los órganos de la Administración y cuáles son los documentos que deben servir de base a esta exigencia de publicidad. La redacción de la proposición en estudio resulta mucho más genérica, afirmó"*.¹¹⁹

Al intentar la redacción final, el H. Senador señor Parra dejó constancia que *"la primera proposición para introducir este artículo 8.º en la Constitución, provino de la Comisión Nacional de Ética Pública, en el año 1994, en cuyo seno don Ricardo Rivadeneira redactó una disposición sobre este particular que fue acogida por aquella Comisión"*.¹²⁰

El H. Senador señor Böeninger concordó, en términos generales, con todo lo dicho, compartiendo, no obstante, la observación del H. Senador señor Viera-Gallo en cuanto a que *"la transparencia total no es alcanzable"*. Planteó sus dudas acerca de *"si la referencia a la ley será suficiente para enfrentar todas las situaciones que se puedan presentar a raíz de la actuación de los distintos órganos de la Administración"*.¹²¹

Finalizado el debate, por unanimidad, la Comisión acordó recomendar la aprobación de la siguiente modificación a la Carta Fundamental:

¹¹⁸ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹¹⁹ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹²⁰ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹²¹ Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

Incorporar el siguiente artículo 8.º, nuevo:

"Artículo 8.º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al deber de probidad en las actuaciones en que les corresponda intervenir.

*Son **públicas** las resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, la ley podrá establecer la reserva o secreto de aquéllas o de éstos, **cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos**, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".¹²²*

En el segundo Informe de la Comisión se aprobó un nuevo texto, tomando en parte indicación del senador Espina: .

*"Son públicos **los actos y resoluciones** de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, la ley podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, **cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos**, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. ". "¹²³*

¹²² Senado. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento. Fecha 06 de noviembre, 2001

¹²³ Indicación Nº 39. Aprobado 5 x 0

La indicación número 39, del Honorable Senador señor Espina, reemplaza el artículo propuesto por el siguiente:

"Artículo 8.º Todo el que ejerce una función pública, de cualquier naturaleza o jerarquía que ella sea, en cualquiera de los poderes, organismos, entidades o empresas del Estado, deberá observar estrictamente el principio de probidad, que exige un desempeño honesto, con preeminencia del interés público sobre el privado.

Toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos empleados en su ejercicio; sin perjuicio de que, por necesidades de la seguridad o el interés de la Nación, calificadas por ley, ciertas materias deban mantenerse en secreto.

Las normas que regulen el funcionamiento de los poderes, organismos, entidades o empresas del Estado, deberán establecer que todas las personas que ejerzan funciones en ellos, sin excepción, quedan sujetas a la responsabilidad administrativa por infracción de los principios de probidad y transparencia a que se refieren los incisos anteriores, sin perjuicio de la responsabilidad política, civil o penal que pueda afectarles; y establecerán, también, los procedimientos para prevenir, investigar y sancionar las conductas que hagan incurrir en dicha responsabilidad."

3. **Discusión particular**

El senador Larraín resume desde el punto de vista histórico la evolución de la normativa:

“La norma que hoy día se está incorporando en la Constitución se originó en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, cuando se agregó a ella el Título III De la Probidad Administrativa.

En esa ocasión tuvimos la oportunidad de proponer, en la discusión particular, la disposición sobre transparencia. La iniciativa pertinente fue informada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, que la aprobó e hizo suya, y desde entonces dicha norma forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el hecho de que tal precepto admita excepciones, ciertamente, limita su ámbito.

Hubo una discusión en ese entonces, tanto en la Comisión como en la Sala, sobre cuál debería ser su campo de acción. Algunos fuimos partidarios de que tuviera la menor restricción posible, porque los órganos públicos, por definición, aunque parezca redundante, deben ser públicos; es decir, tienen que poder y deben publicitar todas sus actuaciones.

En tal sentido, las restricciones, obviamente, permiten que muchas veces se burle tal principio.

Sin embargo, la norma que ahora se sugiere sólo autoriza a la ley a establecer las restricciones. En tal virtud, ha de entenderse que ello no queda sujeto a la discrecionalidad de la autoridad. Es más, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado fija un procedimiento para el caso de que la autoridad, dentro de las atribuciones que una normativa le otorgue, niegue el acceso a un documento público, obligándola por medio de los tribunales a publicitarlo, a menos que efectivamente tengan lugar ciertas características o circunstancias que se establecen ahora en la Constitución.

Me parece que dar rango constitucional a las excepciones refuerza precisamente lo que éstas son: excepciones. Y ellas deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal. Por lo tanto, sólo la ley puede restringir el principio de transparencia que ha de imperar en toda actuación de una autoridad pública.

Por eso, lejos de parecer una contradicción, este precepto no sólo refuerza la probidad como una señal de honestidad que debe prevalecer y que ha prevalecido en la mayoría de las actuaciones en la historia de los funcionarios públicos chilenos (salvo honrosas

y destacadas excepciones), sino que también agrega la transparencia.

Lo anterior nos obliga incluso a transparentar nuestras actuaciones, lo cual no siempre hacemos. Por ejemplo, el trabajo en Comisiones continúa siendo exageradamente reservado. En conformidad a esta norma, deberíamos buscar la manera de darle mayor publicidad. De modo que ésa debe ser la tendencia. Así se dará más fuerza el hecho de que sea un principio constitucional".¹²⁴

Por su lado, el Senador Fernández indica:

*"Con relación a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, aquí se establece que **todos son públicos como regla general**. Ésa es la regla general. Es decir, **sólo por ley, cuando ésta se fundamente en los casos señalados en la norma que nos ocupa, pueden dejar de ser públicos**. De manera que la inmensa mayoría de los actos serán públicos, salvo que el legislador, considerando alguno de esos factores, específicamente determine lo contrario.*

*La disposición representa un progreso en todo lo relacionado con la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Porque el legislador, conforme a su responsabilidad como tal, deberá estudiar en cada caso si concurren o no las causales establecidas en la Constitución. Y el Congreso Nacional, que es la expresión de la voluntad soberana, calificará la situación en cada oportunidad, sobre la base del **cumplimiento de las funciones de dichos órganos**, de los derechos de las personas, de la seguridad de la nación o del interés nacional.*

Sin embargo, mientras no se dicte una norma legal específica, la regla general ordena que los actos son públicos; y cada caso tendrá que ser analizado por el Congreso.

*Por consiguiente, considero que éste es un avance, pues resulta absolutamente necesario que exista algún tipo de limitación. **La publicidad excesiva de todos los actos puede conducir a que los órganos del Estado no les sea factible cumplir sus funciones** o a que se perjudique a las personas o a ciertas acciones que deben llevar a cabo tales entidades. Por ejemplo, si a todas las resoluciones de las autoridades ejecutivas o económicas tuviera que dárseles una publicidad instantánea, se perjudicaría el cumplimiento de sus fines. Por lo tanto, ello debe ser calificado por ley. No queda entregado al criterio de un funcionario ni al del*

¹²⁴

Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular.

*propio órgano estatal, sino que éste ha de ceñirse a la ley. Ésa es la garantía”.*¹²⁵

A su turno, el Senador Espina recuerda:

*“La norma ahora propuesta es totalmente distinta respecto de la extensión. No obstante que comparto el criterio de que –como se ha dicho- sea **el propio legislador quien califique si se afecta el debido cumplimiento de las funciones de un órgano público**, estimo que conceptualmente **aquella es muy amplia. Se da una enorme extensión a la posibilidad de que una ley establezca la reserva o el secreto.***

*Por lo tanto, como estamos en el segundo informe, solicito **eliminar** -me lo expresó el Senador señor Horvath- la frase **“el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas”**, y dejar las palabras **“la seguridad de la Nación o el interés nacional”**, porque estas causas realmente pueden ameritar actos o resoluciones de los órganos de Estado que por ley deben ser reservados o secretos.*

No me parece que exista otra materia en la que corresponda la excepción. Quizás en determinado momento alguna resolución afecte ciertos derechos de las personas y entonces se los quiera proteger.

*Sin embargo, **la expresión “cuando se afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos” es extraordinariamente amplia.***

*Por lo tanto, presentaré indicación para **acotar la norma** en los términos que acabo de señalar.*

*Insisto en que me parece bastante más precisa la indicación al inciso segundo que presentamos en la Comisión y que no fue acogida, porque regulaba de manera más correcta el carácter de reservado o secreto que puedan tener algunas resoluciones de los órganos públicos”.*¹²⁶

El Senador Viera-Gallo al respecto afirma:

“estimo correcta la norma, porque el principio general dice que los actos son públicos.

Ahora bien, el constituyente entrega la responsabilidad al Parlamento -no a cada organismo según su parecer- para que pueda establecer cuatro tipo de excepciones. En primer lugar,

¹²⁵ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

¹²⁶ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

cuando lo exija el buen funcionamiento del órgano estatal. Por ejemplo, muchas resoluciones de carácter económico emanan de deliberaciones de entes colegiados que, si se hicieran públicas anticipadamente, producirían un grave entorpecimiento en el correcto accionar de la institución respectiva. No es necesario recordar el caso INVERLINK. O sea, el solo hecho de difundir eso ya es algo que produce un efecto. Entonces, parece natural que en tales casos pueda existir reserva. Con los derechos de las personas ocurre lo mismo. Hemos dictado una ley para la protección de sus datos (por ejemplo, a los efectos de que sean confidenciales los atinentes a la salud). ¿Con qué objeto? Para que la gente no se vea perjudicada. Restringimos lo que es DICOM. ¿Con qué fin? Para que las personas no se vean afectadas. En fin, habría mil ejemplos sobre el particular. Obviamente, los conceptos de seguridad de la nación e interés nacional son más vagos. Pero la seguridad de la nación dice relación a todo el sistema de inteligencia. ¿Quién podría argumentar que la inteligencia de un país debe ser pública, o sea, que se sepa cuáles son los espías -si los tenemos-, quiénes los informantes? Sería ridículo. Ahora, el interés nacional es quizá lo que pudiera resultar más vago. Empero, con ello se hace referencia a cierto bien común que el Parlamento habrá de ponderar en cada caso. Ya lo hicimos una vez, cuando dictamos la ley sobre probidad, como recordó el Honorable señor Larraín. Ahí se determinaron algunos criterios. Y si el organismo público califica mal, existe un recurso. O sea, hoy se puede recurrir a la Corte de Apelaciones -si no me equivoco-, que decide en definitiva. Entonces, hay una instancia independiente de la Administración. Por consiguiente, considero que se trata de una norma equilibrada. Señor Presidente, no está en la cultura jurídica de que somos herederos una mayor transparencia. En el caso de Estados Unidos, donde existen normas de mayor transparencia, es tanto que a veces se ha llegado a la obligación de hacer reuniones formales e informales. Como las formales son públicas, la única de manera de tomar decisiones es realizar antes reuniones informales. Entonces, se burla la transparencia. Es decir, cuando todo es tan transparente, o se derrumba el Estado, porque no puede funcionar -sería como una asamblea pública permanente-, o se debe actuar subrepticamente".¹²⁷

¹²⁷ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

El Senador Chadwick resume:

*"creo que la verdadera garantía que tenemos respecto de la aplicación del principio está precisamente en que la excepción se entrega a la ley. Y, como manifestó Su Señoría -y lo repitieron otros Senadores-, el Parlamento va a ponderar la aplicación de la excepción, dentro del espíritu señalado por prácticamente todos los colegas (mencionaré sólo a los Honorables señores Fernández y Larraín, para no incomodar a otros Senadores con la referencia). También quiero señalar un punto importante con respecto a las causales por las que se habilita a la ley para establecer las normas excepcionales pertinentes: es **mejor consagrar en la Constitución causales** con la garantía de la ley más amplias que restringidas, atendida la imposibilidad de colocarse previamente en situaciones que no sabemos cómo se van a dar.*

El Senador señor Viera-Gallo aludía recién a la reserva de los datos personales. Hace veinte años era improbable prever que éste iba a ser un tema extraordinariamente relevante en la protección del derecho a la intimidad de las personas, pues nadie podía imaginar la magnitud del uso y abuso de la información en lo concerniente a esos datos.

*Entonces, a los efectos de no estar permanentemente modificando la Constitución por circunstancias que no podemos prever, optamos por **disponer causales cuya garantía -insisto- está en la ley pero que tengan cierta amplitud, porque de lo contrario, si se presentan circunstancias nuevas, habría que entrar a enmendar la Carta para contemplar la excepción.***

El constituyente debe tratar siempre de dejar márgenes amplios para cubrir situaciones futuras que no se pueden prever.

Y las causales determinadas para consagrar las excepciones están funcionando hoy. La experiencia nos indica que, en virtud de esas causales, se contemplan excepciones que no son discutibles para el normal funcionamiento de los órganos públicos.

*Yo no he escuchado a alguien decir que debieran ser públicas y transparentes y tener la máxima publicidad, por ejemplo, las decisiones que adopta el Banco Central para fijar las tasas de interés. Si así fuera, ello provocaría un daño enorme. Por lo tanto, para el **buen funcionamiento de un órgano** como el Instituto Emisor, ciertos trámites deben estar sujetos a reserva. Y lo propio ocurre en materia de investigaciones policiales.*

*Estamos discutiendo el proyecto sobre Unidad de Inteligencia Financiera. Ahí se regulan actuaciones que, para **el buen funcionamiento de ese órgano y la consecución del fin para***

el que se crea, deben estar protegidas bajo determinada reserva durante cierto tiempo.

Y en lo concerniente a los derechos de las personas, es el elemento más importante por considerar como factor de excepción a la transparencia. ¿O queremos que en materia de filiación o de adopción, por ejemplo, todos los documentos sean públicos?

Entonces, es mejor establecer el principio -como lo hemos hecho- a nivel constitucional y garantizar la excepción por ley, con causales que tengan cierta amplitud, para los efectos de no estar modificando permanentemente la Carta Fundamental frente a eventuales hechos nuevos".¹²⁸

4. **Proposición de eliminar referencia a causal "debido cumplimiento de las funciones"**

El Senador señor Horvath propone **eliminar** en el inciso segundo del artículo 8º, nuevo, la expresión **"el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas,"**. En consecuencia, la frase final de ese inciso diría: *"Sin embargo, la ley podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando se afectare la seguridad de la Nación o el interés nacional."*¹²⁹

Sobre el punto, el Senador Espina expresa:

*"no pretendo abrir discusión, sino simplemente advertir que, al radicarse la excepción en una ley simple, con nueve señores Senadores se podría establecer el secreto de todos los actos y resoluciones de los organismos públicos, sobre la base de que su difusión afecta al debido cumplimiento de sus funciones. Es absurdo que mediante una ley común, sin la exigencia de **quórum especiales**, por una mayoría transitoria del Parlamento, sea factible dar carácter secreto, so pretexto de la norma en debate, a todo tipo de actos y resoluciones de los órganos públicos.*

Perdónenme, Honorables colegas, pero sólo estoy haciendo una prevención hacia el futuro exactamente en sentido inverso.

Con una norma tan amplia, que posibilita afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, una mayoría relativa en el Parlamento -ley simple- permitiría al Gobierno decir: "A todas estas materias, por afectar el funcionamiento de los entes estatales, les asigno el carácter de secretas".

¹²⁸ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

¹²⁹ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

Ello me parece un exceso. Y por eso el legislador establece causales más específicas; por ejemplo, la seguridad de la nación.

Se me ha dicho que debe incorporarse la frase relativa a los derechos de las personas, que nosotros habíamos incluido en la solicitud de votación separada. Yo estoy dispuesto (...)

Sólo pido que se incluyan los derechos de las personas y que se elimine la expresión "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos".¹³⁰

El señor HORVATH expresa que "retiraría la expresión referida a "los derechos de las personas".¹³¹

El señor HOFFMANN (Secretario) pone en votación el artículo 8º, nuevo, salvo la frase "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos"; lo que se aprueba.¹³²

El señor ZALDÍVAR, don Andrés (Presidente).- Ahora corresponde pronunciarse sobre la inclusión de la frase "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos,".

Sobre este punto, el Senador Gazmuri expresa:

"La Constitución establece un marco general, que es la plena transparencia, y después encarga a la ley las excepciones. Pero éstas, a mi juicio, deberían ser lo más precisas posible, a fin de que efectivamente la ley tenga fundamentos y no haya margen a abusos de minorías o de mayorías eventuales.

En verdad, el alcance de la expresión "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos" me parece demasiado amplio. Por ejemplo, podría dar lugar a que, en la presentación de una iniciativa sobre asuntos que por su propia naturaleza deberían ser públicos, una mayoría determinada quisiera hacerlos privados. Y no se podría recurrir contra esa ley ante el Tribunal Constitucional porque la Carta Fundamental contendría una norma de extraordinaria amplitud.

Entiendo que algunos órganos, por su propia naturaleza, son muy específicos. Estoy de acuerdo en que el concepto de "seguridad

¹³⁰ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

¹³¹ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

¹³² Ello queda aprobado el artículo, sin la frase señalada, con 36 votos a favor y 2 abstenciones.

nacional”, aun cuando genérico, es específico. El interés nacional y los derechos de las personas también podrían considerarse específicos. Pero cualquier organismo del Estado no tiene ese carácter. Reconozco que algunos, como el Banco Central, son específicos. En general, los órganos económicos lo son; pero no otros.

*En consecuencia, **la expresión ha adquirido un sentido demasiado genérico en la forma propuesta.** Sin embargo, la Comisión podría buscar una fórmula que a todos nos satisficiera. Porque ésta -repito- me parece en extremo amplia, dado su carácter constitucional*

Por lo tanto, voto en contra de incluir la frase”.¹³³

El señor PROKURICA afirma:

*“voy a rechazar la incorporación de la frase porque, como muy bien lo planteó el Honorable señor Ávila, quien conoce el tema - votó al revés, pero entiendo que cambiará su pronunciamiento-, durante doce años de labor de fiscalización en la Cámara de Diputados CODELCO nos negó información basándose en que, **“debido al cumplimiento de sus funciones”**, no podía entregarla.*

Francamente, al igual que otros señores Senadores, no soy partidario de establecer frases testimoniales, porque en la práctica en este tipo de expresiones se apoyan quienes terminan produciendo desastres como los que han afectado a empresas del Estado.

Por eso, prefiero no incorporar la frase y que esta materia mantenga su carácter reservado.

Ojalá que la normativa, como ha planteado el Senador señor Espina, no se concrete en una ley común, porque hoy innumerables legislaciones -habría que revisarlas- autorizan el secreto.

También podrían generarse otras nuevas para no entregar información. La transparencia, sin duda, es el mejor remedio para que los recursos se utilicen bien”.¹³⁴

En definitiva, se aprueba la frase por 33 votos contra 9.¹³⁵

¹³³ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

¹³⁴ Senado, Legislatura 349, Sesión 04, Fecha 11 de junio, 2003. Discusión Particular

¹³⁵ Se aprueba la inclusión de la frase "el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos" (33 votos contra 9). Votaron por la afirmativa los señores Aburto, Arancibia, Boeninger, Bombal, Canessa, Cariola, Coloma, Cordero, Chadwick, Fernández, Flores, Frei (doña Carmen). Frei (don Eduardo), García, Larraín, Lavandero, Martínez, Matthei, Moreno,

5. Congreso Pleno

Ya en el Congreso Pleno, el Senador Espina recuerda: "*Se consigna el principio de publicidad y transparencia. La totalidad de los actos, resoluciones y procedimientos de los órganos del Estado serán públicos. De modo que la reserva o secreto tendrá carácter excepcionalísimo y se decretará mediante una ley aprobada con quórum calificado y sólo cuando afecte derechos de las personas o la seguridad de la nación. Con ello el Estado de Chile pasará a ser abierto, democrático, transparente, y en él la gente tendrá pleno derecho a conocer las decisiones de las autoridades y las razones que las movieron a adoptarlas*".¹³⁶

6. Análisis de la historia constitucional

La reforma constitucional incorporó en el artículo 8 los principios de publicidad y transparencia, los que imponen obligaciones a los órganos del Estado, en protección y defensa de los particulares.

La regla general ciertamente es la publicidad, de modo que la excepción es el secreto o reserva, lo que sólo puede establecerse por ley de quórum calificado.

La Carta Fundamental precisó además las causales específicas que autorizan dicha excepción, entre las cuales se encuentra la circunstancia de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos.

Hubo un amplio debate sobre su alcance e incluso se propuso su eliminación, dado su carácter vago y genérico, lo que, en definitiva, no prosperó. Los partidarios de la norma, en cambio, hacían presente que la misma podía entorpecer o dificultar el accionar de la institución respectiva.

En todo caso si el reclamante no concuerda con la calificación se pensó en la existencia de un procedimiento judicial breve y expedito. Lo fundamental es que la garantía fundamental debía ser el pleno conocimiento de las actuaciones administrativas.

Muñoz Barra, Orpis, Parra, Pizarro, Ríos, Ruiz-Esquide, Sabag, Stange, Valdés, Vega, Viera-Gallo, Zaldívar (don Adolfo), Zaldívar (don Andrés) y Zurita. Votaron por la negativa los señores Ávila, Cantero, Espina, Gazmuri, Horvath, Naranjo, Núñez, Prokurica y Romero.

¹³⁶ Congreso Pleno. Legislatura 353, sesión Congreso Pleno. Fecha 16 de agosto, 2005. Ratificación de Reformas Constitucional. Se aprueba.

II. **HISTORIA FIDEDIGNA DEL ARTÍCULO 28, INCISO 2° DE LA LEY 20.285**

1. **Moción parlamentaria**

Sabido es que esta materia surgió primitivamente por moción parlamentaria.¹³⁷ En ella se indican como ideas esenciales:

“El derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la administración del estado y de la documentación que sustenta tales actos, es un tema relativamente nuevo en nuestro país.

*Este derecho constituye un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de **transparencia en el ejercicio de las funciones públicas**, a la vez que facilita la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos.*

Es por lo anterior, que diversas legislaciones en el mundo, han realizado esfuerzos importantes con el fin de consagrar este derecho a la información en su legislación interna, tanto a nivel constitucional como legal, dictándose en parte importante de las democracias occidentales, cuerpos legislativos únicos y coherentes sobre esta materia, esfuerzo que se encuentra reforzado por tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y aquellos referidos a la prevención de la corrupción.

*Así también, la publicidad de los actos de gobierno, permite que el ciudadano pueda controlar en forma efectiva dichos actos, no sólo por medio de una comparación de los mismos con la ley, sino también ejerciendo el derecho de petición. Se trata, entonces, de un control en manos de los ciudadanos, que junto a los otros controles ideados en el marco del Estado de Derecho, contribuyen a fortalecer la transparencia de la función pública y la reducción de los posibles ámbitos de corrupción, pues el carácter multifactorial de la corrupción exige otros medios que junto con los tradicionales del derecho penal permita ampliar el efecto preventivo de las acciones estatales y de los ciudadanos”.*¹³⁸

Como consecuencia de lo anterior, se expresa:

¹³⁷ Moción de los Senadores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández. Fecha 04 de enero, 2005. Cuenta en Sesión 23, Legislatura 352. Senado.

¹³⁸ Historia de la Ley 20.285, p. 5

"En vista de lo anterior, es que se hace necesario suplir las manifiestas deficiencias prácticas de nuestra legislación sobre acceso a la información pública, por lo cual proponemos un proyecto de ley que corrija las manifiestas deficiencias señaladas. Por último, cabe señalar que este proyecto ley sólo busca regular parte del derecho a la información, y específicamente al referido al acceso de la información de la Administración del Estado, y el Poder Legislativo, quedando pendiente para la discusión parlamentaria, la forma de hacer extensivo tales principios a la actuación administrativa del Poder Judicial y los órganos que con ella colaboran".¹³⁹

De esta forma, se propone una modificación a la Ley de Bases de la Administración del Estado:

Reemplazase los incisos undécimo y duodécimo del artículo 13, por los siguientes:

"Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes:

a) Cuando la ley haya calificado dichos documentos o antecedentes como reservados o secretos.

b) Cuando su comunicación o conocimiento impida o entorpezca gravemente el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido.

c) Cuando su comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable, incluidos los expedientes médicos o sanitarios.

d) Cuando puedan lesionar intereses comerciales u otros de tipo económicos, ya sean públicos o privados.

e) Cuando puedan afectar a la Seguridad Nacional o la Seguridad Pública.

La calificación de reserva, total o parcial, establecida en las letras b) a e) deberá ser fundada y motivada, y sólo procederá sólo si el peligro de daño sobrepasa el interés público que promueve la transparencia y publicidad de los actos y documentos de la administración o en poder de ésta.

Los actos que la ley declare como secretos o reservados mantendrán dicho carácter por un plazo máximo de 20 años, el cual podrá ser prorrogado mediante decreto supremo fundado. Vencido dicho plazo o levantada la calidad de secreto o reservado, toda persona tendrá derecho a acceder a estas informaciones y la

139

Ibid.

autoridad o instancia correspondiente estará obligada a proveer los medios para expedir las copias pertinentes que le sean requeridas. Sin perjuicio de lo anterior, la declaración de secreto o reserva de documentos específicos podrá ser objeto de revisión judicial y someterse al examen de interés público indicado en el inciso precedente.

En caso de rechazo de la acción judicial señalada en el inciso precedente, esta no podrá volver a ejercitarse hasta un año después de la sentencia judicial que se pronunció sobre la declaración de secreto o reserva.

En todo caso, la entrega de copia de los actos y documentos, se hará por parte del órgano requerido sin imponer condiciones de uso o restricciones a su empleo, salvo las expresamente estipuladas por la ley.”¹⁴⁰

De igual manera se propone:

Reemplazase el inciso primero del artículo 14, por el siguiente:

“Vencido el plazo previsto en el artículo 13 para la entrega de la información requerida, o denegada la petición por alguna de las causales establecidas en la presente ley, el requirente tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del órgano o institución requerido, o del suyo propio, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo al derecho consagrado en el artículo 13 de la presente ley”.¹⁴¹

2. **Discusión de la normativa**

Nos centraremos en la discusión de la normativa, especialmente, en lo referente a la reserva referida al adecuado funcionamiento del órgano administrativo y a las limitaciones en materia de acceso jurisdiccional respecto de la misma.

El Senador señor Jaime Gazmuri hizo presente:

¹⁴⁰ Historia de la Ley 20.285, p. 10

¹⁴¹ Informe de la CS 31.1.2005: *“Esta única modificación no merece objeción alguna por parte de esta Corte, ya que agrega como tribunal competente el del domicilio del requirente, lo cual facilita la interposición del recurso pertinente. No obstante lo anterior, se sugiere suprimir en el artículo modificador la frase “que se encuentre de turno según las leyes correspondientes”. En efecto, existen Jueces de letras en lo Civil que se sujetan al sistema de distribución de causas y no al turno”.*

“que el proyecto tuvo una tramitación relativamente rápida en el Senado y, ahora, tras el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que recomienda a Chile adecuar su legislación en materia de transparencia de los actos de la Administración, ha tomado nuevo impulso.

Agregó que el proyecto regula el acceso a la información pública, materia contemplada en la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado y que el tema a dilucidar es que una vez declarado el acceso universal a la información, debe determinarse los mecanismos en virtud de los cuales se establecerán las excepciones a este principio, por cuanto resulta evidente que determinados actos de la Administración tienen que ser objeto de reserva. Así, por ejemplo, una de las causales de reserva, fundada en la afectación de los derechos de las personas, se relaciona con la lesión de intereses comerciales u otros de tipo económico, ya sean públicos o privados. Al respecto, hubo un largo debate acerca del estatuto de las empresas públicas que operan en mercados competitivos, las que tienen una naturaleza distinta a los demás órganos de la administración y respecto de las cuales hacer pública toda la información que aquí se trata, podría dañar su giro.

Señaló que la reserva la declara hoy día la administración por medio de un decreto y dada la tendencia atávica al secretismo, el criterio para aplicar la reserva resulta bastante amplio.

*Entre los criterios que establece la Constitución, que el proyecto reproduce y que exigen una ley de quórum calificado, está el hecho de que la entrega de la información **impida o entorpezca gravemente las funciones del órgano requerido, que es el más complejo y que es, normalmente, la razón por la cual la Administración no entrega la información solicitada, motivo por el cual creía que se trataba de una causal que debería precisarse más.** Añadió que la declaración de reserva, de acuerdo al proyecto, debe ser fundada, pero no se señala quien debe fundarla. Actualmente tal fundamentación corre a cargo de los jefes de servicios, aunque piensa que ello debería hacerse por medio de un decreto presidencial. Asimismo, aún cuando el proyecto entrega la fiscalización del cumplimiento de esta ley a la justicia, siempre fue partidario de entregar esta función a una autoridad específica, encargada de velar por su cumplimiento, tal como ocurre en la legislación mexicana.*

Agregó que uno de los puntos más importantes a definir, consiste en determinar cual es la información a que se puede acceder. El proyecto señala al respecto no sólo los actos sino los informes y

*antecedentes que dan lugar a dicho acto, es decir, toda la información que el Estado maneje”.*¹⁴²

A su turno, el Senador Hernán Larraín:

“expresó su satisfacción por la reactivación de esta iniciativa, cuya tramitación había sido un tanto lenta. Creía que el análisis de esta normativa en este segundo trámite podría mejorar sus disposiciones.

Dijo creer que gran parte del problema de la falta de transparencia radica en la percepción que tienen los funcionarios públicos acerca de lo que pueden o no hacer y, seguramente, por temor o por la costumbre existente en cada servicio, la tendencia es más bien a cerrar las puertas que a abrirlas. A su parecer, si hubiera alguna entidad que pudiera prestar algún tipo de asesoría o de capacitación para romper los mitos imperantes, podría avanzarse mucho.

Señaló que lo más acertado sería la creación de una institucionalidad pública que pudiera hacerse cargo de esta materia, cuestión que se trató con el Ejecutivo pero sin lograr un compromiso, aún cuando sí se obtuvo la promesa de expresar estas disposiciones en un estatuto específico, fuera de la Ley de Bases.

Sostuvo que se trataba de una legislación de interés nacional toda vez que su vigencia se traduciría en una disminución de las irregularidades, puesto que si la persona sabe que lo que está haciendo será de conocimiento de todos, se preocupará de la eficiencia en su trabajo y evitará incurrir en actuaciones ilegales. Señaló que la entidad que creía debería establecerse, en otros países hace las veces de un tribunal y recibe las reclamaciones de quienes se ven privados del acceso a la información por alguna determinada causal.

*Pensaba que un organismo de esta naturaleza podría ser más efectivo que un tribunal ordinario, ya que no tendría problemas en tratar con las autoridades como partes del diferendo, sin perjuicio, además, de que no existiría la desventaja que suele afectar a la autoridad en cuanto a expresar debidamente las razones de su decisión ante un tribunal. Una comisión de hombres buenos o de gente intachable, podría facilitar la aplicación de las normas y la determinación de cuando una decisión de reserva de la información es o no procedente”.*¹⁴³

¹⁴² Historia de la Ley 20.285, p. 167

¹⁴³ Historia de la Ley 20.285, p. 168

El señor Felipe del Solar Agüero, Director del Centro de Transparencia de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez y socio de Chile Transparente:

*"Se mostró contrario a la causal de reserva que dice relación con el entorpecimiento del **debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido**, por cuanto se trataba de un criterio que había demostrado ser constitutivo de reales barreras al acceso a la información pública en muchos países".¹⁴⁴*

La señora Paulina Veloso Valenzuela, Ministra Secretaria General de la Presidencia:

*"Agregó que las excepciones a la publicidad están constituidas por las causales de secreto o reserva que consagra el artículo 8° de la Constitución, más un par de nuevas causales sugeridas por la Comisión de Expertos convocada por la Jefe del Estado y que la indicación agrupa en cuatro categorías atendiendo a si la publicidad **afecta el cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración**, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".¹⁴⁵*

Los señores Juan Pablo Olmedo Bustos y Tomás Vial Solar, Presidente y miembro del Directorio de la Fundación Pro Acceso:

*"En lo que se refiere a la causal del número 1, es decir, la **afectación grave de las funciones del órgano, la estimaban una causal genérica y muy abierta, que sería conveniente precisar, desglosando los diversos intereses que podrían resultar afectados**. Así, en el caso de la aplicación de una ley, la reserva podría fundarse en la afectación grave de las funciones de prevención, control, vigilancia, investigación y persecución de crímenes o delitos".¹⁴⁶*

3. **Nuevo texto**

En el texto, surgido de indicación presidencial, se establece como causales únicas de excepción de secreto o reserva:

Artículo 21.-

¹⁴⁴ Historia de la Ley 20.285, p. 169

¹⁴⁵ Historia de la Ley 20.285, p. 173

¹⁴⁶ Historia de la Ley 20.285, p. 177

Señala las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. Éstas son:

1.- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte gravemente el cumplimiento de las funciones del órgano requerido, incluyendo las siguientes situaciones:

a) *Que pueda ir en desmedro de la aplicación de las leyes, especialmente en lo relativo a la prevención, investigación y prosecución de un crimen, y*

b) *Que se trate de deliberaciones de los órganos o funcionarios públicos previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de la publicidad de los fundamentos de la resolución, medida o política finalmente adoptada".¹⁴⁷*

4. **Discusión parlamentaria**

El Diputado señor Eluchans:

*"tomando como ejemplo de su argumentación, la primera causal de secreto o reserva contenida en el artículo 8° de la Carta Política, es decir, **cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, señaló que este artículo 21 lo que hacía era precisar cuando se producía tal afectación, lo que evidentemente interpretaba su texto fijando su sentido, sin perjuicio, además, que el mismo artículo, en cada uno de sus cuatro primeros números, emplea la frase "incluyendo las siguientes situaciones", lo que sólo puede entenderse como que no es posible desprender que tales situaciones estén incluidas en las causales y, por ello, resulta necesario que la norma diga expresamente que deben entenderse incluidas".¹⁴⁸***

En relación al contencioso judicial, tal como se señala en el Informe de la Comisión de Constitución:

Artículo 27.- (pasó a ser 28)

Dispone que en contra de la resolución del Instituto que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

¹⁴⁷ Historia de la Ley 20.285, p. 199. Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

¹⁴⁸ Historia de la Ley 20.285, p. 201. Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

*Su inciso segundo señala que **los órganos de la Administración del Estado sólo tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Instituto que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en las causales de los números 3, 4 y 5 del artículo 21.** Cuando la causal invocada hubiere sido la oposición oportunamente deducida por el titular de la información, de conformidad con el artículo 20, sólo el afectado podrá reclamar de la resolución del Instituto ante la Corte de Apelaciones respectiva.*

Su inciso tercero agrega que el reclamo deberá interponerse en el término fatal de cinco días, 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.

*Respecto de esta norma, el Diputado señor Eluchans recordó que **se había convenido autorizar el reclamo por parte del órgano del Estado de que se tratare, únicamente por las causales de seguridad nacional e interés nacional,** es decir, las señaladas en los números 3 y 4 del artículo 21, y, en este caso, al incluirse también el número 5 de ese artículo, se permitía recurrir por las restantes causales, toda vez que la ley de quórum calificado podría haberse dictado sobre la base de aquéllas.*

Los representantes del Ejecutivo argumentaron que también debería admitirse la posibilidad de apelar por la causal que se refiere a la afectación de los derechos de las personas, contenida en el número 2, opinión que la Comisión acogió, procediendo el Ejecutivo a presentar la siguiente indicación para sustituir el inciso segundo por los dos siguientes:

"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. Tampoco procederá el reclamo cuando habiéndose invocado la causal del número 5, la respectiva ley de quórum calificado se hubiere fundado en que la publicidad de la información **afectare el debido cumplimiento de las funciones del órgano.**

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."

Se aprobó la indicación conjuntamente con el artículo, por unanimidad, sustituyendo en el inciso primero la expresión "Instituto" por "Consejo para la Transparencia".¹⁴⁹

De este modo, el texto aprobado señalaba:

Artículo 28.- En contra de la resolución del Consejo para la Transparencia 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. *Tampoco procederá el reclamo cuando habiéndose invocado la causal del número 5, la respectiva ley de quórum calificado se hubiere fundado en que la publicidad de la información afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano.*

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 término fatal de cinco días, 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.

El Ministro Viera-Gallo respecto de las causales expresa:

*"En cuanto al secreto o reserva, repito, sólo puede existir, según la Constitución, **en los casos en que sea indispensable para el cumplimiento de las funciones del organismo público requerido**, cuando afecta el derecho de terceras personas, según lo dispone la ley sobre protección de los datos personales; la seguridad de la nación o el interés nacional.*

Corresponderá a la jurisprudencia ir precisando con mucha claridad estas causales, porque no están establecidas pormenorizadamente en el proyecto de ley. Por lo tanto, serán los organismos jurisdiccionales o el Consejo de la Transparencia que crea el proyecto, los que tendrán que ir delimitando caso a caso

¹⁴⁹ Historia de la Ley 20.285, p. 206. Informe de Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento

cuál es la frontera entre el libre acceso y el ámbito de reserva, teniendo siempre presente el fallo de la Corte Interamericana, que expresó que la reserva tiene que ser proporcional al bien jurídico que se busca proteger, porque el principio rector es la transparencia y, por lo tanto, el libre acceso a la información pública”.¹⁵⁰

El Diputado Bustos hace presente:

*“Además, se ha establecido en forma clara cuáles son los casos especiales de reserva en esta materia, con el objeto de que no se amplíen - como se acostumbra- para evitar dar la información correspondiente. En ese sentido, está implícita la **proporcionalidad** -como decía el ministro-, lo que implica que, a su vez, la reserva sea lo menos restrictiva posible. Desde esa perspectiva, que es el marco teórico del proyecto, resulta sumamente relevante para nuestro país”.¹⁵¹*

En sesión de 10 de julio de 2007, expusieron conjuntamente los señores Juan Pablo Olmedo y Tomás Vial, Presidente y Director de la Fundación Pro Acceso, respectivamente, respecto de la causal de afectación del funcionamiento del órgano:

*“Esta causal posee varias situaciones, que no la agotan, por lo que ella **continúa siendo una causal genérica y muy abierta**, pese a la calificación de “grave” que debe ser el efecto de la publicidad, que en algo reduce la potencial restricción. Parece más garantístico desglosar los diversos intereses que podrían ser afectados, precisando de esta forma la excepción.*

Así, en el caso de la aplicación de las leyes, precisar que se podrá declarar reservada o secreta cuando la información afecte gravemente a las funciones de prevención, vigilancia, control, investigación y prosecución de crímenes, delitos y otras infracciones a las leyes.

A su vez, la causal de negativa fundada en “cuando la información hubiese sido obtenida por un tercero en forma confidencial” es subjetiva, amplia y vaga”.¹⁵²

¹⁵⁰ Historia de la Ley 20.285. Discusión en Sala; p. 277

¹⁵¹ Historia de la Ley 20.285. Discusión en Sala; p. 285

¹⁵² Historia de la Ley 20.285; p. 355

5. Informe de la Corte Suprema

La Corte Suprema a su vez señaló lo siguiente respecto de esta disposición:

*"El artículo 28 autoriza un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en contra de la resolución que deniegue la información, Enseguida, dispone que los órganos recurridos no podrán, a su vez, reclamar de la resolución del Consejo que otorgue la información, en caso de que ésta se funde en la causal del N° 1 del artículo 21 (cuando la publicidad de la información **afecte las funciones del órgano requerido** en desmedro de la aplicación de las leyes, especialmente en lo concerniente a la prevención, investigación y persecución de un crimen, o bien se trate de deliberaciones previas a una resolución, medida o política).*

Tampoco es reclamable la denegación de información que tiene como base una ley de quórum calificado cuyo fundamento sea que la publicidad de aquélla afectaría las funciones del órgano.

El reclamo se interpone en el término fatal de cinco días contados desde la notificación de la resolución recurrida".¹⁵³

6. Informe de la Comisión Mixta

"El artículo 21 de la Ley de Transparencia del texto despachado por la Honorable Cámara, enumera las únicas causales de secreto o reserva para denegar total o parcialmente la información solicitada:

1. Que el conocimiento del contenido o publicidad de la información afecte gravemente las funciones del órgano requerido incluyendo las siguientes situaciones:

a) Que dicho conocimiento o publicidad vaya en desmedro de la aplicación de las leyes, especialmente en lo relativo a la prevención, investigación y persecución de un crimen.

b) Que se trate de deliberaciones de los órganos o funcionarios, previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio de la publicidad de los fundamentos de ellas.

Esta norma fue objeto de un debate por parte de la Comisión, que concluyó con una nueva proposición del Ejecutivo que estructura este artículo en cinco numerales.

El numeral 1 del nuevo texto es similar al descrito precedentemente con igual signo, pero agrega un nuevo literal que incluye como causal denegatoria del requerimiento de información la circunstancia de que éste

¹⁵³

Historia de la Ley 20.285. Oficio de la Corte Suprema; p. 364

sea genérico, referido a un elevado número de actos administrativos o antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a la Administración.

El numeral 2 del nuevo texto también coincide con el mismo numeral del texto reemplazado, pero excluye su literal d), esto es, que el contenido de la información afecte a las personas cuando ésta se hubiera obtenido de un tercero con carácter de confidencial.

Los numerales 3 y 4 del texto de la Honorable Cámara fueron reemplazados por la Comisión Mixta por otros que le dan otra redacción a las mismas propuestas normativas de los primeros.

El numeral 5 del nuevo texto sólo consigna como causal denegatoria de informar acerca de antecedentes que una ley de quórum calificado haya declarado reservadas o secretas, de acuerdo con las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política. (El numeral 5 del texto primitivo también se refería a documentos e informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado secretos o reservados "para proteger las funciones de los órganos de la Administración, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional").¹⁵⁴

En el Informe de la Comisión Mixta se indica:

El artículo 28 autoriza un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante en contra de la resolución que deniegue la información.

Enseguida, establece que los órganos recurridos no podrán, a su vez, reclamar de la resolución del Consejo que otorgue la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del N° 1 del artículo 21 (se podrá denegar la información cuando su publicidad o conocimiento afecte el cumplimiento de las funciones del órgano requerido).

Tampoco es reclamable la denegación de información que tiene como base una ley de quórum calificado cuyo fundamento sea que la publicidad de aquélla afectaría las funciones del órgano.

El reclamo se interpone en el término fatal de cinco días contados desde la notificación de la resolución recurrida.

154

Este precepto de reemplazo resultó aprobado por la Comisión Mixta por la unanimidad de sus miembros presentes, Honorables Senadores señores Bianchi, Larraín, Núñez y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Eluchans y Jarpa. Historia de la Ley N° 20.285; p. 408 y 409

Este precepto fue aprobado unánimemente por la Comisión Mixta con dos enmiendas:

*a) **Durante el debate se suprimió la norma que impide reclamar de la denegación de información cuando ésta tenga como base una ley de quórum calificado cuyo fundamento sea que su publicidad afectaría las funciones del órgano,** y b) En el inciso final se reemplazó el plazo fatal de cinco días para interponer el reclamo, que se cuenta desde la notificación de la resolución recurrida, por un plazo de quince días corridos, contados de la misma forma que el texto reemplazado".*¹⁵⁵

7. **Discusión final**

El señor SABAG recordó que *"La iniciativa recoge también otras experiencias que han probado ser exitosas en nuestro sistema democrático, como las que remiten al conocimiento judicial los conflictos contencioso administrativos que generen las normas. De este modo, y así como **el Consejo interviene como un tribunal de primera instancia** frente a las controversias que se susciten entre la Administración y los gobernados en materia de transparencia y acceso a la información, cabe tener presente que una segunda revisión, a través de recursos procesales de **reclamación**, entrega al Poder Judicial, en particular a las cortes de Apelaciones, la resolución de las actuaciones del organismo que se estimen violatorias del régimen legal regulador de estos asuntos.*¹⁵⁶

El señor LARRAÍN afirma: *"Por cierto, órganos como el mencionado son siempre muy discutibles, porque pareciera que se aumenta la burocracia del Estado. Sin embargo, la experiencia internacional recomienda la existencia de entidades de esa naturaleza, para asegurar la fiscalización del cumplimiento de las normas de la ley, incluso para constituirse como organismos a los cuales se puede reclamar cuando una autoridad no entrega la información –**siempre con la posibilidad de recurrir a los tribunales de justicia, como última palabra, a través del recurso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones** – y para promover y crear una nueva cultura de transparencia frente a la tradición del secretismo. (...) **Ello permite que la ciudadanía exija el debido cumplimiento de las funciones de las distintas autoridades de los órganos de la Administración del***

¹⁵⁵ Con las modificaciones expresadas, este artículo se aprobó por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Bianchi, Larraín, Núñez y Sabag y Honorables Diputados señores Burgos, Cardemil, Ceroni, Eluchans y Jarpa. Historia de la Ley N° 20.285; p. 414.

¹⁵⁶ Historia de la Ley N° 20.285; p. 468. DISCUSIÓN EN SALA

Estado. (...) *A la vez, constituye un mecanismo para la eficiencia en el trabajo de nuestras autoridades y en el uso de los recursos públicos. Ello, porque en la medida que las acciones de las distintas autoridades, en todos los planos y ámbitos, sean susceptibles de rápido y fácil conocimiento por parte de los ciudadanos, de los interesados, de los afectados, y ciertamente de la prensa, las posibilidades de un trabajo más esmerado -no solo más transparente, sino también más efectivo- serán mayores...*¹⁵⁷

En definitiva, el Ministro Viera-Gallo: *"Es importante señalar que, aparte de este organismo, permanece el recurso último ante la administración de justicia, en caso de que un ciudadano considere que el Consejo de la Transparencia ha resuelto equivocadamente un caso particular"*.¹⁵⁸

Como puede apreciarse, se cuestionó durante la tramitación de la ley, que la causal referida al entorpecimiento de las funciones del órgano, resultaba especialmente compleja, por lo que se trataba de la forma más usual de negar la entrega de la información, de manera que aparecía conveniente precisarla. Incluso, ciertas entidades ciudadanas que fueron escuchadas, recordaron que se trataba de un criterio que había demostrado ser constitutivo de reales barreras de acceso a la información. Por lo mismo, se precisó en dos sub causales su alcance (prevención e investigación de delitos y deliberaciones). A su vez, respecto de dicha causal de normal funcionamiento, desde un principio se la excluyó del contencioso judicial previsto, todo ello para promover y crear una nueva cultura de transparencia.

¹⁵⁷ Historia de la Ley Nº 20.285; p. 471. DISCUSIÓN EN SALA

¹⁵⁸ Historia de la Ley Nº 20.285; p. 496. DISCUSIÓN EN SALA

CAPITULO CUARTO

PRECEDENTES EN RELACION AL ARTÍCULO 28

1. **Servicio de Impuestos Internos** (Rol 2449-2013)

En este caso, en el marco de una gestión pendiente¹⁵⁹ se invoca por el SII la afectación de diversos derechos fundamentales.¹⁶⁰

En este caso, el TC concluye que el precepto no puede ser decisivo en la resolución de la gestión pendiente, dado:

Que, en efecto, en primer lugar, el reclamo de ilegalidad presentado por el Servicio de Impuestos Internos no se funda en la causal del artículo 21, N° 1, de la Ley N° 20.285. Lo anterior es importante, porque es respecto a la invocación de esta causal, es decir, afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano, que el precepto impugnado consagra la limitación de la reclamación ante instancias jurisdiccionales de la decisión del Consejo para la Transparencia. El reclamo se funda en que el Consejo para la Transparencia infringió los artículos 15 y 21, N° 5, de la Ley N° 20.285. La impugnación judicial no se funda en la causal del artículo 21, N° 1, sino en estos últimos preceptos. El propio Servicio reconoce que no ha podido reclamar por la causal del artículo 21, N° 1, atendido el tenor del artículo 28. Al no haberlo invocado, la Corte de Apelaciones no puede considerarlo al momento de resolver;

Que, en segundo lugar, tampoco puede el requirente presentar de nuevo el reclamo, si esta Magistratura acogiera el requerimiento de inaplicabilidad, invocando la vulneración de la causal del artículo 21, N° 1, toda vez que el reclamo debe deducirse en el

¹⁵⁹ La gestión pendiente es un reclamo de ilegalidad interpuesto por dicho Servicio contra las resoluciones del Consejo para la Transparencia, adoptadas en los roles C242-12 y C241-12. Estas resoluciones se originaron por dos reclamos efectuados por el señor Pablo Alcalde Saavedra, uno por sí mismo y otro en calidad de representante legal de la empresa Asesorías Galicia Ltda., en atención a la negativa del Servicio de Impuestos Internos a entregarle cierta información que le pidió, invocando la Ley N° 20.285. El Consejo para la Transparencia revocó la decisión del Servicio de Impuestos Internos y ordenó entregar la información requerida. El reclamo de ilegalidad se encontraba radicado en la Corte de Apelaciones de Santiago

¹⁶⁰ El Servicio de Impuestos Internos sostiene que el precepto impugnado vulnera dos preceptos de la Constitución: el artículo 19, N° 3°, y el artículo 38, inciso segundo. Sostiene que el precepto le impide impugnar lo resuelto por el Consejo para la Transparencia. Al no existir la posibilidad de revisión judicial de dicha decisión, se afecta, por una parte, el derecho al debido proceso; y, por la otra, el derecho a reclamar ante los tribunales que determine la ley por la vulneración de sus derechos;

plazo de 15 días corridos desde la notificación de la resolución reclamada. Por lo mismo, el nuevo recurso sería extemporáneo;

Que los procedimientos legales no tienen por qué estar diseñados para la formulación de este control concreto de constitucionalidad de normas legales. Por lo mismo, se debe respetar la secuencia de estos procedimientos e idear la manera de presentar la objeción de constitucionalidad.

De ahí que lo que el Servicio debió realizar, para evitar la preclusión y respetar el orden consecutivo legal de los procedimientos, es haber reclamado por la vulneración de todas las causales que estimara pertinentes en este caso, incluida aquella por la presunta violación del artículo 21, N° 1, de la Ley N° 20.285, y presentar de inmediato o simultáneamente el requerimiento de inaplicabilidad.

Esa es la única manera de conciliar los procedimientos legales con el recurso de inaplicabilidad”¹⁶¹

La decisión, en todo caso, no fue unánime.¹⁶²

2. **Instituto Nacional de la Juventud.** (Rol 2745)

En este caso, la acción se desecha por no existir gestión judicial pendiente en tramitación. Ello, habida consideración de que la causa se encontraba aún en conocimiento del Consejo para la Transparencia:

Que de lo anterior se desprende que es menester, como cuestión sine qua non, determinar en forma previa si la gestión invocada, en cuya resolución incidiría el precepto legal impugnado, se encuentra pendiente ante un tribunal ordinario o especial, conforme lo dispone el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución Política, antes transcrito;

Que, con el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, resulta evidente que el requerimiento de autos no cumple con la exigencia de incidir en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, desde el momento que el Consejo para la Transparencia no actúa como órgano jurisdiccional sino como órgano administrativo.

¹⁶¹ Considerandos 7 a 9

¹⁶² Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y Gonzalo García Pino previnieron en el sentido de que estuvieron por entrar al fondo del requerimiento, acogiéndolo. La Ministra señora María Luisa Brahm Barril y el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado concurrieron a rechazar la acción de inaplicabilidad, pero previenen que estuvieron por llegar a dicha conclusión en ciertas consideraciones de fondo. El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto estuvo por acoger el requerimiento.

Que así por lo demás lo ha resuelto esta Magistratura en oportunidades anteriores al señalar que se trata de un "órgano administrativo" (considerando 19° STC roles acumulados N°s 1732 y 1800); "... que se trata de un servicio autónomo afecto a las reglas generales y principios básicos que orientan a todas las instituciones de la Administración del Estado..." (considerando 13°, STC Rol N° 1892).

Que, en el mismo sentido, en otros pronunciamientos este Tribunal ha calificado el procedimiento como un "contencioso administrativo de información" (considerando octavo, STC Rol N° 2505) y la decisión emanada de esa entidad como una "resolución administrativa" (considerando 4°, STC Rol N° 2153);¹⁶³

3. **Municipalidad de Algarrobo** (Rol 2895)

En este caso el Municipio alude a una serie de hechos¹⁶⁴ que les atribuye la afectación de derechos fundamentales, especialmente en relación al debido proceso.¹⁶⁵

¹⁶³ Considerandos 8 y ss

¹⁶⁴ En el caso concreto, el señor José Vicente Molina solicitó al Municipio información sobre lo "gastado entre enero y julio de 2014, por concepto de viajes de capacitación dentro y fuera del país, desglosado por concejales y alcalde, por tema de la capacitación, organizador, lugar, duración y costo para el municipio".

La Municipalidad declaró inadmisibles las solicitudes de acceso a la información, amparándose en el artículo 21, N° 1, de la Ley de Transparencia, cuyo literal c) autoriza la denegación cuando la publicidad de la información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; en este caso, adujo el municipio, se distrae indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus funciones habituales, a través de un requerimiento genérico y referido a un elevado número de actos administrativos; y agrega que se trata de un requerimiento que no identifica lo requerido, por lo que no se cumplía tampoco con la exigencia del artículo 12, letra b), de la ley.

El requirente de información dedujo amparo contra la Municipalidad, arbitrio que fue acogido por el Consejo para la Transparencia (Decisión de Amparo Rol C-2089-14, de 25.09.2014), fundado en que no se advertía la plausibilidad de la causal de reserva invocada por el Municipio; ordenó, en consecuencia, que el Alcalde hiciera entrega de la información requerida.

Ante ello, la Municipalidad interpuso reclamo de ilegalidad contra la resolución del Consejo para la Transparencia, encontrándose pendiente su fallo por parte de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

¹⁶⁵ En el caso deducido en estos antecedentes aparece como conflicto de constitucionalidad la aplicación del artículo 28, inciso segundo, de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, el cual vulneraría el artículo 19, N° 2°, inciso segundo; N° 3°, incisos primero y sexto, y el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución Política, en la medida que impide impugnar lo resuelto por el Consejo para la Transparencia, negando la garantía de una **tutela judicial efectiva** y el principio del **debido proceso**, lo cual constituye una asimetría jurídica a los efectos de

a) **Debido proceso**

En relación a su conceptualización:

"Que por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento. (STC 619, c. 16°). (En el mismo sentido, STC 2452, c. 12°, y STC 2853, c. 14°)"¹⁶⁶

Aludiendo, como en otras ocasiones, a la historia fidedigna de la disposición constitucional se expresa:

"Que, a través de la historia fidedigna de la disposición constitucional invocada, es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia de que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y el debido emplazamiento, la bilateralidad de la audiencia, la aportación de pruebas pertinentes y el derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador (STC 478, c. 14°). (En el mismo sentido, STC 2723, c. 8°, y STC 2722, c. 8°)"¹⁶⁷;

Apuntando a la amplitud del debido proceso se expresa:

Que el adverbio "siempre", utilizado en el segundo párrafo del inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 constitucional, traza la amplitud que el deber del legislador tiene para establecer las

166

Considerando 4

167

Considerando 5

garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, la que se extiende a toda actividad jurisdiccional (STC 699, c. 4º)¹⁶⁸;

A su turno, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva:

"Que el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3º del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente (STC 792, c. 8º). (En el mismo sentido, STC 2697, c. 17º, y STC 2748, c. 13º). Pero, igualmente, no cabe la menor duda de que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble dimensión. Por una parte adjetiva, respecto de los otros derechos e intereses, y, por la otra, sustantiva pues es en sí mismo un derecho fundamental autónomo, que tiene por finalidad que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos jurídicos, lo que resulta un presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho (STC 815, c. 10º). (En el mismo sentido, STC 1535, c. 19º, y STC 2701, c. 10º)".¹⁶⁹

b) **Igualdad ante la ley.**

En lo referente al concepto de igualdad ante la ley, el TC señala:

"Que la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias

¹⁶⁸ Considerando 6

¹⁶⁹ Considerando 7

*constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición (STC 784, c. 19°). (En el mismo sentido, STC 2664, c. 22°, y STC 2841, c. 6°)*¹⁷⁰

A su vez, en la razonabilidad como estándar para calificar una infracción al derecho de igualdad ante la ley:

*"Que para efectos de dilucidar si se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, para luego examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental. Así, debe analizarse si tal diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador. La razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos (STC 784, c. 19°). (En el mismo sentido, STC 2702, c. 7°, y STC 2935, c. 31°)*¹⁷¹;

En la igualdad ante la ley como generalidad y abstracción:

"Que la igualdad ante la ley se traduce, entre otras expresiones, en los caracteres de generalidad y abstracción propios de este tipo de normas, lo cual supone que todos los gobernados son destinatarios de ellas (STC 1846, c. 23°)".¹⁷²

c) **Consideraciones del control concreto de constitucionalidad**

"Que, atendido el mérito del requerimiento deducido donde se invoca como antecedentes de hecho la solicitud de información respecto de los viajes y capacitaciones de los concejales y del alcalde, y habiéndose establecido de los antecedentes respectivos que la información había sido entregada, por tanto no existiría

170 Considerando 8

171 Considerando 9

172 Considerando 10

negativa en cuanto a lo representado para que el órgano informara, circunstancia que conlleva que la acción de inaplicabilidad carece de causa de pedir, puesto que no existe un interés material susceptible de ser protegido por la acción señalada en el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política. Del mismo modo, por la circunstancia de haberse entregado la información, la norma impugnada de inaplicabilidad no resulta decisiva, como tampoco puede serlo en la medida que toda actividad de la administración pública no puede ser discrecionalmente secreta invocando el debido cumplimiento de las funciones;

Que, asimismo, no es dable argumentar, como se hace en la presente acción constitucional, que faltando un presupuesto de hecho jurídicamente relevante –la entrega de la información solicitada- no es posible construir un juicio sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, sobre la base de la negativa por parte del órgano estatal de entregar la información requerida, como asimismo la acción deducida carecería en la hipótesis de causa de pedir, puesto que la pretensión de la actora consiste en que se declare inaplicable un precepto legal cuya aplicación al caso particular resultaría contraria a la Constitución. De esta forma, la decisión de la jurisdicción constitucional resulta innecesaria frente a un conflicto que en lo fáctico se encuentra agotado”.¹⁷³

d) Argumentos para rechazar.

En primer lugar, no existe causa o motivo:

“Que, según la doctrina, la “causa petendi” está constituida por los hechos decisivos y concretos –relevantes- o los títulos que conforman el derecho reclamado y justifican la tutela judicial que se postula en un caso particular, la cual carecería de existencia al no concurrir en la especie una causa o motivo, si ya se ha hecho entrega de la información. Del mismo modo, no se infringe el derecho a tutela efectiva, en tanto la requirente carece por su parte de un interés material actual susceptible de ser protegido en la medida que ha desaparecido la controversia que fundamentaba la gestión pendiente invocada”.¹⁷⁴

¹⁷³ Considerandos 11 y 12

¹⁷⁴ Considerando 13

Primacía de la publicidad:

"Que esta Magistratura ha señalado en STC 2449-13-INA, en el motivo N° 15° de la prevención: "Que, por lo mismo, la norma impugnada parece entender que la publicidad debe primar sobre cualquier otro bien jurídico, incluso algunos que constitucionalmente son límites a la publicidad. Por la vía procesal de prohibir una reclamación ante los tribunales, se hace primar la publicidad sobre la afectación al debido cumplimiento de las funciones del órgano"¹⁷⁵

Por otra parte, tampoco existe contienda de funciones:

"Que, en este sentido, no puede aludirse a una contienda de funciones entre la municipalidad requirente y el Consejo para la Transparencia, por no ser materia propia del recurso de inaplicabilidad el dilucidar dichos conflictos. En estrados el municipio se refirió a la incidencia del reclamo de ilegalidad en el sumario, pero esa observación no fue objeto de su requerimiento, junto a las circunstancias de que la Corte de Apelaciones, al resolver la materia de fondo en este conflicto, no podrá pronunciarse sobre el sumario, sino sólo su competencia se limitará a la entrega de la información y a la procedencia o no de la causal invocada por el municipio para denegarla".¹⁷⁶

Del mismo modo, se alude a falta de legitimación activa del municipio:

"Que, en otro orden de ideas, existe una falta de legitimación activa del municipio y además, a partir de la historia fidedigna de la norma que dio origen al artículo 28 de la Ley N° 20.285, durante la discusión de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, "se discutió si era conveniente o no mantener la causal de secreto fundada en que la publicidad afectara el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo. Hubo parlamentarios partidarios de eliminarla; y otros de mantenerla. La causal, sin embargo, se mantuvo en el Senado por 33 votos a favor y 9 en contra. Se consideró que era el legislador el encargado de ponderar esta situación" (Historia de la ley de reforma constitucional N° 20.050, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 1542 y siguientes). Por su parte, "durante la

¹⁷⁵ Considerando 14

¹⁷⁶ Considerando 15

discusión de la Ley N° 20.285, la restricción al reclamo judicial fue sugerida por las organizaciones vinculadas a la transparencia, sobre la base de que restaba imperio y autonomía al Consejo” (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 166 y siguientes).

Luego, hubo intentos de eliminarla, pero eso no prosperó. Y el reclamo judicial en la Ley N° 20.285 contra la decisión del Consejo para la Transparencia procede por todas las causales, salvo por ésta. Dicha posibilidad de reclamar es calificada por la ley como “derecho a reclamar” (artículo 28, Ley N° 20.285).

La existencia o no del reclamo judicial no pone en juego el artículo 8° de la Constitución. Lo único que establece el reclamo es si es el Consejo para la Transparencia o la Corte de Apelaciones quien debe resolver si se debe o no entregar cierta información solicitada.

De ahí que la restricción al reclamo aparezca como una forma de renovar un debate que fue zanjado en la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, sobre la legitimidad de la causal de que la información que se entregue afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”.¹⁷⁷

Así se refuerza la idea de que la regla general es la publicidad:

“Que la calificación de una negativa de información sustentada en la causal del N° 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285 no afecta al artículo 8° de la Constitución, puesto que la regla general es que los actos de los órganos del Estado sean públicos y la excepción la constituye la reserva o denegación total o parcial en el acceso a la información, más aún cuando se base en el “debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido” que, tal como acaece en la especie, resulta inconcuso que la actividad de la administración pública no puede ser arbitraria ni discrecionalmente secreta, mediante la invocación de la causal del debido cumplimiento de las funciones como argumento genérico y carente de la debida justificación al efecto”.¹⁷⁸

La Carta Fundamental estructura los contenciosos sobre la base de que personas hayan sido afectadas por la Administración:

“Que, por último, carece de sustento la invocación del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución por parte de la Municipalidad, toda vez que esta norma no autoriza la reclamación

¹⁷⁷ Considerando 16

¹⁷⁸ Considerando 17

*jurisdiccional entre órganos de la Administración del Estado, sino respecto de personas afectadas en sus derechos por el actuar de dichos órganos, incluidas las Municipalidades. Esto es, el Municipio es sujeto pasivo, obligado por dicho precepto constitucional”.*¹⁷⁹

La decisión, en todo caso, no fue unánime.¹⁸⁰

4. **Servicio de Impuestos Internos.** (Rol 29997)

En esta primera acción acogida, se aluden a una serie de antecedentes sobre información tributaria,¹⁸¹ invocándose esta

¹⁷⁹ Considerando 18

¹⁸⁰ Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Carlos Carmona Santander y Juan José Romero Guzmán, quienes estuvieron por acoger el requerimiento conforme a las siguientes argumentaciones: 1. Es una carga excesiva agotar la vía administrativa y no tener posteriormente posibilidad de reclamar. 2. Asimetría entre órganos administrativos y particulares. 3. La historia fidedigna. Además, los Ministros Carmona y García efectuaron precisiones respecto de los derechos de las personas jurídicas.

¹⁸¹ Señala que en abril de 2015, don Alfonso Valdés, actuando por dos personas jurídicas, representadas por Iván Lino, efectuó requerimientos de información al Servicio, respecto de los cuales éste hizo entrega parcial, de la siguiente manera:

Por una parte: 1.- entregó la información referida a anotaciones y observaciones estampadas respecto del comportamiento tributario de dichas personas, y 2.- la relativa a la existencia de un proceso de recopilación de antecedentes en su contra, o en que aparezcan indagadas o mencionadas las declaraciones de don Iván Lino en representación de las personas jurídicas.

Por otra parte, se procedió a declarar la inadmisibilidad de la solicitud de copias autorizadas, tanto de las declaraciones de don Iván Lino, como de los procedimientos administrativos en que las mismas fueran proporcionadas.

Esto último, sustentado en que, al requerirse la emisión de ciertas certificaciones por parte de la repartición, se está impetrando la intervención de la autoridad para que expida actos administrativos de constancia, materia que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia.

A su vez, la aludida petición se circunscribe en el ámbito del derecho constitucional del petición, por lo que se procedió a enviar la presentación al Director Regional del Servicio de la VIII Región.

A lo anterior se agrega, que el derecho a solicitar copias autorizadas está establecido en el artículo 8° del Código Tributario y en la Circular N° 19, de 01 de abril de 2011, que imparte instrucciones sobre los derechos de los contribuyentes establecidos en la Ley N° 20.420.

Frente a la entrega parcial de información, el solicitante de la misma interpuso reclamo de amparo ante el Consejo para la Transparencia –en adelante, el Consejo-. Durante su sustanciación, el Servicio adujo que, conforme a los artículos 5° y 10° de la Ley N° 20.285 y 3° de su reglamento, al solicitar copia autorizada de documentos, lo que se está pidiendo es una certificación de la autoridad respectiva, por lo que se aplica la normativa anteriormente expuesta y no se está frente a una petición de acceso a la información regulada por la misma.

El Consejo ordenó en octubre de 2015 la entrega total de la información. En el intertanto, en julio del mismo año, la aludida Dirección Regional del Servicio había dado repuesta, ordenando la entrega de parte de la información requerida. Específicamente, que se entregara copia de las declaraciones juradas prestadas por don Iván Lino y, en cuanto a la copia de los procedimientos administrativos en que aquellas se hubieren vertido, indicó que

disposición legal como norma decisiva¹⁸², atribuyéndole afectación de diversos derechos fundamentales, esencialmente, la igualdad ante la ley y el debido proceso.¹⁸³

a) **Presupuestos para que opere prohibición**

De acuerdo a lo que señala el TC, para que opere la prohibición que señala el artículo 28 de la Ley N° 20.285 -que establece una prohibición de impugnación ante los tribunales de la decisión del Consejo para la Transparencia, por parte de un órgano de la administración del Estado- se requiere:

*En primer lugar, el órgano de la administración del Estado tiene que **haber negado el acceso** a la información.*

*En segundo lugar, es necesario que el órgano respectivo lo haya negado fundándose en una **causal específica**: la de afectar el **debido cumplimiento de las funciones del órgano** requerido. Si se invocan todas las demás causales para negar el acceso, la impugnación es plenamente procedente.*

no era posible acceder a la solicitud, en atención a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Tributario.

Frente a la decisión del Consejo para la Transparencia, el Servicio interpuso reclamo de ilegalidad alegando que aquella entidad no pudo declarar admisible la solicitud de entrega de información ya que, por lo expuesto precedentemente, ello no correspondía a un requerimiento efectuado en el ámbito de la Ley de Transparencia. A su vez, explicó que ello se vería agravado por cuanto, en la decisión de amparo que ordena la entrega, se negó al Servicio la posibilidad de alegar eventuales causales de secreto o reserva, a saber las contempladas en los numerales 1° y 5° del artículo 21.

En el reclamo de ilegalidad, el Consejo alegó la inadmisibilidad de la causal de secreto dispuesta en el N° 1° del artículo 21, sustentada en la disposición que se reprocha en autos que, como se vio, impide a un órgano de la Administración reclamar de ilegalidad, en la hipótesis que indica.

¹⁸² *Que consideramos que la norma es decisiva, porque se ha pedido, justamente, la inadmisibilidad del reclamo de ilegalidad fundado en la norma cuestionada. Existe una razonable proyección de que la norma puede aplicarse.*

Además, cabe considerar que el Servicio de Impuestos Internos alega que ellos declararon inadmisibile la petición de acceso a la información, por existir otras normas aplicables que regulaban la cuestión. Pero el Consejo declaró admisible el reclamo y resolvió que se debía entregar cierta información. El Servicio reclama ante la Corte de dicha admisibilidad y de que se le ordenó entregar la información. Por eso invoca dicha causal;

¹⁸³ La impugnación del artículo 28 de la Ley N° 20.285 la funda el Servicio de Impuestos Internos en dos argumentos. Por una parte, en que dicho precepto viola la igualdad ante la ley, pues dicho reclamo procede, cualquiera sea la causal invocada, para negar la información si otro agraviado con dicha decisión, distinto a un órgano de la administración del Estado, es el afectado. Ello discrimina a los órganos de la administración. Por la otra, se vulnera el artículo 19 N° 3° de la Constitución Política, toda vez que se afecta el derecho a defensa de la repartición pública correspondiente, al tener prohibido impugnar la decisión del Consejo que se invoca si la causal para negar el acceso fue afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;

El tercer requisito es que el Consejo haya otorgado el acceso a la información que el Servicio negó. Es decir, que haya considerado que no se afectaba el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”¹⁸⁴

b) **La causal constitucional de afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. Alcance**

“Que la Constitución establece varias causales para que el legislador determine cuándo se ven comprometidos determinados bienes jurídicos. Estas dicen relación con los derechos de las personas, la seguridad de la nación, el interés nacional y cuando “la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”.

Se trata, en consecuencia, de una causal constitucional de reserva o publicidad. Nada hay en la Constitución que la haga menos importante o menos valiosa que el resto de las causales;

Que, como se observa, y tal como lo señalamos en la STC Rol N° 2919/2017, esta causal está compuesta de varios elementos.

En primer lugar, utiliza la expresión “afectare”. Con ello se apunta a que la publicidad impacte negativamente en las tareas del servicio, perjudicando o menoscabando su accionar. La fórmula constitucional no emplea las expresiones amenaza, privación o perturbación. Las comprende, pero es mucho más que eso.

En segundo lugar, la Constitución utiliza las expresiones “debido cumplimiento”. Con la primera de ellas resalta el que la publicidad afecte las tareas propias del servicio definidas por el legislador. También apunta a resaltar que el precepto no da cabida a un actuar ilícito del órgano respectivo. Debido es, entonces, equivalente a competencia. Es decir, conjunto de atribuciones o potestades que en una materia específica y en un territorio determinado, el legislador entrega a cargo del órgano correspondiente.

En la expresión “cumplimiento”, se resalta que lo que se entorpece con la publicidad es el desarrollo, lo que lleva a efecto, el órgano correspondiente. Es decir, aquello que debe satisfacer por mandato del legislador.

Finalmente, la Constitución emplea la expresión “funciones”. Es decir, lo que se debe afectar son los propósitos o finalidades que el legislador le encarga atender al respectivo órgano

*Que, en general, la afectación del debido cumplimiento de las funciones, ha dicho esta Magistratura, implica **impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones**. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones (STC roles N°s 1846/2011, 2153/2013, 2246/2013) (STC Rol N° 2919/2017).*

Que esta Magistratura ha considerado, enmarcada en esta causal, la legitimidad de negar el acceso a la información de los anteproyectos de ley, por comprometer negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República, al obstaculizar la necesidad de aunar posiciones de los distintos órganos y sectores afectados por la normativa en preparación (STC Rol N° 2243/2013).

También, ha considerado que los antecedentes necesarios a defensas judiciales ante instancias internacionales, pueden entorpecer la función del Estado, pues la entrega de información se puede traducir en una ventaja estratégica de la contraparte, o producir indefensión (STC Rol N° 2919/2017).¹⁸⁵

c) **Criterios interpretativos.**

En primer lugar, no manda el artículo 8° de la Constitución dictar una regulación complementaria especial, que no sea la dictación de dichas leyes de quórum calificado para desarrollar las hipótesis de secreto o reserva:

"La normativa complementaria, como la Ley N° 20.285, se dicta teniendo como fundamento otros preceptos constitucionales. Por ejemplo, tratándose de la Administración, ésta se funda en los artículos 38, 63, N° 18, y 65, inciso cuarto, N° 2. El punto es importante, porque no una sino varias leyes pueden establecer excepciones a la publicidad de determinados actos, procedimientos o fundamentos. La Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental. De hecho, este mismo cuerpo legal asume la existencia de otras disposiciones (por ejemplo, artículos 5°, inciso primero; 10, inciso segundo; 11, letras b) y d); 21, N° 5, y 22, del artículo primero de la Ley N° 20.285).

185

Considerandos 7 a 10

Del mismo modo, cabe precisar que el carácter público que establece la Constitución de los actos, fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Así, por ejemplo, la Ley N° 20.285 reconoce que si la información está permanentemente a la disposición del público, o lo está en medios impresos, tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos, así como también en formatos electrónicos disponibles en Internet, se cumple este mandato (artículo 15). También cabe la publicación de un acto o resolución, la entrega de un documento, el acceso a ellos, su difusión por distintos medios, como pueden ser los avisos radiales, las notificaciones. Incluso la publicación puede ser íntegra (por ejemplo, artículo 48, Ley N° 19.880), en extracto (por ejemplo, artículo 27, Ley N° 18.838; artículo 2°, D.L. N° 2.186; artículo 15, Código Tributario), en listado o en nómina (artículo 169, Código Tributario; artículo 12, D.L. N° 3063); por aviso (artículos 6° y 15 Código Tributario; artículo 43, Ley General de Urbanismo y Construcciones), en página web. Todos esos, son mecanismos destinados a dar publicidad y cumplir con el mandato del artículo 8° (STC Rol N° 1990/2012).

Asimismo, esta Magistratura ha sostenido que el artículo 8° de la Constitución no manda dictar una regulación especial que no sea la de calificar las causales de secreto o reserva (STC Rol N° 1990/2012). Así, por ejemplo, ha considerado que la normativa electoral se enmarca dentro de dicha disposición (STC Rol N° 2152/2012). El punto es relevante porque de acuerdo a la Constitución la publicidad abarca "los procedimientos que utilicen" los órganos del Estado. Pues bien, de conformidad al artículo 63, N° 18, de la Constitución, es materia de ley fijar las bases de los procedimientos administrativos. Eso lo hizo el legislador mediante la Ley N° 19.880. Esta ley puede perfectamente ser la ley que regule la publicidad de "los procedimientos" a que se refiere el artículo 8° de la Constitución.

Conforme a dicha ley, a aquellos que participan en un procedimiento administrativo, se les brinda una serie de derechos como los de acceder a los actos administrativos y sus documentos y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente administrativo (artículo 17, Ley N° 19.880)".¹⁸⁶

En segundo lugar, la Constitución permite que existan excepciones a la regla general de publicidad:

"Dichas excepciones, dado el carácter general de la publicidad, no son la regla general. Con todo, estas excepciones sólo pueden fundarse en la reserva o secreto. Para que estas excepciones operen legítimamente, el artículo 8º establece dos requisitos. Por una parte, deben establecerse por ley de quórum calificado, no por norma administrativa ni por ley simple. Por la otra, deben fundarse en ciertas causales que la misma Constitución lista. Estas son: afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado; afectar los derechos de las personas; afectar la seguridad de la nación; y afectar el interés nacional. Dichas causales las califica el Legislador (STC Rol N° 1990/2012).

El carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución (STC roles N°s 2153/2012, 2246/2013). Además, el carácter secreto o reservado de un acto puede generar un espacio para cautelar otros bienes jurídicos que la Constitución estima tan relevantes como la publicidad. En el lenguaje de la Constitución, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación, el interés nacional, o el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, están a este nivel. Por lo mismo, deben ser respetados y considerados (STC Rol N° 2379/2014).

El artículo 8º está en la Constitución y establece causales de secreto o reserva. El hecho que la Constitución las establezca, y determine el procedimiento para llevarla a cabo (ley de quórum calificado), implica que para la Constitución éstas son legítimas. Es decir, que cuando se invocan, no se pone en peligro, ni en cuestionamiento, la democracia (STC Rol N° 2919/2016)".¹⁸⁷

En tercer lugar, la Constitución establece cuatro causales para que la ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto. Ninguna de ellas tiene más valor que la otra:

"Todas son tratadas de igual manera por la Constitución. Entre esas causales se encuentra afectar el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la administración. Se trata, en consecuencia, de una causal legítima, que el legislador no puede subvalorar"¹⁸⁸

187 Considerando 12

188 Considerando 13

d) ***Es una carga excesiva agotar la vía administrativa y no tener posteriormente posibilidad de reclamar.***

"Que el artículo 28 de la Ley N° 20.285 establece la posibilidad de impugnar, ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, la resolución del Consejo para la Transparencia, formulando un reclamo de ilegalidad;

Que el sistema de impugnación por las decisiones sobre el acceso a la información tiene dos vías. Por una parte, está la reclamación ante el Consejo. Esta es voluntaria, pues la ley habla de que "el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo" "solicitando amparo a su derecho de acceso", cuando el órgano requerido no responda en el plazo de veinte días hábiles, prorrogables excepcionalmente por otros diez días, o cuando el órgano deniegue la petición. Dicha reclamación debe presentarse en el plazo de quince días (artículo 24). Por la otra, está la reclamación de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones por la decisión del Consejo (artículo 28);

Que, como se observa, la Ley N° 20.285 establece la obligatoriedad de agotar la vía administrativa para recurrir ante los tribunales. El reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones no está concebido para impugnar la decisión del órgano administrativo que no respondió a tiempo la solicitud, o que denegó la información. Está concebido para reclamar de la decisión del Consejo. Dicho de otra manera, la vía jurisdiccional se abre únicamente contra la decisión del Consejo;

Que esta Magistratura ha legitimado dicha posibilidad. Ha dicho que no existe ninguna norma constitucional que obligue a que el legislador establezca la posibilidad de recurrir directamente a los tribunales, antes de utilizar la vía administrativa. El legislador puede optar por distintos modelos. Los recursos administrativos no son trámites inútiles y dilatorios (STC N° Rol N° 2036/2011);

Que, sin embargo, la norma impugnada, al obligar al órgano de la Administración a optar por la vía del Consejo para la Transparencia para poder reclamar ante un tribunal, es decir, a agotar la vía administrativa, le impone una carga abusiva si luego no puede reclamar ante los tribunales. Dicho de otra forma, se le impone un doble gravamen. Por una parte, el de debatir sus decisiones ante el Consejo. Por la otra, el de no poder impugnar la decisión de dicho Consejo;

Que, en este caso, el agotamiento de la vía administrativa se vuelve inconstitucional, pues afecta el debido proceso, dado que no hay vía judicial abierta para cuestionar la decisión del Consejo. Dicha decisión se resuelve en "única instancia".¹⁸⁹

e) **Asimetría entre órganos administrativos y particulares.**

"Que otra razón para estimar que la norma legal impugnada resulta inaplicable al caso concreto es que el reclamo de ilegalidad que consagra el artículo 28 de la Ley N° 20.285 permite reclamar cuando el Consejo "deniegue el acceso a la información" o cuando disponga su entrega, a pesar de la oposición del titular de la información (artículos 28 y 29). Así, la legitimación para reclamar es amplia, ya que la ley habla del "reclamante". Sólo estrecha esa legitimación cuando "el titular de la información" es afectado en sus derechos por la entrega de la misma;

Que, sin embargo, la norma impugnada establece las siguientes excepciones a la regla general. En primer lugar, mientras todo afectado puede reclamar ante la Corte de Apelaciones, el órgano de la Administración no puede hacerlo si el Servicio negó la información requerida porque su publicidad afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo y, no obstante ello, el Consejo la otorga. Hay que hacer notar que la misma norma habla de que existe "derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo";

Que la segunda excepción dice relación con la legitimación. Mientras todos los órganos pueden reclamar por la decisión del Consejo cuando lo que se invoque es otra causal distinta a la del artículo 21, N° 1, de la Ley N° 20.285, no pueden hacerlo si la causal consiste en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano;

Que consideramos que no parece coherente ni consistente esta exclusión. Desde luego, porque la causal para fundar dicha exclusión, esto es, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos de la Administración, tiene rango constitucional. Se trata, en consecuencia, de un interés que la Constitución considera digno de protección al momento de consagrarlo como un límite a la transparencia. En la norma, sin embargo, se revela una sospecha de mal uso de dicha

189

Considerandos 15 a 20

causal, que resuelve el Consejo, sin ulterior revisión. Mientras las decisiones del órgano de la Administración son revisadas por el Consejo y/o los tribunales, la norma impugnada impide el camino de la revisión judicial de una decisión del Consejo que revoca la negativa de la Administración a entregar la información y accede a ella;

Que, enseguida, porque el órgano de la Administración que lo invocó para negar la información requerida es el único que velará por ese bien jurídico de rango constitucional. El Consejo tiene por misión "promover la transparencia" y "garantizar el derecho de acceso a la información" (artículo 32 de la Ley N° 20.285). Tiene, por tanto, un interés encontrado con el del órgano de la Administración. Pero mientras la decisión del órgano de la Administración es revisable, administrativa o jurisdiccionalmente, no sucede lo mismo con la decisión del Consejo. La norma 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 margina de toda impugnación judicial;

Que, asimismo, 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 de dicho órgano;

Que, del mismo modo, la causal constitucional que limita estructuralmente la publicidad cuando ella afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, no está concebida en función de dicha publicidad. Está diseñada para proteger las tareas del servicio. Ello se refleja en que la Constitución utiliza la expresión "afectare el debido cumplimiento de las funciones".

Tampoco se trata de una causal subjetiva. Por una parte, porque la propia Constitución emplea la expresión "afectare el debido cumplimiento". No es lo que le parezca al órgano respectivo. Por la otra, porque la propia Ley N° 20.285 da algunos ejemplos en la materia en el artículo 21, N° 1;

Que, por lo mismo, la norma impugnada parece entender que la publicidad debe primar sobre cualquier otro bien jurídico, incluso algunos que constitucionalmente son límites a la publicidad. Por la

vía procesal de prohibir una reclamación ante los tribunales, se hace primar la publicidad sobre la afectación al debido cumplimiento de las funciones del órgano;

*Que, del mismo modo, la ley previó que el órgano de la Administración pudiera excederse o abusar en calificar dicha causal. Por eso dio la posibilidad de impugnar esa decisión ante el Consejo. Pero, luego, la ley deja de considerar la variable del exceso o abuso, sólo que esta vez del Consejo, pues torna no revisable su decisión”.*¹⁹⁰

f) **La historia fidedigna.**

“Que una tercera razón para acoger la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto son las razones que se dieron en el Congreso Nacional para establecer la medida. En efecto, durante la discusión de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, que dio origen al artículo 8° actual, se discutió si era conveniente o no mantener la causal de secreto fundada en que la publicidad afectara el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo. Hubo parlamentarios partidarios de eliminarla; y otros de mantenerla. La causal, sin embargo, se mantuvo en el Senado por 33 votos a favor y 9 en contra. Se consideró que era el legislador el encargado de ponderar esta situación. (Historia de la ley de reforma constitucional N° 20.050, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 1542 y siguientes). Por su parte, durante la discusión de la Ley N° 20.285, la restricción al reclamo judicial fue sugerida por las organizaciones vinculadas a la transparencia, sobre la base de que restaba imperio y autonomía al Consejo (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, págs. 166 y siguientes);

Como se observa, la causal de afectar el debido cumplimiento de las funciones es de rango constitucional. Hubo intentos de eliminarla, pero eso no prosperó. Y el reclamo judicial en la Ley N° 20.285 contra la decisión del Consejo para la Transparencia procede por todas las causales, salvo por ésta. Dicha posibilidad de reclamar es calificada por la ley como “derecho a reclamar” (artículo 28, Ley N° 20.285). De ahí que el argumento de que el reclamo desmerezca el rol del Consejo, no tiene mucho sentido. La existencia o no del reclamo judicial no pone en juego el artículo 8°. Lo único que establece el reclamo es si es el Consejo para la

¹⁹⁰

Considerandos 21 a 29

Transparencia o la Corte de Apelaciones respectiva quien debe resolver si se debe o no entregar cierta información solicitada. De ahí que la restricción al reclamo aparezca como una forma de renovar un debate que fue zanjado en la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, sobre la legitimidad de la causal de que la información que se entregue afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido (STC Rol N° 2449/2014, c. 17° de la prevención);

Que, por otra parte, no cabe invocar la experiencia de la primera Ley de Acceso a la Información contenida en la Ley N° 18.575, por la regulación que hicieron algunos servicios públicos vía reglamentaria. Desde luego, porque el marco jurídico es totalmente distinto. Ahora la Constitución exige que una ley de quórum calificado, fundada en ciertas causales definidas por la Carta Fundamental, establezca el secreto o reserva. Además, las personas tienen dos garantías. Por una parte, el reclamo ante el Consejo para la Transparencia. Por la otra, el reclamo judicial de la decisión de dicho Consejo”¹⁹¹

Que, por todo lo anterior, estamos por 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, consagrados en el artículo 19 N° 3° (incisos primero, segundo y sexto) de la Carta Fundamental.

g) ***Prevención de los Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente) y Gonzalo García Pino respecto de afectación de derechos a entes administrativos:***

Que, en primer lugar, históricamente los derechos surgieron como reivindicaciones de las personas naturales frente al Estado. Los derechos constitucionales, humanos o fundamentales tenían en la persona una titularidad activa, mientras el Estado estaba en esa relación jurídica en una situación pasiva o de deber. Se trataba de proteger a los particulares frente a las posibles extralimitaciones del poder público. El Estado no podía sentirse desprotegido y estar necesitado de derechos. Sin embargo, sobre esta concepción cabe hacer dos puntualizaciones. La primera es que ella ha evolucionado en el tiempo. Y en todas partes, desde el caso Lüth

¹⁹¹ Considerandos 30 a 32

en Alemania hasta la declinación de la doctrina del state action en Estados Unidos, se ha avanzado. Nosotros, por nuestra parte, también, porque tal como lo ha reconocido este Tribunal, los derechos de esta índole pueden ser reivindicados entre particulares (por todos, STC Rol N° 1710/2010), dando sostén a la eficacia particular de los derechos fundamentales, con su efecto de irradiación y de eficacia horizontal que amplía el margen interpretativo de los derechos. Lo mismo ha hecho el legislador. Por ejemplo, en materia laboral, en que el empleador tiene como límite a sus potestades el respeto a ciertos derechos, tutelables por una reclamación judicial especial (artículos 5° y 485 del Código del Trabajo). La segunda puntualización es que se ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales para las personas jurídicas, en tanto sean compatibles con su naturaleza. Así lo han hecho constituciones como la alemana (artículo 19) y la portuguesa (artículo 12). En el mismo sentido se ha expresado este Tribunal, para quien 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 (STC roles N°s 2330/2013, 2381/2013). Como ha dicho la doctrina, los derechos del artículo 19 se aplican a las personas jurídicas en la medida que estén "vinculados, según su naturaleza, a los objetivos comprendidos en su respectivo estatuto jurídico y a los medios o instrumentos consagrados al servicio de sus finalidades específicas" (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, tomo XI, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, pág. 32);

Que, en segundo lugar, es necesario distinguir entre competencia y derechos. La competencia siempre tiene su origen en normas jurídicas; es la excepción, porque requiere texto expreso; y está fuera del comercio humano. Como la competencia define un ámbito de actuación de un órgano específico, es claro que dicho órgano no puede acogerse al contenido de un derecho fundamental para ampliar su ámbito de competencias, superando la habilitación legal correspondiente. Sin embargo, determinadas competencias pueden permitir que una persona jurídica de derecho público o un órgano determinado sean titulares de derechos subjetivos (Lasagabaster, Iñaki; Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público; en Homenaje a García de Enterría, tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 666-667). Sin esta titularidad se puede privar al Estado de los derechos que está llamado a desarrollar en el marco

de sus cometidos públicos, según ha sostenido la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán (López-Jurado, Francisco; La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los derechos fundamentales de las personas de derecho públicas, en Revista de Administración Pública, N° 125, 1991);

Que, en tercer lugar, en el derecho comparado las personas jurídicas de derecho público pueden recurrir en amparo de aquellos derechos para cuya defensa y preservación ha sido constituida la persona colectiva (Díaz Lema, José Manuel; ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídicas públicas?, en Revista de Administración Pública N° 120, septiembre-diciembre 1989, págs. 79 y siguientes). De ahí que se uniformen en reconocer el derecho a la tutela judicial. En este sentido, existe una larga tradición en Chile para reconocer la legitimación de los órganos públicos en orden a presentar recursos de protección, incluso contra otros órganos públicos (por ejemplo, SCS Rol N° 2791/2012);

Que, por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico reconoce explícitamente la titularidad de ciertos bienes. Desde luego, el Estado tiene "el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas" (artículo 19, N° 24°, Constitución). También el Estado es dueño de bienes inmuebles y muebles. Respecto de los primeros, existe un Ministerio (el de Bienes Nacionales), encargado de la adquisición, administración y disposición de los bienes (D.L. N° 1939, artículo 1°). Del mismo modo, la posibilidad de accionar en juicio está dada por cuanto los servicios que tienen personalidad jurídica, tienen radicada en su director su representación judicial y extrajudicial (artículo 36, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), y respecto de los que carecen de ella, dicha representación judicial le corresponde al Consejo de Defensa del Estado (D.F.L. N° 1, Hacienda, 1993). Incluso existe un procedimiento especial en los juicios en que tenga interés el Fisco (artículos 748 y siguientes, Código de Procedimiento Civil);

Que, por lo demás, esta misma Magistratura, en el pasado, no ha objetado la legitimidad del accionar judicial de los órganos de la Administración, sino que la existencia de ciertos privilegios procesales. Así sucedió con el solve et repete (STC N° Rol N° 1345/2009) y la ejecutoriedad de la sanción administrativa (STC Rol N° 1518/2010). Asimismo, no son pocos los órganos de la Administración que han presentado recursos de inaplicabilidad, sin

que esta Magistratura haya objetado tal proceder. Por ejemplo, han recurrido a este Tribunal la Universidad de Chile (STC Rol N° 1892/2012) o el Instituto Nacional de Derechos Humanos (STC Rol N° 2363/2014);

Que, específicamente, en la norma impugnada, la causal para reclamar es la ilegalidad en que incurre el Consejo para la Transparencia. De ahí el nombre del recurso (reclamo de ilegalidad). Se trata de lo que se conoce como recurso objetivo, porque lo que se pide cautelar al Tribunal no es un derecho subjetivo, sino que el respeto a la ley. En tal sentido, se trata de un recurso de amplia legitimación;

Que, además, el único que puede invocar que se afecte el debido cumplimiento de sus funciones, es el propio servicio que invoca esta causal. También ha de tenerse en consideración que el Servicio de Impuestos Internos puede reclamar judicialmente por todas las demás causales de negativa de entrega de información. Y, finalmente, el propio precepto impugnado califica a la posibilidad de reclamar ante la Corte de Apelaciones como "derecho a reclamar";

Que, por lo demás, el propio Consejo para la Transparencia es un órgano público. Aplicando su teoría, ni él podría recurrir a los tribunales, por carecer de titularidad en la materia (STC Rol N° 2449/2014, c. 8° - 28° de la disidencia)¹⁹²

h) Disidencia del Ministro señor Cristián Letelier Aguilar estuvo, además por acoger el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, teniendo en consideración muy especialmente lo siguiente:

Que, la Constitución Política en su artículo 1° contiene principios y valores básicos en que los derechos fundamentales de la persona son anteriores y superiores al Estado, y que éste debe reconocerlos y asegurarlos;

Que, en razón de lo anterior, a la persona denominada "contribuyente" en concepto del numeral 5° del artículo 8°, del Código Tributario, debe respetársele los derechos garantizados por el citado cuerpo legal, cuyo soporte es la Carta Fundamental, que en materia de información tributaria encuentra su resguardo en el

¹⁹²

Puntos 2 a 9

numeral 4º, del artículo 19 constitucional, en cuanto protege información de carácter tributario de toda persona la que contiene aspectos esenciales de su quehacer comercial o económico, información que el ente estatal, en este caso el requirente, está obligado a guardar celosamente por estar en la esfera de intimidad del contribuyente;

Que, la confidencialidad o reserva tributaria a que está obligado el Servicio de Impuestos Internos constituye un principio y garantía para todo contribuyente, que tiene su fundamento en la necesidad de resguardar datos sensibles que pueden afectar, además de la intimidad, la libertad y propiedad de la persona de que trate y que es una especie, analógicamente entendido, de secreto profesional que pesa sobre determinados profesionales que respecto del requirente de autos rige en forma absoluta con la excepción que la propia ley tributaria indica, en relación con los tribunales de justicia y el Ministerio Público en casos muy específicos;

Que, la doctrina sobre la materia ha señalado que "secreto tributario constituye una expresión de cuño doctrinal utilizada para designar el régimen de protección y reserva de información obtenida por la Administración tributaria frente a su revelación a terceros y uso desviado de la misma. Así, la normativa reguladora del secreto tributario establece una reserva, esto es una restricción del uso y cesión de la información tributaria, y en tal sentido este régimen de confidencialidad de la información tributaria integra una excepción al principio de publicidad y transparencia propio de los estados democráticos." (José Manuel Calderón Carrero, El derecho de los contribuyentes al secreto tributario, Ed. Netbiblo, España, 2009, p.20).

Así, en el mismo orden de ideas, el secreto tributario contiene dos consecuencias relevantes en materia jurídica. La primera que la información obtenida por el ente administrativo no puede ser comunicada a terceros y la otra consecuencia, es que dicha información no pueda ser utilizada con fines diferentes de los esencialmente tributarios;

Que, el Tribunal Constitucional español ha expresado sobre la materia, "los datos personales que almacena la Administración son utilizados por sus autoridades y servicios, no es posible "aceptar la tesis de que el derecho fundamental a la intimidad agota su contenido en facultades puramente negativas, de exclusión". En consecuencia con ello, habría que convenir en que un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines

legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente inversor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta.” (STC Español N°143/1994);

Que, en el caso concreto, el Servicio de Impuestos Internos, tiene la obligación constitucional y legal de guardar reserva de los antecedentes tributarios, la primera consagrada en el artículo 19, numeral 4° constitucional, y la segunda en el artículo 35 del Código Tributario, consistente en la obligación que pesa sobre los funcionarios públicos que con motivo del cargo público que desempeñan, acceden al conocimiento de datos o antecedentes de índole tributario de los contribuyentes, de no revelarlos o hacerlos públicos, salvo las excepciones legales. Por lo cual, el establecimiento en dicho código no es más que dar una aplicación práctica a la garantía constitucional a través del principio de reserva tributaria. Por consiguiente, la negativa a entregar antecedentes por parte del requirente a terceros que han solicitado información tributaria de un contribuyente, obedece al cumplimiento estricto de la Constitución y de la ley tributaria en los términos referidos precedentemente¹⁹³.

- i) **Disidencia de los Ministros Srs. Iván Aróstica Maldonado, María Luisa Brahm Barril y José Ignacio Vásquez Márquez, concurren a rechazar la acción de inaplicabilidad, en virtud de las siguientes consideraciones:**

Que la cuestión -elemental- por la que este requerimiento no puede prosperar, estriba en que el precepto constitucional invocado por el Servicio de Impuestos Internos, N° 3 del artículo 19, no aplica en su favor, desde que tiene por destinatario a los particulares, y no al Estado.

En efecto, los organismos de la Administración del Estado -como el servicio requirente- no pueden reivindicar la titularidad sobre aquellos “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” y que la Carta Fundamental asegura a las personas frente al ejercicio de la soberanía por parte del mismo Estado (artículo 5°, inciso segundo).

No les cabe, entonces, a los sujetos públicos, reclamar para sí un libre acceso a la Jurisdicción como vehículo para amparar sus

¹⁹³ Puntos 1 a 6

funciones estatales, al modo en que la Constitución garantiza para proteger esos derechos esenciales (artículo 19, N° 3);

Que, todavía más, conforme a los principios constitucionales de competencia y de legalidad, que rigen el actuar de las entidades estatales (artículos 6°, 7° y 65, inciso cuarto, N° 2), sólo cuando obran en defensa del patrimonio estatal que se les haya atribuido o cuando se les ha conferido expresamente una especie de legitimación en causa activa para defender en juicio ciertos derechos o intereses colectivos, pueden exigir una ecuéanime aplicación del derecho al debido proceso legal, en iguales términos que a las personas reconoce la Constitución (artículo 19, N° 3).

En este último caso se encuentran el Ministerio Público (Ley N° 19.640, artículo 1°), del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública (DFL N° 7.912, de 1927, artículo 3° letra a), o del Consejo de Defensa del Estado (DFL N° 1, del Ministerio de Hacienda, de 1993, artículo 3°), por ejemplo;

Que, por ende, sin tener un derecho a la acción anterior al Estado, que el legislador no podría negar, es constitucional la Ley sobre Acceso a la Información Pública (aprobada por la Ley N° 20.285), cuando su artículo 28 franquea limitadamente a los órganos de la Administración el reclamo ante las cortes de apelaciones, solo contra las resoluciones del Consejo para la Transparencia que ordenan la publicidad y desechan el secreto o reserva, que se querían justificar por alguna de las causales previstas en los numerales 2 al 5 del artículo 21, esto es por estar comprometido un derecho o un interés general pero ajeno al servicio requerido.

En tanto que les niega esa vía judicial cuando la resolución del Consejo les ordena proporcionar una información que habían denegado basándose en que ello afecta "el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido", al tenor de la causal contemplada en el N° 1 del citado artículo 21;

Que, al no hacer justiciable esta última causal, lógicamente el legislador buscó evitar que se repitiera la experiencia tenida con la Ley N° 18.575, sobre bases generales de la Administración del Estado (tras la modificación hecha por la Ley N° 19.653, de 1999). En que se permitió a sus autoridades auto calificar -masiva e indiscriminadamente- como secretos o reservados todos aquellos antecedentes cuya difusión "impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido" (artículo 13, inciso 11°), de forma tal que la publicidad pasó a ser la excepción en vez de la regla general, distorsionándose así la vigencia efectiva de un principio legal básico.

Por lo demás, si la divulgación de un antecedente afecta o no el cumplimiento de las funciones de una entidad administrativa, tal vez podría revelar una contienda entre ésta y el Consejo para la Transparencia, pero difícilmente un conflicto de relevancia jurídica susceptible de dirimir por los tribunales del Poder Judicial;

Que, por lo mismo, el hecho que el inciso segundo del artículo 28, impugnado, niegue a los órganos administrativos la posibilidad de reclamar judicialmente en caso de que el Consejo de la Transparencia desestime su negativa de información basados en la causal del N° 1 del artículo 21, se adecua el artículo 38, inciso segundo, de la Constitución, merced al cual "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".

En efecto, si bien el Servicio de Impuestos Internos es una institución autónoma con personalidad jurídica de derecho público (DL N° 3.551, de 1981, artículos 19 y 2°), forma parte -por ello- de la propia Administración del Estado, no pudiendo entonces apelar a una disposición constitucional que busca beneficiar y no dejar a los particulares en la indefensión, al reiterar que los tribunales del Poder Judicial poseen jurisdicción en toda clase de asuntos contencioso administrativos;

Que, en todo caso, de acogerse el presente requerimiento, entablado respecto a la totalidad del inciso segundo del citado artículo 28, en nada beneficiaría al Servicio de Impuestos Internos, dado que tal inaplicabilidad, por sí sola, no le conferiría automáticamente la acción procesal que pretende deducir.

Y que por repercutir, una sentencia favorable de esta Magistratura, en la misma gestión judicial pendiente donde ya ha hecho valer esa misma norma, pero para recurrir por la causal del N° 5 del artículo 21, incluso hasta la podría perjudicar;

Que, sin perjuicio de lo anterior, la causal de secreto o reserva referida en el N° 1 del artículo 21 examinado, que permite denegar una información "cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido", es evidente que tensiona sendos principios aplicables a la Administración, según la Ley N° 18.575: de una parte la "eficacia y eficiencia" con que deben operar sus entidades y servicios; de otra, la "probidad y transparencia" que deben

informar su acción (artículo 3º, inciso segundo, en relación con el artículo 53, oración final).

En la especie, la "eficacia y eficiencia" son esgrimidas por el Servicio de Impuestos Internos, en tanto que el Consejo de la Transparencia propugna la "probidad y transparencia", cada uno inclinado a satisfacer sus específicos cometidos legales.

No siendo razonable que uno de esos dos servicios interesados, el Consejo para la Transparencia, sea quien dirima tal eventual colisión, con ausencia de todo control externo (lo que contraría otro principio recogido en esa Ley N° 18.575 y en la propia Ley sobre acceso a la Información Pública, artículo 11, letra i), entonces procede concluir que en estos casos corresponde a la Contraloría General de la República interponer sus facultades de fiscalización, al tenor del artículo 43, inciso quinto, de la ley citada, en los términos como aprobara esta norma el Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 1051-08 (considerando 34º y parte resolutive tercera).¹⁹⁴

Como puede observarse, existen ya varios precedentes sobre la materia. Uno fue rechazado por no ser decisivo (Rol 2449). Otro también por no existir gestión pendiente (Rol 2745). Y el tercero se desechó por razones más de fondo (Rol 2895), en atención a las características del control concreto, haciendo presente la inexistencia de causa o motivo, la primacía de la publicidad, la inexistencia de contienda, la falta de legitimación activa y la circunstancia de que los contenciosos se estructuran sobre la base de acciones de particulares contra la Administración.

En el único caso acogido se invocó el sentido de la causal; la circunstancia de que se trata de una carga excesiva agotar la vía administrativa y no tener posteriormente posibilidad de reclamar; la simetría existente entre órganos administrativos y particulares; y la referencia la historia fidedigna de la ley. Hubo sí votos que estuvieron por rechazar la acción, fundado en que la garantía del debido proceso tiene por destinatario los particulares y no los órganos del Estado; la experiencia de la aplicación de esta causal, distorsionándose la vigencia del principio de publicidad; la eventual contienda entre entes administrativos; y la concordancia de la norma con el artículo 38 de la Carta Magna, que faculta a los particulares lesionados en sus derechos para reclamar a los tribunales.

¹⁹⁴

Puntos 1 a 7

CAPITULO QUINTO **LA DISPOSICION LEGAL FUE REVISADA PREVENTIVAMENTE** **POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

I. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCION

Como se sabe, el artículo 93 N° 6, de la CPR señala que es atribución del TC resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio "la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución". Por su parte, el inciso 11°, del mismo precepto, precisa que "la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley".

En ejecución del mandato constitucional, el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del TC, cuyo texto refundido se encuentra en el DFL 1/2009, indica que la acción de inaplicabilidad deberá ser declarada inadmisibile: "1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 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; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y 6° Cuando carezca de fundamento plausible".

De este modo, se analizará la concurrencia de cada una de las aludidas causales, a objeto de concluir, en definitiva, si el requerimiento cumple o no con los presupuestos constitucionales y legales que permiten su interposición, todo ello a la luz de la jurisprudencia emanada del TC, desde el año 2006.¹⁹⁵

1° El requerimiento debe ser presentado por persona u órgano legitimado

¹⁹⁵ ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Control de constitucionalidad de las leyes 1811-2011*, Cuaderno 43, 2011

Sobre esta materia, La Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional señala en su artículo 79 que:

*"En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y **son personas legitimadas las partes en dicha gestión**. Si la cuestión es promovida por una **parte** ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la **calidad de parte del requirente** y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso".*

De este modo, tratándose de requerimientos de particulares, es menester que la calidad de parte en la gestión sea debidamente acreditada.¹⁹⁶ Así, el TC ha declarado inadmisibles una inaplicabilidad como consecuencia de que los requirentes no eran efectivamente partes en la gestión en que se invocaba el precepto legal.¹⁹⁷ Además, se ha precisado del mismo modo que no se tiene la calidad de parte sin haber "reclamado o iniciado ninguna acción en sede judicial".¹⁹⁸

2° **Existencia de una gestión judicial pendiente en tramitación ante un tribunal ordinario o especial**

Tal como señala el artículo 81 de la Ley Orgánica Constitucional del TC, el requerimiento 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.**

¹⁹⁶ ENRIQUE NAVARRO B. y CARLOS CARMONA S., *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015*, Cuaderno 59, 2015

¹⁹⁷ Rol N° 508-06, de 17 de octubre de 2006.

¹⁹⁸ Rol N° 1963-11, 27 de abril de 2011, consid. 10°

Se han desechado acciones que no se encuentran en sede judicial, como cuando está en sede administrativa ante la Tesorería.¹⁹⁹

El asunto tiene que estar sometido a conocimiento del tribunal y, en este caso, ya existe una audiencia de formalización que se efectuará ante un juez de garantía. En diversos casos, el TC ha estimado que la disposición que ordena la audiencia de formalización es una gestión previa para los efectos de esta acción.²⁰⁰ Del mismo modo, así ha ocurrido respecto de decisión de no perseverar, en diversos casos²⁰¹ o negativa a formalizar²⁰² o el control judicial anterior a la formalización.²⁰³ Igualmente, en relación a exclusión de prueba.²⁰⁴

3º **Debe tratarse de un precepto de rango legal**

En cuanto al requisito 'precepto legal', el TC ha señalado que *"debemos aceptar que los vocablos 'preceptos legales' son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal) (...) una unidad de lenguaje debe ser considerado 'un precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud, en el evento de ser declarada inadmisibile, de dejar de producir tal efecto (...) para que una unidad lingüística (...) pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa; esto es que constituya una unidad autárquica capaz de producir efectos jurídicos al margen de otras normas"*²⁰⁵. En el mismo sentido se ha reiterado que *"una unidad de lenguaje debe ser considerada un 'precepto legal', a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución"*.²⁰⁶ De este modo, *"para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma"*.²⁰⁷

Ejemplos de lo anterior son la declaración de inaplicabilidad del precepto "procediendo de plano", contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y "en cuenta, salvo que estime conveniente",

¹⁹⁹ Rol 1381. En el mismo sentido, Roles 514, 966, 1392 y 1477

²⁰⁰ Rol 736/2007. También Rol 815/2007, 1337/2009, 1380/2009, 1244/2008 y 1467/2009

²⁰¹ Rol 2680/2014. Con antelación, Roles 1341/2009, 1404/2009, 1394/2009

²⁰² Rol 2510/2013

²⁰³ Rol 1484/2009

²⁰⁴ Rol 2628/2014

²⁰⁵ Rol N° 626-06, de 16 de enero de 2007.

²⁰⁶ Roles N°s 626-2006 y 944-2008

²⁰⁷ Rol N° 1254-2009

frase inserta en el artículo 551 del Código Orgánico de Tribunales.²⁰⁸ De igual forma, se ha declarado la inaplicabilidad de las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2º de la Ley N° 20.033, modificatoria de la Ley de Impuesto Territorial, N° 17.235.²⁰⁹ En igual sentido, se declaró inconstitucional las expresiones “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, contenida en el artículo 171 del Código Sanitario.²¹⁰ En términos similares, y luego de tres declaraciones de inaplicabilidad²¹¹, se estimó como inconstitucional y se derogó la expresión “gratuidad”, incluida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que regula la institución del turno de los abogados.²¹²

4º **El precepto debe tener aplicación en la resolución del asunto**

Precisando el alcance de la facultad, el TC ha consignado que “*De la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior*”.²¹³

Agregándose luego que “*Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional*”. Concluyéndose en definitiva que “*De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por*

²⁰⁸ Rol N° 747-2007

²⁰⁹ Roles N°s 718, 773 y 759, todos de 2007

²¹⁰ Rol N° 1345-2009

²¹¹ Roles N°s 755-07, 1138-08 y 1140-08

²¹² Rol N° 1254-08

²¹³ Roles N° 546-06, de 17 de noviembre de 2006, y N° 536-06, de 8 de mayo de 2007.

*inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración”.*²¹⁴

De esta forma “*la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, cuando (...) se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución*”.²¹⁵

En otras palabras “*en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución*”.²¹⁶ Como consecuencia de lo anterior, se ha declarado inadmisibile una presentación en la que los preceptos “**no son derecho aplicable**” para resolver el recurso de casación en la forma, que es la gestión pendiente.²¹⁷ Debe tratarse, por tanto, de una **norma “aplicable en relación al conflicto constitucional aducido por el requirente**”.²¹⁸

Al TC sólo le compete verificar la posibilidad de que el precepto pueda ser aplicado a un caso, quedando sí obligado a pronunciarse si tal aplicación resulta o no contraria a la Constitución y es que “*a la Carta Fundamental le basta que exista la posibilidad de esa aplicación para que el Tribunal deba entrar al fondo del asunto y pronunciarse acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pueda afectarle*”.²¹⁹

²¹⁴ Rol N° 536-06, de 8 de mayo de 2007

²¹⁵ Ibid

²¹⁶ Rol N° 480-06, de 27 de julio de 2006

²¹⁷ Rol N° 1884-10, de 27 de enero de 2011

²¹⁸ Rol N° 1909-11, de 10 de mayo de 2011

²¹⁹ TC, Rol 505, c. 11. En el mismo sentido, Roles 634, c. 8; 790, c. 7; 808, c. 7, 943, c. 9; 1006, c. 4; 1046, c. 8; 1215, c. 11; 1253, c. 8; 1279, c. 9; 1295, c. 42; 1463, c. 7; 1674, c. 7; 1741, c. 7; 2237, c. 14; 2246, c. 9; 2651, c. 7; 2678, c. 9;

5° **El precepto debe ser decisivo en la resolución del asunto**

Como ha señalado la jurisprudencia emanada del TC, el precepto legal en cuestión debe ser decisivo en la resolución de un asunto, sea contencioso o no, e independiente de la naturaleza jurídica de la norma, esto es, procedimental o de fondo²²⁰.

Lo relevante es que el juez de la instancia pueda considerar el precepto para resolver alguno de los asuntos o materias que le han sido sometidos a su conocimiento, tal como ha ocurrido en este caso.

Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que *"la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto"*, no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo señaló en su momento la Corte Suprema, al precisar que la Carta Fundamental no distinguía entre normas sustantivas y adjetivas.²²¹

Ahora bien la incidencia decisiva en la resolución de la gestión es algo que debe acreditarse con suficientes antecedentes por parte del requirente.²²²

En este caso, tan decisivo será el precepto que la sentencias de primera instancia del juez civil la ha invocado al resolver la controversia judicial.

6° **La presentación debe tener fundamento razonable**

Sobre este requisito se ha señalado que ello *"supone una explicación de la forma cómo se infringen las normas constitucionales"*. Y al respecto se ha agregado que: *"el término 'razonablemente', de acuerdo a su sentido natural y obvio supone la idea de 'conforme a la razón' y, adicionalmente, 'más que meridianamente'. Por su lado, 'fundadamente' importa una actuación realizada con fundamento y este término significa 'razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa'; a la vez que fundar es 'apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa'"*. En otras palabras, *"la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente el requerimiento de inaplicabilidad supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales*

²²⁰ De este modo, puede tratarse tanto de normas ordenatoria como decisoria litis. Así lo precisa en diversos pronunciamientos (Entre otros, Roles N°s 472-06, de 30 de agosto de 2006, y 1253-08, de 27 de enero de 2009).

²²¹ Corte Suprema, sentencia de 18 de marzo de 2005, Rol N° 1589-2003, considerando 5°.

²²² Roles N° 116-10, 1666-10 y 1667-10, todos de 28 de abril de 2010

la pretensión que se solicita al tribunal"²²³. En otro fallo de admisibilidad, el Tribunal Constitucional declaró que la fundamentación razonable implica como exigencia básica *"la aptitud del o de los preceptos legales para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente (...) la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada"*.²²⁴

De este modo, el fundamento razonable *"consiste en plantear un conflicto de constitucionalidad específico, derivado de la aplicación de preceptos legales, en contraste con preceptos constitucionales determinados"*.²²⁵

En otras palabras, el requerimiento debe contener *"una exposición, sustentada de manera adecuada y lógica, acerca de la forma en que se produciría la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos fundamentales invocados"*.²²⁶ De lo que se trata, entonces, es de *"verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto"*²²⁷, evitando así que el Tribunal *"se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera fundamento plausible"*.²²⁸ Como consecuencia, se ha estimado -resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- que falta tal requisito *"en primer lugar, **si la argumentación contenida en la presentación es insuficiente.** Así,*

²²³ Rol N° 495-06, de 30 de mayo de 2006. En el mismo sentido, Rol N° 617-06, de 16 de diciembre de 2006; Rol N° 643-06, de 12 de diciembre de 2006; Rol N° 693-06, de 28 de diciembre de 2006; y Rol N° 651-06, de 5 de enero de 2007. En autos Rol N° 1199-08 se considera ininteligible tanto la explicación de los hechos como la del conflicto de constitucionalidad.

²²⁴ Rol N° 482-06, de 17 de mayo de 2006. En términos similares Rol 652-06, de 4 de diciembre de 2006; Rol N° 693-06, de 28 de diciembre de 2006; Rol N° 746-07, de 10 de abril de 2007; Rol N° 777-07, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 779-07, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 782-07, de 6 de junio de 2007; Rol N° 802-07, de 20 de junio de 2007; Rol N° 803-07, de 9 de julio de 2007; Rol N° 832-07, 14 de agosto de 2007; Roles N° 1171-10 y 1780-10. Anteriormente, Roles 482, 483, 484, 485, 490, 491 y 492, todos de 2006. Es inadmisibles una presentación en la que *"no se explica la forma en que las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que impugna contradice las normas constitucionales"* (Rol N° 1198-2008, 14 de agosto de 2008)

²²⁵ Rol N° 1241-2008, de 10 de noviembre de 2008

²²⁶ Rol N° 1263-2008, de 13 de noviembre de 2008. Debe señalarse entonces *"de manera clara, delimitada y específica la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto"* (Rol N° 1947-11, de 31 de marzo de 2011)

²²⁷ Rol N° 1046-2008, de 22 de julio de 2008

²²⁸ Rol N° 1249-2008, de 13 de noviembre de 2008. Con anterioridad, en igual sentido, Rol N° 1138-2008

*por ejemplo, el Tribunal ha señalado que no basta indicar de forma genérica preceptos o principios que se estiman vulnerados (C. 8º y C. 6º, respectivamente, de los roles N° 1048-08 y N° 1189-08; y roles N° 495-06, N° 523-07 y N° 1360-09); o simplemente se haga referencia a una inconstitucionalidad en abstracto (C. 10º, rol N° 1055-08; C. 6º, rol N° 1263-08; C. 11º, rol N° 1241-08; C. 7º, rol N° 1275-08; C. 4º, rol N° 1285-08), sino que se requiere que la presentación sea completa y se refiera al caso concreto en el que pueda tener aplicación la norma impugnada. En segundo lugar, se estima que la acción carece de fundamento plausible **cuando la argumentación es contradictoria**, ya sea porque se verifican incongruencias entre el cuerpo del escrito y la parte petitoria del mismo (C. 8º, roles N° 486/ 485/ 484/ 483/ 489/ 482/ 492/ 491/ 490/ 488/ 487 y 768-07); o bien porque existen afirmaciones que se contraponen lógicamente entre sí en la fundamentación del mismo (C. 6º, rol N° 1256-08; C. 7º, rol N° 1249-08; C. 5º, rol N° 990-07). En tercer lugar, se ha señalado que la presentación no tiene fundamento plausible **si contiene errores graves** (C. 4º, rol N° 1003-07; C. 7º, rol N° 776-07; C. 5º, rol N° 1021-08); o bien conduce a un absurdo”.²²⁹*

229

Ibid., consid. 10

II. **EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

La sentencia del TC²³⁰ que revisó la Ley 20.285, sobre acceso a la información señaló, en lo que concierne a esta materia, precisó:

"Santiago, diez de julio de dos mil ocho
(....)

IV. NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL QUE REVISTEN NATURALEZA 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 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; y

(...)

V. NORMAS DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONTROL QUE EL TRIBUNAL DECLARARÁ CONSTITUCIONALES.

TRIGÉSIMO.- Que, acorde al examen efectuado por esta Magistratura, las siguientes disposiciones del proyecto de ley remitido serán declaradas conformes a la Constitución Política:

Del ARTÍCULO PRIMERO –que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado-, las siguientes normas:

- artículo 1º, inciso primero, y numerales 1, 2 y 4 del inciso segundo;
- artículo 1º, inciso segundo, numeral 5, que establece que:
"Para los efectos de esta ley se entenderá por:

230

Rol 1051/2018, 11 de marzo de 2008

5. Los órganos o servicios de la Administración del Estado: los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. N° 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”, teniendo presente, en todo caso, que lo dispuesto en esa norma no se aplica al Banco Central en virtud de lo preceptuado en el artículo 108 de la Constitución Política;

- artículo 2º, incisos primero, segundo y cuarto. Y su inciso tercero sólo en cuanto se refiere a las empresas públicas creadas por ley;

- artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º;

- artículo 8º, primera frase hasta el punto seguido:

“Cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior.”;

- artículos 9º, 10, 11 y 19;

- artículo 24, inciso primero;

*- **artículo 28, incisos primero, segundo y tercero;***

- artículo 29;

- artículo 30, inciso sexto;

- artículos 31 y 32;

- artículo 33, letras a), b), c), d), e), g), h), i), j), k), l) y m);

- artículo 33, letra f), que entre las funciones y atribuciones que se le asignan al Consejo para la Transparencia -que es creado por disposición del artículo 31 del mismo cuerpo legal-, considera la de “proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a

la información”, teniendo presente, en todo caso, que la iniciativa de ley está reservada, en Chile, sólo al Presidente de la República o a no más de diez diputados o de cinco senadores, en conformidad a lo que prescribe el artículo 65, inciso primero, de la Constitución;

- *artículo 34, inciso primero, en la parte que dispone:
"Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado.”;*

- *artículos 36, 37 y 38;*

- *artículo 43, incisos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto;*

- *artículo 49, que señala:*

"Las sanciones previstas en este título serán aplicadas por el Consejo, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. Con todo, cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan”, teniendo presente que tales investigaciones y sumarios administrativos han de desarrollarse siempre con estricto respeto al principio del debido proceso legal; y

(...)

VIII. INFORME DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIAS DE SU COMPETENCIA.

QUINCUAGESIMOQUINTO.- Que se desprende de autos que, en lo pertinente, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental;

IX. CUMPLIMIENTO DEL QUÓRUM DE APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY EN EXAMEN.

QUINCUAGESIMOSEXTO.- Que consta de autos que las normas del proyecto de ley que han sido examinadas por este Tribunal han sido aprobadas en ambas Cámaras del Congreso Nacional con las mayorías requeridas por el inciso segundo del artículo 66 de la Constitución Política de la República y que, respecto de ellas, no se ha suscitado cuestión de constitucionalidad.

Y VISTO lo dispuesto en los artículos 6º, 8º, 19, Nº 15, inciso quinto, 38, inciso primero, 55, 77, 84, 92, 93, Nº 1, 95, 98, 99, 108, 113, inciso primero, 118, 119 y 125 de la Constitución Política de la República y lo prescrito en los artículos 34 al 37 de la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE DECLARA:

...

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

Del ARTÍCULO PRIMERO -que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado-, las siguientes normas:

· artículo 1º, inciso primero, y numerales 1, 2 y 4 del inciso segundo;

- artículo 1º, inciso segundo, numeral 5, que establece que:

"Para los efectos de esta ley se entenderá por: 5. Los órganos o servicios de la Administración del Estado: los señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. Nº 1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia", teniendo presente, en todo caso, que lo dispuesto en esa norma no se aplica al Banco Central en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 de la Constitución Política;

- artículo 2º, incisos primero, segundo y cuarto. Y su inciso tercero sólo en cuanto se refiere a las empresas públicas creadas por ley;

· artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º;

· artículo 8º, primera frase hasta el punto seguido:

"Cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior.";

· artículos 9º, 10, 11 y 19;

· artículo 24, inciso primero;

· artículo 28, incisos primero, segundo y tercero;

· artículo 29;

· artículo 30, inciso sexto;

· artículos 31 y 32;

· artículo 33, letras a), b), c), d), e), g), h), i), j), k), l) y m);

· artículo 33, letra f), que entre las funciones y atribuciones que se le asignan al Consejo para la Transparencia -que es creado por disposición del artículo 31 del mismo cuerpo legal-, considera la de "proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en

su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información”, teniendo presente, en todo caso, que la iniciativa de ley está reservada, en Chile, sólo al Presidente de la República o a no más de diez diputados o de cinco senadores, en conformidad a lo que prescribe el artículo 65, inciso primero, de la Constitución;

- artículo 34, inciso primero, en la parte que dispone:*

“Para el ejercicio de sus atribuciones, el Consejo podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado.”;

- artículos 36, 37 y 38;*
- artículo 43, incisos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto;*
- artículo 49, que señala: “Las sanciones previstas en este título serán aplicadas por el Consejo, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. Con todo, cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan”, teniendo presente que tales investigaciones y sumarios administrativos han de desarrollarse siempre con estricto respeto al principio del debido proceso legal; y*

(...)

Como puede observarse, la norma en cuestión fue revisada preventivamente por el Tribunal Constitucional con ocasión del control obligatorio efectuado a la Ley sobre acceso a la información 20.285. Se trata de una norma de carácter orgánica constitucional de aquellas a que alude el artículo 77 de la Carta Fundamental, en tanto otorga una atribución a los tribunales de justicia, en este caso a las Cortes de Apelaciones para conocer de los reclamos deducidos en contra de la decisión pronunciada por el Consejo para la Transparencia. De acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, el artículo 28, en su inciso 2º, es una disposición “orgánica” y además es “constitucional”. De esta manera, al Tribunal Constitucional, en el control abstracto de constitucionalidad, no le ha merecido reparos la circunstancia de que no sea procedente el mecanismo contencioso judicial.

III. **IMPROCEDENCIA DE INAPLICABILIDAD EN CASO DE HABERSE REVISADO PREVENTIVAMENTE LA DISPOSICION**

La reforma constitucional de 2005²³¹ le otorgó al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori -que lo tenía desde 1980- como a posteriori -que se radicaba en la Corte Suprema-. Así, se establecieron dos instituciones: la inaplicabilidad (para el caso concreto) y la inconstitucionalidad (derogación de la ley).

Como se ha expresado, la aludida reforma constitucional facultó al Tribunal Constitucional para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.²³²

En efecto, el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución Política de la República señala expresamente que es atribución del Tribunal Constitucional "*Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*".

El mismo artículo 93 citado, en su inciso décimo primero, explicita aquella atribución –en cuanto a sus presupuestos procesales- añadiendo que "*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*", agregando que le corresponderá a cualquiera de las salas del tribunal declarar la admisibilidad de la cuestión "*siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley*".²³³

²³¹ Sobre las reformas constitucionales de 2005 vid. NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, *Reformas constitucionales 2005*, Revista del Colegio de Abogados de 2005, p. 46 y 47. Del mismo modo, vid. NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO (coordinador), *La Constitución reformada de 2005* (2005) y ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador), *Reforma constitucional* (2005)

²³² En relación a los antecedentes de la acción de inaplicabilidad vid. NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, *El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005*, Revista de Derecho Público 68 (2006), p. 11 y ss.

²³³ Sobre la historia vid. SENADO DE LA REPUBLICA, *Reformas constitucionales 2005*, Historia y tramitación (2006). En idéntico sentido, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, *Reformas constitucionales 2005. ANTECEDENTES-debates-informes* (2005).

Por su parte, el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal señala las causales de inadmisibilidad.²³⁴

Al Tribunal le ha correspondido pronunciarse durante la primera década en más de un millar y medio de presentaciones, pudiendo destacarse los siguientes presupuestos de admisibilidad²³⁵ de la acción que, como se ha señalado, se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental.²³⁶

De acuerdo a lo señalado por el artículo 84 N° 2 de la Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que no 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.

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la discusión de la ley orgánica, el precepto en cuestión recoge la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional desde 1980.²³⁷

²³⁴ "Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 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; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6° Cuando carezca de fundamento plausible".

²³⁵ NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, *Presupuestos de la acción de inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público 72, 2010. Más recientemente, *Control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*, Cuaderno N° 43 del TC, 2011.

²³⁶ Vid. N° 10 (2006) de la Revista de Derecho de la Universidad FinisTerra, en que se analiza la jurisprudencia del primer año del Tribunal Constitucional.

²³⁷ Al discutirse la norma, "el Honorable Senador señor Espina manifestó dudas, en el sentido de que algunas veces lo que determina la inconstitucionalidad de una norma no es ella en sí misma, sino su aplicación a unos hechos específicos y determinados. De allí, entonces, que si ella ha sido tenida por conforme a la Carta Fundamental en un determinado contexto de hecho, en un contexto diferente pueda resultar inconstitucional". Por su parte, "el Honorable Senador señor Larraín apuntó que lo que es determinante para estos efectos es que se reclame, por el mismo vicio de inconstitucionalidad que fue materia de un caso ya juzgado y sentenciado, contra una norma que fue declarada conforme a la Constitución". Sobre el punto, "La abogada señora Rioseco –de la Secretaría General de Presidencia– agregó que este precepto recoge lo que ha sido la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional desde 1980". Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En ARELLANO GOMEZ, PILAR, *Historia fidedigna de la LOC de TC*, Cuadernos del TC N° 50, 2012.

En tal sentido, cabe recordar que el antiguo artículo 83, inciso final de la Constitución Política señalaba que: *"Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia la sentencia"*.²³⁸ Obviamente debía tratarse del mismo vicio.²³⁹

El primer caso en que al Tribunal Constitucional le correspondió pronunciarse por supuesta cosa juzgada constitucional, dijo relación con un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, habida consideración que ya se había sentenciado -en sede de control preventivo- que la recopilación de antecedentes por parte del Servicio de Impuestos Internos no importaba investigación.²⁴⁰ Debe tenerse presente que en diversos pronunciamientos de inaplicabilidad, se había insistido en el carácter administrativo de las facultades contempladas en el aludido precepto legal.²⁴¹ En atención a lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que *"de conformidad con lo señalado, este Tribunal está impedido de entrar a examinar la posible inaplicabilidad del artículo 161, N° 10, del Código Tributario, por su posible contradicción con el artículo 83 de la Carta Fundamental, pues tal contradicción fue, precisamente, el vicio considerado y desechado por la sentencia de 30 de abril de 2002, a través del entendido que se ha recordado"*.²⁴²

²³⁸

Al aplicar dicha norma, la Corte Suprema señaló en su momento, por ejemplo que: *"La ley N° 18.152 que interpreta la garantía constitucional del derecho de propiedad prevista y regulada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución fue declarada constitucional por sentencia del Tribunal Constitucional. Por lo tanto no es razonable admitir que pueda discutirse de nuevo ante la Corte Suprema la misma materia, en un recurso de limitado efecto como es de inaplicabilidad, ya que el inciso tercero del artículo 83 de la Carta Fundamental establece que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia la sentencia"* (Corte Suprema, 13 de noviembre de 1985, GJ 30, p. 34)

²³⁹

La misma Corte Suprema precisó que la sanción suponía que debía tratarse del mismo vicio. Por ello, se puntualizó que *"No puede la Corte Suprema declarar inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia, un precepto legal que el Tribunal Constitucional declaró constitucional, pero sí puede hacerlo por otro, y para ello la Corte Suprema deberá entrar al estudio del fondo del problema"* (Corte Suprema, 22 de enero de 1987, GJ 79, p. 36). Por lo mismo, se resolvió que *"Al disponer la Constitución Política en su artículo 83 inciso final que 'resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia la sentencia', demuestra que este último tribunal sí pueda hacerlo por otro vicio, y para ello es necesario estudiar el fondo del recurso para resolver lo procedente con respecto de ambos supuestos"* (Corte Suprema, 16 de abril de 1987, RDJ 84, sec. 5ª., p. 69).

²⁴⁰

TC, Rol 349/2002, de 30 de abril de 2002

²⁴¹

Entre otros, Roles N°s. 1183/2008, 1184/2008, 1203/2008, 1205/2008, 1221/2008, 1223/2008, 1229/2008, 1233/2008 y 1245/2008

²⁴²

TC, Rol 1406/2009

En otro caso también se solicitó la inaplicabilidad de un precepto que había sido revisado preventivamente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional hizo presente que *"la sentencia citada se pronunció exclusivamente sobre el carácter orgánico constitucional del recién citado, esto es, aquél que entrega competencia para conocer de la controversia jurídica entre partes al Juzgado de Policía Local, dentro de un procedimiento de control obligatorio y abstracto de constitucionalidad. Por lo tanto, el objeto de dicho pronunciamiento es, por su naturaleza, distinto al control que esta Magistratura realiza en sede de inaplicabilidad y recae sobre otra parte de la misma disposición legal"*.²⁴³

Debe tenerse presente que el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOCTC) señala que *"resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido"*.²⁴⁴

En relación a esta materia, se ha rechazado una acción si la misma parte recurrente en la gestión en que incide el requerimiento de inaplicabilidad, estando en disconformidad con la declaración de inadmisibilidad decretada con anterioridad, la ha intentado nuevamente.²⁴⁵ Por lo mismo, también se ha desechado una presentación si es evidente que se intenta dejar sin efecto lo ya resuelto respecto del mismo precepto legal, en la misma gestión y por los mismos vicios, cuestión que constituye un recurso encubierto.²⁴⁶

En otro caso, se declaró su inadmisibilidad, puesto que la cuestión de inaplicabilidad se ha promovido respecto de una institución (turno de los abogados) y de una parte de un precepto legal ya declarada conforme a la Constitución por dicho órgano jurisdiccional.²⁴⁷ El TC también desechó un requerimiento al dirigirse respecto de una materia, donde ya existían pronunciamientos acerca de un determinado precepto legal, en todos los cuales se declaró que la aplicación del mismo se ajustaba a la Carta Fundamental, de modo que el requerimiento no contenía ningún argumento nuevo del cual dicha Magistratura no se

²⁴³ Rol N° 1564/2009

²⁴⁴ Fue el Diputado Cardemil quien agregó la precisión de que se tratara de *"el mismo vicio"*, según consta en la historia fidedigna del precepto, según consta en Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en ob. cit., p. 368

²⁴⁵ TC, Rol N° 2395/2012

²⁴⁶ TC, Rol N° 2429/2013. En el mismo sentido, Rol N° 2277/2012

²⁴⁷ TC, Rol N° 2.409/2013

hubiera hecho cargo, ni elementos propios del caso concreto que permitan diferenciarlo sustancialmente de los casos anteriores, por lo que se concluye que el actor no ha aportado antecedente alguno que permita alterar el mérito de lo resuelto, más aún si ni siquiera se hace cargo de lo razonado en las aludidas sentencias definitivas de inaplicabilidad.²⁴⁸

De la lectura de la disposición, el TC ha exigido la concurrencia de tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución; b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento; y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa.²⁴⁹

Del mismo modo, se ha señalado que, para que proceda la causal de inadmisibilidad, existiendo previamente una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, *"se requiere que en los fallos precedentes se haya solicitado la inaplicabilidad del mismo precepto legal, se hayan invocado como infringidas las mismas disposiciones constitucionales, que la infracción constitucional denunciada sea la misma y que el tribunal haya desechado ese cuestionamiento declarando que el precepto legal impugnado se ajusta a la Constitución"*.²⁵⁰

²⁴⁸ TC, Rol N° 2033/2011

²⁴⁹ TC, Rol 1710/2010, c. 164

²⁵⁰ TC, Rol 2336/2012, c. 7

IV. **APLICACIÓN DE LA CAUSAL DE INADMISIBILIDAD**

De lo señalado se desprende que la norma en cuestión fue revisada preventivamente por el Tribunal Constitucional con ocasión del control obligatorio efectuado a la Ley sobre acceso a la información 20.285.

Se trata de una norma de carácter orgánica constitucional de aquellas a que alude el artículo 77 de la Carta Fundamental, en tanto otorga una atribución a los tribunales de justicia, en este caso a las Cortes de Apelaciones para conocer de los reclamos deducidos en contra de la decisión pronunciada por el Consejo para la Transparencia.

De acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, el artículo 28, en su inciso 2º, es una disposición "orgánica" y además es "constitucional".

Al Tribunal Constitucional, en el control abstracto de constitucionalidad, no le ha merecido reparos la circunstancia de que no sea procedente el mecanismo contencioso judicial.

Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el artículo 84 N° 2 de la Ley Orgánica Constitucional del TC, la acción de inaplicabilidad no resulta admisible "por el mismo vicio".

En este caso, el conflicto específico que se sometió a conocimiento del Tribunal Constitucional fue la circunstancia de que no proceda acción judicial ante la Corte de Apelaciones.

Así las cosas, en acciones de inaplicabilidad futuras, debería invocarse la causal aludida, desde que existe cosa juzgada constitucional en relación a este punto concreto.

CAPITULO SEXTO

RAZONABILIDAD DE MEDIDA LEGISLATIVA

1. La norma constitucional

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas *"la igualdad ante la ley"*, agregando que *"en Chile no hay persona ni grupo privilegiado"*, a la vez *"en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre"*. De igual forma, y como consecuencia de la reforma de 1999²⁵¹, se indica que *"hombres y mujeres son iguales ante la ley"*.

Por su lado, en el segundo párrafo se establece que ***"ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias"***. Como consecuencia de dicho principio, en materia laboral *"se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos"* (artículo 19 N° 16). A su vez, en el ámbito tributario, se preceptúa que *"en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos"* (artículo 19 N° 20).²⁵² A su turno, en cuanto a la regulación económica se reitera ***"la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica"*** (artículo 19 N° 22).²⁵³ Por último, se estatuye que el Banco Central *"no podrá*

²⁵¹ Ley de reforma constitucional N° 19.611, de 16.06.99. Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Igualdad ante la ley y jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Actualidad Jurídica, 26 (2012), p. 63-95.

²⁵² Sobre esta materia, el TC ha sentenciado que "La palabra "manifiestamente" se define en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como "Descubierto, patente, claro", y la expresión "desproporcionado", significa que no es proporcionado. El constituyente prohíbe que el tributo sea "manifiestamente desproporcionado" con lo cual reconoce que la desproporción justificada no violenta el principio de igualdad tributaria. Por tanto, el constituyente se guardó de restringir en exceso la autonomía del legislador, y le impuso un límite que sólo impide las desproporciones o injusticias "manifiestas", esto es, aquellas que resultan burdas, exageradas e injustificables. Las restricciones al legislador en esta materia son, entonces, particularmente excepcionales. Ello implica que la defensa de la supremacía constitucional en este ámbito, ha de circunscribirse a evitar las desproporciones o injusticias tributarias que traspasen todos los límites de lo razonable y prudente". (STC 280, c. 19).

²⁵³ Se ha sentenciado que "este derecho constituye una explicitación del principio de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2). Se traduce, fundamentalmente, en la prohibición que se impone al Estado y sus organismos de discriminar arbitrariamente en el trato que deben dar en materia económica, esto es, de efectuar diferenciaciones o distinciones, realizadas ya por el legislador, ya por cualquier autoridad pública, o por el Estado o sus órganos o agentes, que aparezca como contraria a una concepción elemental de lo que es ético o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Este derecho limita la intervención del Estado en la vida económica nacional, pues la Constitución prohíbe otorgar privilegios o imponer cargas o gravámenes que impliquen cualquier forma de distinción o diferenciación entre las actividades económicas que no tenga como sustento intelectual una clara connotación de racionalidad". (TC, Rol 1153, cc. 62 y 63) (En el mismo sentido TC, Roles 312, c. 36 y 467, c. 55).

*adoptar ningún acuerdo que signifique de una manera directa o indirecta establecer normas o requisitos diferentes o discriminatorios en relación a personas, instituciones o entidades que realicen operaciones de la misma naturaleza” (artículo 109).*²⁵⁴

De esta forma, lo que se prohíbe es la diferencia arbitraria, es decir, *“sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental e inconcusa, basada en el simple capricho del legislador”*.²⁵⁵ Así las cosas, lo que sanciona es *“toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”*.²⁵⁶

Ahora bien, se trata de una “igualdad justa”, de forma de tratar “igual a los iguales”, lo que *“exige realizar diferencias, pero también nivelaciones o equiparaciones que supriman, reduzcan o alivien esas disimilitudes cuando son impuestas, esto es, si constituyen discriminaciones o distinciones arbitrarias”*.²⁵⁷

De esta manera, la discriminación viene a ser para algunos sinónimo de diferencia arbitraria, esto es, *“la desigualdad de tratamiento de las personas carente de justificación objetiva y razonable”*, como asimismo *“el tratamiento igual de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado”*.²⁵⁸

Los jueces no pueden discriminar en sus resoluciones judiciales y especialmente cuando al hacerlo afecten garantías constitucionales de los particulares.

254

El TC ha sentado como doctrina que no infringe la igualdad ante la ley la norma que otorga determinadas facultades al Banco Central respecto de las empresas bancarias o sociedades financieras que se encuentren en liquidación forzosa a la fecha de entrar en vigencia la ley, así como también respecto de las empresas bancarias que, al 1º de noviembre de 1984, se encontraban a cargo de Administradores Provisionales y que cumplan, además, ciertas condiciones. En efecto, para ejercer esa facultad tales instituciones deben encontrarse en una situación anormal, como es la liquidación forzosa, en un caso, o bajo administración provisional con ciertas condiciones previas, en el otro. Esta facultad que se otorga al Banco Central comprende a todas las instituciones en tal situación, sin hacer distinciones, excepciones o diferencias de ninguna naturaleza. Por consiguiente, esa norma desde ningún punto de vista, puede ser calificada como discriminatoria (TC, Rol 28, cc. 3 a 6).

255

ALEJANDRO SILVA B., Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XI, 2006, p. 124.

256

ENRIQUE EVANS D., Los derechos constitucionales, Tomo II, 2004, p. 125.

257

JOSE L. CEA E., *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, 2012, p. 132.

258

HUMBERTO NOGUEIRA A., *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo II, 2010, p. 272.

2 **Evolución de la jurisprudencia en materia de igualdad ante la ley. De la generalidad a la racionalidad.**

2.1. **Principio de generalidad**

Un primer examen para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o racionalidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador.

El TC, en diversos pronunciamientos, ha precisado que la igualdad ante la ley se traduce en que las normas deben ser iguales para los que se encuentren en similar situación.²⁵⁹ Es decir, la igualdad ante la ley presupone *"que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias"*.²⁶⁰ Por lo mismo, pueden establecerse regímenes especiales.²⁶¹

Con posterioridad, se ha precisado que lo que el artículo 19, número 2, de la Carta Fundamental prohíbe, a leyes y a autoridades, es establecer diferencias arbitrarias, esto es, sin un fin lícito que lo justifique.²⁶² O contraria a la lógica o racionalidad elemental.²⁶³

²⁵⁹ Esto es, *"consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición"*. Así, se ha concluido que *"la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad"*. (Sentencias Roles N°s. 28/1985, 53/1988 y 219/1995. En el mismo sentido, Roles 811/2007, 1217/2008 y 1254/2008).

²⁶⁰ TC, Rol N° 219/1995.

²⁶¹ De esta forma, como lo ha puntualizado esta misma Magistratura, *"la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario"* (TC, Rol N° 986/2008).

²⁶² De modo que *"es efectivo que la jurisprudencia, incluyendo la de este propio Tribunal, y la doctrina han entendido, en diversos casos, que constituye una diferencia arbitraria dar igual trato a situaciones sustancialmente diversas"*; agregando que *"esta dimensión de la igualdad no significa, sin embargo, que toda diferencia exija de trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales. Lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. De igual modo, en la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual"*

Resumiéndose esta tesis, el propio TC ha sintetizado la doctrina señalando que la igualdad ante la ley "*consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas*".²⁶⁴ Así, la igualdad ante la ley "*consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares*".²⁶⁵

2.2 Proporcionalidad y racionalidad de diferencia

Por otro lado, como lo ha señalado dicha Magistratura, en diversos pronunciamientos, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva y proporcional.²⁶⁶ De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador²⁶⁷-o que este lo deje entregado al libre arbitrio de un juez de policía local.

Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada.²⁶⁸

a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación". (TC, Rol 807/2007).

²⁶³ De esta manera, por discriminación arbitraria ha de entenderse "*toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual*". En otros términos, "*que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias*". (TC, Roles 811/2007 y 1204/2008).

²⁶⁴ TC, Rol 1502/2009, en alusión a los roles N°s 53, c. 72; 755, c. 27; 790, c. 21; 797, c. 19; y 1535, c. 33.

²⁶⁵ TC, Rol 1217/1995.

²⁶⁶ Vid. MUGUEL CARBONELL (coordinador), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Colombia, 2007. Existe también una versión en Chile.

²⁶⁷ TC, Roles 755/2007 y 790/2007, entre otros

²⁶⁸ TOMAS RAMON FERNANDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, pp. 34 y 42.

Además, se ha señalado que para efectos de dilucidar si, en un determinado conflicto, se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley, "es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental". Así, debe analizarse si tal "diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador".²⁶⁹ En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación legislativa obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, "resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados"²⁷⁰, "que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación".²⁷¹

De este modo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita "no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos"²⁷².

²⁶⁹ TC, Rol 1340/2009. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias roles N°s. 790/2007, 825/2007, 829/2007 y 834/2007.

²⁷⁰ TC, Rol 1307/2009, aludiendo a la jurisprudencia sustentada en Roles 755/2007, 790/2007, 1138/2008 y 1140/2008.

²⁷¹ TC, Roles 1448/2009 y 1584/2009.

²⁷² TC, Rol 1463/2009, citando sentencias roles N°s 76/1990, 253/1994 y 790/2007. Una buena síntesis de la doctrina del TC en el ámbito de la garantía constitucional referida, es lo expresado en la sentencia Rol 1710, de 6 de agosto de 2010: "*Que (...) esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre "igualdades esenciales" y "desigualdades esenciales", de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando "personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables", de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales.** Además, se agrega la denominada "nueva fórmula", consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta,*

3. **Criterios del TC en materia de diferenciación y su eventual arbitrariedad**

Existen diversas decisiones que han rechazado el reclamo de infracción a la igualdad ante la ley, en las que el TC ha ido fijando ciertos criterios respecto de diferenciaciones razonables.

Así, en el ámbito económico, no se han estimado como diferenciación arbitraria la legislación especial sobre regularización de la pequeña propiedad raíz²⁷³ como igualmente la normativa de protección al consumidor, habida consideración de la disparidad objetiva existente entre proveedores y consumidores²⁷⁴.

En el mismo sentido, se ha estimado como razonable la obligación de las compañías de seguro de concurrir al financiamiento de bomberos²⁷⁵, la exigencia de transparentar ciertas remuneraciones de directivos superiores en la empresa de televisión pública²⁷⁶ y la facultad de los municipios de exigir soterramiento de redes, puesto que la igualdad ante la ley "no exige una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamientos", habida consideración que no se "puede pretender una regla uniforme de actividad económica en materia de soterramiento, si cada realidad municipal es distinta".²⁷⁷

Adicionalmente, en el ámbito de los beneficios económicos, se han tolerado las prestaciones especiales de seguridad social²⁷⁸ o el no otorgamiento de ciertos incrementos.²⁷⁹ Finalmente, se ha estimado razonable el establecimiento de limitaciones en materia indemnizatoria fijados por una convención internacional.²⁸⁰

*a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto"*(consid. 100).

²⁷³ TC, Rol 707/2007.

²⁷⁴ TC, Rol 980/2007.

²⁷⁵ TC, Rol 1295/2008.

²⁷⁶ TC, Rol 1800/2010.

²⁷⁷ TC, Rol N° 1669/2010.

²⁷⁸ TC, Rol 790/2007.

²⁷⁹ TC, Rol N° 1769/2010.

²⁸⁰ TC, Rol N° 1307/2009.

Ahora bien, en materia de acciones que han sido acogidas, pueden señalarse aquellas en que abusivamente se presume como trabajador dependiente a un profesional independiente²⁸¹ o se ha entendido que un trabajador ha realizado labores a honorarios²⁸². Del mismo modo, pueden citarse casos en que sin fundamento se priva a trabajadores de beneficios, sea de asignación de título²⁸³ u otras asignaciones²⁸⁴.

Por último, se ha estimado abusivo el empleo de procedimientos especiales de adquisición de propiedad por empresas que no califican como pequeños propietarios²⁸⁵

Como consecuencia de lo anterior, el TC ha señalado que *"la regulación legal debe ser razonable, no arbitraria, sirviendo como referencia del juicio de razonabilidad la concurrencia del principio de proporcionalidad, determinado por la relación coherente entre los medios utilizados y los fines legítimos perseguidos. La extensión de la limitación del derecho cede frente a la licitud del objeto que se pretende alcanzar, por razón de bien común"*.²⁸⁶

4. **Reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional ha declarado como contrario al principio de proporcionalidad el artículo 29 del DL 3538²⁸⁷, conforme al cual la Superintendencia de Valores, a su elección, *"podrá fijar su monto de acuerdo a los límites en ellos establecidos o hasta en un 30% del valor de la emisión u operación irregular"*. El principio de proporcionalidad, especialmente en materia de sanciones o penas, supone una *"relación de equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, que desde el campo penal se extiende como garantía a todo el orden punitivo estatal"*, lo cual viene a materializar tanto el derecho constitucional de igualdad ante la ley (artículo 19, N°2), cuanto aquella garantía que encauza la protección de los derechos en un procedimiento justo y racional consagrado en el artículo 19, N°3^o.²⁸⁸

281 TC, Rol 1399/2009.

282 TC, Rol N° 767/2007.

283 TC, Rol N° 1615/2010.

284 TC, Rol N° 1801/2010.

285 TC, Rol N° 707/2007. Como ha señalado Pica, la introducción del principio de proporcionalidad *"se ha verificado a propósito de la garantía de la igualdad ante la ley, traduciéndose en la fijación de un estándar reconocible y actual en la material"* (RODRIGO PICA FLORES, *Algunas notas jurisprudenciales sobre la introducción del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional de Chile, en Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Revista Cecoch, 2013, p. 332).

286 TC, Rol 541/2006, c. 15.

287 TC, Rol 2922/2015

288 TC, Roles N°s 1518/2009, 1584/2009 y 2022/2011

Por lo mismo, el TC ha valorado la *"garantía de que una ley clasifique las infracciones a su normativa en gravísimas, graves y leves, con un correlativo margen de castigos, además de establecer aquellos criterios o factores que la autoridad debe considerar al momento de seleccionar la concreta sanción atribuida"*.²⁸⁹

Igualmente, el TC ha señalado que el principio de proporcionalidad es materia primeramente de la ley, para luego ser objeto del consiguiente acto singular que aplica la respectiva sanción.

Así lo hace el legislador, *"al establecer la acción infractora y las penas correlativas, y, lo mismo, cuando considera la relevancia del bien jurídico protegido e incorpora determinados cuadros con márgenes mínimos y máximos de punición, dentro de los cuales el órgano de ejecución podrá juzgar y seleccionar la pertinente pena individual, acorde con ciertos criterios de graduación indicados en la ley, como la trascendencia del daño, la ganancia obtenida con la infracción, el grado de voluntariedad, la condición o no de reincidente, etc"*. Tales marcos y criterios están llamados a operar *"como límites a la discrecionalidad del órgano de aplicación, aunque sin eliminar la flexibilidad que amerita la adopción de una decisión esencialmente particular"*²⁹⁰

En este caso concreto, el TC estima que *"no resultan razonables ni existen criterios objetivos que determinen la forma en que corresponde aplicar la sanción prevista en el artículo 29 del DL 3538, puesto que la disposición se limita a facultar -discrecionalmente- a la autoridad administrativa a imponer sanción, de hasta un 30% del valor de la operación irregular"*. De esta forma, la disposición cuestionada no fija parámetro alguno de razonabilidad a la autoridad, lo que no se compadece con criterios mínimos de proporcionalidad. En efecto, se agrega, de optarse por la imposición de la sanción prevista en el artículo 29, la norma **no entrega parámetros o baremos objetivos a la autoridad administrativa** para determinar *"cómo y por qué"* se aplica el 1% o, en su grado máximo, el tope del 30% previsto en la normativa. Así, **no existe ningún parámetro de "objetividad" para la aplicación del artículo 29 del DL 3538**. La disposición legal impugnada impone de esta manera *"una potestad discrecional arbitraria que no se compadece con las exigencias mínimas de un Estado de Derecho, que permitan fundamentar la decisión y, luego de una detallada subsunción de los hechos al derecho, señalar de manera lógica y precisa cuál es la razón del quantum de la sanción, cumpliendo así con los presupuestos de un debido proceso administrativo"*.

²⁸⁹ TC, Rol N° 2264/2012

²⁹⁰ TC, Rol N° 2658/2014

Este fallo está en plena concordancia con una ascendente línea jurisprudencial seguida por el TC en los últimos años -especialmente después de la reforma constitucional de 2005- y que ha motivado diversas decisiones.²⁹¹ Lo anterior, particularmente, en el marco de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, en casos concretos.²⁹²

Así, por ejemplo, se ha estimado como desproporcionado -tal como ya se citó- el interés moratorio del 1,5% mensual establecido en el artículo 53 del Código Tributario, desde que se obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como injusta y abusiva.²⁹³

Del mismo modo, una multa sanitaria que puede derivar en prisión, conforme al artículo 169 del Código Sanitario, también infringe la proporcionalidad, al no guardar relación con la gravedad de las faltas.²⁹⁴

Igualmente, se ha cuestionado la sanción contenida en el artículo 207 de la Ley del Tránsito, al imponer una doble sanción por un mismo hecho infraccional.²⁹⁵

También, el TC ha destacado cierta falta de proporcionalidad en materia de sanciones ambientales.²⁹⁶

De igual forma, se ha concluido que habría una desproporción o inequidad entre el presupuesto fáctico constituido por el incumplimiento de una obligación civil y la aplicación de una pena punitiva por dicho incumplimiento.²⁹⁷

En fin, la falta de una gradualidad en la aplicación de sanciones, entregando total libertad para aplicar una o más, vulnera el principio de proporcionalidad, al no existir reglas suficientemente precisas para evitar la discrecionalidad en su aplicación por parte del juez.²⁹⁸

²⁹¹ ENRIQUE NAVARRO BELTRAN y CARLOS CARMONA SANTANDER, *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*, Cuadernos del TC 59, 2015

²⁹² ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *El control constitucional de las leyes en Chile (1881-2011)*, Cuadernos del TC 43, 2011

²⁹³ TC, Rol 1951/2011

²⁹⁴ TC, Rol 1518/2009

²⁹⁵ TC, Roles 2045/2011 y 2254/2012

²⁹⁶ TC, Rol 2666/2014

²⁹⁷ TC, Rol 2744/2014

²⁹⁸ TC, Rol 2743/2014

En definitiva, aludiendo al artículo 20 de la Ley general de urbanismo y construcción, que faculta a sancionar con hasta el 20% del presupuesto de la obra, se ha concluido por el TC que *"toda vez que la norma legal impugnada en su aplicación no evidencia criterios objetivos, reproducibles y verificables, en virtud de los cuales el juez competente esté habilitado para imponer una sanción pecuniaria de menor o mayor magnitud o cuantía, por infracción a la legislación de urbanismo y construcciones, se manifiesta así un margen legal excesivamente amplio o laxo entre la sanción mínima y la máxima aplicable, rayano en la indeterminación del marco penal, lo que alberga la posibilidad de decisiones arbitrarias o desiguales, desde que no puede saberse con certeza sobre la base de qué motivaciones explícitas el juez las puede adoptar"*.²⁹⁹

4. **Proporcionalidad y regulación del legislador**

Sobre este punto, se ha sentenciado que *"la Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, pero los intérpretes constitucionales no pueden sino reconocer manifestaciones puntuales de este principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha considerado que este principio se encuentra claramente integrado dentro de los principios inherentes del Estado de Derecho, está en la base de los artículos 6° y 7° de la Constitución que lo consagran, en la prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19, numeral 2°) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19, numeral 26°). Asimismo en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos"*.³⁰⁰

Ahora bien, el principio de proporcionalidad se encuentra íntimamente vinculado con el principio de racionalidad y alude a *"la adecuación cuantitativa entre la satisfacción de la finalidad pública perseguida y el contenido y el alcance de la decisión administrativa adoptada para tal efecto. La adecuación se logra a través de una idónea ponderación de los medios a emplear; lo que permite que la intervención administrativa se componga por todo y además, por sólo lo que sea necesario y suficiente para la satisfacción del interés general que en cada caso la administración debe servir. De este modo, la proporcionalidad se complementa con el principio favor libertatis que promueve la adopción, entre todas las medidas posibles, de aquella que*

²⁹⁹ TC, Rol 2648/2014

³⁰⁰ TC, Rol 2365/2012.

*resulte ser menos restrictiva a la libertad de los particulares afectados”.*³⁰¹

La doctrina especializada ha entendido por proporcionalidad en sentido amplio, también denominado como prohibición de exceso “*el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser **susceptible** de alcanzar la finalidad perseguida, **necesaria** o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles -ley del mínimo intervencionismo-) y **proporcional** en sentido estricto, es decir, **ponderada** o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”.*³⁰²

El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: a) **idoneidad**, que evalúa la aptitud que tiene la decisión para alcanzar el fin propuesto, de modo que deberá analizarse si la medida permite alcanzar o no este fin, de acuerdo a los conocimientos especializados; b) **necesidad**, de forma tal que dentro de las medidas idóneas se adopte la menos lesiva o perjudicial para el afectado; y c) **proporcionalidad** estricta, que compara las ventajas de la decisión, excluyendo así las que presentan mayores perjuicios.³⁰³

De este modo:

a) El principio de idoneidad o utilidad exige comprobar si la medida limitadora es, por sí misma, un medio apto para conseguir el fin público que la justifica;

b) El principio de necesidad o adecuación supone valorar si el medio propuesto es el menos incisivo sobre la esfera de intereses privados, siendo igualmente eficaz, respecto de otros medios posibles dirigidos a la consecución del mismo fin público; y

c) principio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde se pondera en sentido propio entre el fin público perseguido y la medida empleada, de modo de valorar si la consecución del concreto fin público

³⁰¹ GLADYS CAMACHO CEPEDA, *La actividad de intervención de la Administración*, en Derecho Administrativo Chileno, coord. Rolando Pantoja B., 2010, p. 181.

³⁰² JAVIER BARNES, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, en Revista de Administración Pública 135, 1994, p. 500.

³⁰³ DANIEL SARMIENTO, *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho Español*, 2007, U. Externado de Colombia, p. 191 y ss.

pretendido justifica o compensa el sacrificio del interés privado afectado por la medida.³⁰⁴

Así, la doctrina ha destacado como notas del principio de proporcionalidad la prescindencia del acto sancionador para lograr el fin propuesto, la adecuación de la medida aplicada para obtenerlo, la necesidad de establecer criterios cuyo tratamiento permita conocer el grado de perjudicialidad de cada medida, la posible adopción o la concordancia en relación a la entidad de dicha medida y la importancia del objetivo que la justifica.³⁰⁵

6. **Análisis de la disposición a la luz de la proporcionalidad**

La pregunta que cabe formularse es si acaso la negativa establecida por el legislador de la procedencia de esta vía judicial resulta o no desproporcionada o abusiva, de acuerdo a los parámetros fijados por la jurisprudencia del TC.

En cuanto a la primera exigencia referente a la idoneidad, nos parece que la medida legislativa resulta apta para conseguir un propósito objetivo como es el hecho que sin duda se trata de evitar el ejercicio abusivo de esta causal por parte de la Administración.³⁰⁶ Así, por lo demás, lo demuestra el debate producido durante la discusión de la ley.

En cuanto a si existen otros medios menos gravosos, aparentemente podría estimarse exagerado la prohibición. Sin embargo, evidentemente resulta razonable en tanto los intereses privados exigen la publicidad como regla general y radicada en los particulares respecto del Estado. Por otra parte, siempre existirá como regla general la posibilidad de accionar de protección, dado que se trata de un recurso de rango constitucional, como se verá en el siguiente capítulo.

En opinión de cierta doctrina, lo más razonable es entender que la disposición contenida en el aludido inciso 2° del artículo 28 de la Ley 20.285, contiene una atribución implícita de competencia a los órganos de la Administración del Estado para interponer la acción judicial de reclamación contra las resoluciones del CPLT **"atribución que por lo**

³⁰⁴ MATILDE CARLON RUIZ, *El principio de proporcionalidad*, p. 207 y 208.

³⁰⁵ CARLOS LESMES SERRANO y otros, *Derecho Penal Administrativo*, Granada, 1997, p. 12.

³⁰⁶ el artículo 21 n° 1 alude, entre otros, antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales, antecedentes o deliberaciones previas a la resolución de una resolución, medida o política; y requerimientos genéricos (Vid. ENRIQUE RAJEVIC MOSLER, *El Consejo para la Transparencia y sus decisiones, un panorama sinóptico a 2012*, en RDUFT 1 2013, 289-292).

demás sería inconstitucional³⁰⁷, lo que ha hecho en realidad es "incluir una **prohibición explícita, precisamente para evitar dudas**, en los casos que ellas más podrían darse, en cuanto a que los órganos de la administración no puedan impugnar judicialmente las decisiones del Consejo para la Transparencia, quedando limitada tal reclamación únicamente para amparar a quienes habiendo requerido el acceso a la información estimen que su solicitud ha sido ilegalmente desestimada, o a quienes habiéndose opuesto al acceso a la información que los afecte, estimen que la decisión del Consejo igualmente los afecta ilegalmente".³⁰⁸

De esta manera, el fin público perseguido resulta evidentemente razonable y consistente al orientarse en definitiva hacia el fortalecimiento de la publicidad como principio esencial a proteger en el ordenamiento jurídico.

Como ha señalado un destacado ius publicista, este tipo de normativas pretende "equilibrar los problemas que el control judicial experimenta en los casos de amplia discrecionalidad administrativa, tanto porque la transparencia en sí constituye una forma de control, cuanto por el hecho que el procedimiento asume sus expresiones (publicidad, motivación, acreditación de la ponderación, acceso a la instrucción, etc.) que sí son susceptibles de control".³⁰⁹

³⁰⁷ El autor alude a que suponer que la norma, a contrario sensu de lo indicado, otorgaría una habilitación general para interponer la reclamación judicial, además de una interpretación extensiva, "una infracción notable de la norma constitucional que exige que las competencias de los órganos del Estado sean atribuidas en forma expresa y no por vía analógica o interpretativa"

³⁰⁸ MAURICIO VIÑUELA HOJAS, *La titularidad y el objeto del derecho al acceso: una visión integrada de dicho derecho*, en *Transparencia en la Administración Pública*; Ed. AbeledoPerrot, 2010; p. 187

³⁰⁹ JAVIER BARNES VASQUEZ, *Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia*, en *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Ricardo García Macho (Ed.), Marcial Pons, Madrid, 2010; p. 52

CAPITULO SEPTIMO

DERECHO AL RECURSO Y DEBIDO PROCESO

1. Discusión de la norma en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución

El actual artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República establece 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"*.

En primer lugar, cabe recordar que en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) expuso especialmente sobre la materia el profesor de Derecho Procesal, José Bernal P., quien se explayó sobre los elementos que conforman lo que en la tradición anglosajona se ha denominado "due process of law", esto es, el debido proceso legal, y que se remonta desde tiempos de la Carta Magna. En tal sentido, aludió a la bilateralidad de la audiencia, derecho a la prueba, fundamentación de la decisión y mecanismos de impugnación.³¹⁰

Más adelante, el profesor Silva Bascuñán cuestionó la redacción flexible o abierta de la norma en comento, señalando la conveniencia de precisar el concepto.³¹¹ Evans, en cambio, prefería un contenido más

³¹⁰ Así señaló textualmente el académico: *"¿Cuáles son estos principios que vienen desde tiempos inmemoriales? (...) primero, noticia al demandado del procedimiento que lo afecta. Es decir, lo que en Chile se denomina **notificación**. Enseguida, razonable plazo para comparecer y **exponer sus derechos** por sí o por testigos. A continuación, presentación de éstos y de cuantos **medios de prueba** disponen en apoyo de su defensa. O sea, lo que en nuestro país se llama emplazamiento. Para aquellos es importante sobre todo la posibilidad de aportar la prueba, y que el tribunal la reciba en forma legal. Pero esto debe ser racional. Lo que importa a los americanos principalmente es fijar principios racionales, que se dé noticia en forma racional (...) En seguida, un tribunal constituido de tal manera que se dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad (...) Después **tribunales con jurisdicción**, competencia adecuada (...) En seguida, el principio aplicado a la **prueba**. La libre aportación de prueba y que una persona tenga el derecho a aportarla. Otra conquista procesal notable que también podría consignarse en la Constitución es el de la **fundamentación de los fallos** (...) Otro principio sería el derecho a los **recursos legales** con posterioridad a la sentencia, que tiene evidentemente algunas derogaciones por el hecho de que pudieren haber tribunales de primera instancia colegiados que eliminen la necesidad de los recursos"* (CENC, sesión 101, 9 de enero de 1974, p. 7-8). Más adelante, afirmó que *"se podría llegar a un acuerdo si se dispone que la sentencia debe fundarse en un procedimiento previo, racional y justo, señalado en la ley, que permita, por lo menos **oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba**"* (Ibid., p. 19)

³¹¹ al efecto que, *"le parece más lógico que en lugar de hacer una simple mención, como garantía del proceso, a la **racionalidad y a la justicia**, que son términos precisamente*

genérico.³¹² Por su parte, el comisionado Díez resaltó como elementos la bilateralidad de la audiencia, la posibilidad de rendir pruebas y la existencia de una segunda instancia.³¹³

Finalmente, como consecuencia del debate, el señor Ortúzar "*declara aprobada la indicación del señor Evans, con la reserva del señor Silva Bascuñán en el sentido de que es partidario de expresar como requisitos del debido proceso los elementos que ha señalado en el curso del debate*"³¹⁴, ante lo cual el señor Evans "*propone que junto con la aprobación de texto que ha tenido la mayoría, quede constancia en actas, a título meramente ejemplar, y sin que ello constituya limitación de ninguna especie, de que son garantías de un racional y justo proceso las señaladas por el señor Silva Bascuñán*".³¹⁵ A lo que el señor Díez agregó "*el plazo para dictar sentencia*".³¹⁶

Cabe tener presente que la norma se aprobó sin mayores modificaciones ni discusión en el Consejo de Estado.³¹⁷ Con posterioridad, la reforma de 1997, con ocasión de la creación del

*susceptibles de ser manejados con diversos criterios, se definiera la descripción de qué se entiende sustancialmente por proceso racional o justo". Como consecuencia de lo anterior procuró "sintetizar lo que significa un proceso que sea respetable en el orden humano, y le pareció que ello no se satisface sólo con las menciones doctrinarias de la racionalidad y la justicia, sino que es un proceso en el cual se le permita **oportunamente a la persona afectada conocer la acción y reaccionar frente a ella realizando la defensa y produciendo la prueba**". (CENC, sesión 103, 16 de enero de 1975, p. 11)*

³¹² En relación al contenido específico de la garantía, el señor Evans planteó su preferencia por "*los conceptos genéricos de 'racional y justo' encargándole y obligándole al legislador a establecer siempre procedimientos que den garantía de racionalidad y justicia, que el de establecer normas demasiado precisas*". (Ibid., p. 16).

³¹³ El señor Díez expresa que "*de la historia de las palabras 'racional y justo' se desprende ya una conclusión: que la Comisión Constituyente estima que el procedimiento no es racional ni es justo si no se establece entre otras cosas, y sin que ello constituya una limitación, el **oportuno conocimiento de la acción** por parte del demandado; una **defensa racional y adecuada**, y la posibilidad de producir las **pruebas** cuando sea conducente, porque puede haber un proceso de derecho puro, donde no haya ninguna prueba que rendir*". Agregó que es imposible establecer todas las garantías, como por ejemplo, que "*en la inmensa mayoría de los casos, la consagración de un tribunal de apelaciones, o de segunda instancia o de casación, o de queja, es indispensable como regla de un adecuado procedimiento, para que por lo menos **dos tribunales revisen** alguna cuestión en la cual haya cierto grado de importancia comprometido, ya sea monetaria, de honor, de situación de la persona en la vida de la sociedad, etcétera*" (Ibid., p. 16)

³¹⁴ Ibid., p. 20

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ JAIME ARANCIBIA MATTAR y otros, *Actas del Consejo de Estado en Chile*, 2008, Tomo I, p. 335

Ministerio Penal Público, incorporó la necesidad de que las investigaciones sean también racionales y justas.³¹⁸

2. **Doctrina de ius publicistas**

La doctrina nacional también se ha referido en términos generales al sentido y alcance de la disposición.

Así, Enrique Evans ha señalado como elementos de un "racional y justo procedimiento", entre otros: *"notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; sentencia dictada en un plazo razonable; y posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva"*.³¹⁹ En palabras de Mario Verdugo, *"como estos conceptos son, ciertamente, muy genéricos y se prestan para entenderlo con variado criterio, la Comisión de Estudio que elaboró la norma prefirió referirse al 'racional y justo procedimiento' en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional y justo proceso permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere"*.³²⁰

Del mismo modo, tratadistas extranjeros han señalado que "el derecho al 'debido proceso legal' (*due process of law*) que en último

³¹⁸ En consideración al carácter no jurisdiccional de la dirección exclusiva de la investigación, el constituyente –por moción de los senadores Diez y Piñera- decidió incorporar una nueva garantía en el artículo 19, N° 3º, de la Ley Suprema, a saber, la exigencia de que la investigación penal sea racional y justa. Ley de reforma constitucional N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997. De este modo, como afirma el ex Presidente de la Corte Suprema, Milton Juica Arancibia, *"al mismo tiempo que se estableció este órgano público, se debió hacer también algunas modificaciones necesarias en otras disposiciones de la misma Constitución Política. Así, por ejemplo, en el artículo 19 N° 3º, con relación a la garantía constitucional del debido proceso que se contiene en su inciso 5º, se dispone en su última parte: 'corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos'. La modificación fue incluir la expresión 'investigación', que naturalmente está referida implícitamente al proceso penal, asimilando entonces la misma exigencia de racionalidad y de justicia no solamente al procedimiento sino que a la investigación"*. (MILTON JUICA ARANCIBIA., *El Ministerio Público en la Constitución Política de 1980*, en obra 20 años de la Constitución Chilena, Ed. Enrique Navarro Beltrán, 2001, p. 570).

³¹⁹ Enrique Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, tercera edición, 2004, p. 144

³²⁰ Mario Verdugo Marinkovic. y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 1994, p. 217

*término, significa el derecho de toda persona a un proceso justo y equitativo, derecho que encierra dentro de sí un amplio conjunto de garantías que se traducen en otros tantos derechos del justiciable que, en esencia, son los siguientes: el derecho a un juez imparcial; el derecho a ser informado de la acusación formulada; el derecho a la defensa y asistencia del Letrado; el derecho a un proceso público; el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable".*³²¹

Por su parte, el profesor y ex Presidente del Tribunal Constitucional, Juan Colombo, precisa respecto al debido proceso que éste puede tener dos dimensiones: *"puede decirse que todos los poderes del estado deben ceñirse en el ejercicio de sus funciones, a lo que manda la Constitución. El poder jurisdiccional debe obrar de manera tal que no afecte la garantía de defensa en juicio –debido proceso adjetivo- y el poder legislativo no debe alterar la sustancia de los derechos por vía legislativa –debido proceso sustantivo- En cuanto a la Administración, debe observar ambos".*³²²

En cuanto a los derechos que constitucionalmente implica el debido proceso, la doctrina procesal nacional ha señalado que: *"Las garantías mínimas para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo para el desarrollo de un debido proceso son las siguientes: a.- El derecho a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial; b.- El derecho a un juez natural preconstituido por la ley; c.- El derecho de acción y de defensa; d.- El derecho a un defensor; e.- El derecho a un procedimiento que conduzca a una pronta resolución del conflicto; f.- El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de un contradictorio; g.- El derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de prueba; h.- El derecho a un procedimiento que contemple una igualdad de tratamiento de las partes dentro de él; i.- El derecho a un procedimiento que contemple la existencia de una sentencia destinada a resolver el conflicto; j.- El derecho a un recurso que permita impugnar las sentencias que no emanen de un debido proceso."*³²³

³²¹ Francisco Fernández Segado, *El Derecho a la Jurisdicción y las Garantías del Debido proceso en el Ordenamiento Constitucional Español*, en Revista Ius et Praxis N° 5, Editorial Universidad de Talca, 1999, pg. 90.

³²² Juan Colombo Campbell, *El Debido Proceso Constitucional*, en Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32, año 2006, pág. 43.

³²³ Cristián Maturana Miquel, *Nociones sobre Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento*, apuntes de clases, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

3. **Jurisprudencia del tribunal constitucional**

De lo resuelto por el Tribunal Constitucional (TC) en los últimos diez años, particularmente en sede de inaplicabilidad³²⁴, es posible advertir las siguientes particularidades de un justo y racional procedimiento e investigación.

a) **Bilateralidad de la audiencia**

El derecho a defensa se expresa en el principio de bilateralidad de la audiencia, conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser oído, ya sea en juicios penales o civiles. De esta manera, *"el demandado debe contar con los medios necesarios para presentar adecuada y eficazmente sus alegaciones, lo que presupone el conocimiento oportuno de la acción"*.³²⁵

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se ha estimado que contraviene la exigencia de racionalidad y justicia la tramitación establecida para el proceso de desafuero tratándose de los delitos de acción privada, en la medida que ello podría decretarse con el sólo mérito de la querrela y sin escuchar a la parte y recibir las pruebas que fueren procedentes.³²⁶

Del mismo modo, se ha dictaminado que un parlamentario *"no puede ser constreñido a comparecer a la audiencia de formalización mediante el empleo de un medio coercitivo como el que contemplan los incisos segundo y tercero del artículo 33 del mencionado Código, desde que en tal supuesto efectivamente se estaría afectando su libertad personal, lo que no puede hacerse sin previo desafuero del imputado"*.³²⁷

También se ha fallado que el conocimiento -en primera instancia- en cuenta o de plano, esto es, sin escuchar a las partes, puede importar una vulneración al debido proceso.³²⁸ De igual forma, se ha resuelto que la solicitud de quiebra de un comerciante, que se resuelve "con

³²⁴ Sobre la materia vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público N° 72, 2010, p. 265-293. Una visión histórica en *Evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile*. Libro homenaje a Bernardino Bravo, Revista de Historia del Derecho (2010), Tomo II, p. 1231-1255. Con posterioridad, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Cuadernos del TC 43, 2011.

³²⁵ Rol 2053-11, 14 de junio de 2012

³²⁶ Rol N° 478 de 8 de agosto de 2006

³²⁷ Rol N° 736, 29 de noviembre de 2007

³²⁸ Rol N° 747 de 31 de agosto de 2007

audiencia del deudor", cumple con el principio de bilateralidad, desde que debe precisamente escucharse al afectado.³²⁹

En todo caso, si bien la bilateralidad es la regla general, ella admite gradaciones y excepciones, según la naturaleza de la acción ejercitada. Sobre este punto, por ejemplo, el TC ha señalado que "*su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares*"³³⁰

Por lo mismo, se ha puntualizado que "*las excepciones se justifican por la urgente necesidad de adoptar ciertas providencias cuya dilación acarrearía grave perjuicio, como ocurre con la paralización de los procedimientos de constitución de la propiedad minera.*"³³¹ De este modo, así como el legislador puede fijar distintas formas de notificación atendiendo a la naturaleza del proceso, también "*puede prescindir de ella en casos calificados, procurando un bien superior, cuando es posible presumir que el actor tiene conocimiento regular del proceso porque existe una carga procesal que lo impele a ello, como es la de dar curso progresivo a los autos en los procedimientos de constitución de concesiones mineras.*"³³²

Como ha sostenido el profesor Juan Colombo, "*en términos generales, en todo proceso debe operar el principio de la bilateralidad... No obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal, el legislador puede aplicar el principio de unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios cautelares... En tal caso la unilateralidad queda compensada por la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso*"³³³.

b) **Derecho a aportar pruebas**

Sobre este punto, cabe resaltar que en diversas sentencias se ha considerado como contraria a la Carta Fundamental una disposición en virtud de la cual la Tesorería General de la República retiene la devolución de tributos de deudores de crédito universitario con la sola información que le proporciona el Administrador del Fondo Solidario, sin darle oportunidad de presentar otro descargo que no sea el certificado

³²⁹ Rol N° 1202, de 10 de marzo de 2009

³³⁰ Roles N° 1200, c. 5°; N° 1235, c. 5°; y N° 1414, c. 19°

³³¹ Rol N° 2053-11, 14 de junio de 2012

³³² Ibid.

³³³ COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *El debido proceso constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32, año 2006, p. 92

de pago emitido por dicho órgano, todo lo cual *"no satisface, indudablemente, las exigencias mínimas de un racional y justo procedimiento, porque no permite a quien aparece como deudor de acuerdo con la información proporcionada por el Administrador del Fondo Solidario Universitario, ejercitar ni ante la Tesorería ni ante un tribunal de justicia otro medio de defensa que no sea la prueba del pago de la obligación"*. Una restricción *"tan drástica de los medios de defensa de una persona no tiene sustento racional"*, habida consideración que *"puede llegar hasta privar, en la práctica, de una defensa oportuna, sea ante el órgano administrativo que decide la retención o ante algún tribunal al que pudiere reclamarse, que en el caso de autos no existe"*.³³⁴

A su vez, se ha considerado que importa una infracción a la igualdad de armas y a la tutela judicial efectiva la circunstancia de que la denegación de prueba sólo pueda ser apelada por el Ministerio Público y no por la parte querellante.³³⁵ Por su lado, en materia laboral, respecto de la sentencia pronunciada en el procedimiento monitorio, se ha puntualizado que no existe infracción a la Carta Fundamental si se han ponderado los hechos, las alegaciones de las partes y la prueba rendida.³³⁶ Tratándose, a su turno, del procedimiento de cobro de facturas, se ha considerado que el ordenamiento jurídico establece suficientes resguardos procesales y legales.³³⁷ Igualmente, en cuanto al procedimiento de exclusión de síndico de quiebra, se ha afirmado que es adecuado desde que puede ejercerse el derecho a la defensa, entregar pruebas y ejercer mecanismos impugnatorios administrativos y jurisdiccionales.³³⁸

Por el contrario, se ha precisado que no se vulnera la Constitución cuando el procedimiento faculta al juez de la causa para determinar si se abre o no un término probatorio, puesto que el derecho a la prueba no importa una facultad incondicional, la que sólo procederá en la medida en que sea pertinente, esto es, en el evento de existir hechos pertinentes, controvertidos y sustanciales, correspondiendo al juez efectuar dicho juicio.³³⁹ Del mismo modo, se ha sentenciado que la procedencia de la prueba se encuentra condicionada a la naturaleza del

³³⁴ Rol N° 808-07, 12 de agosto de 2008. En el mismo sentido, Roles N° 1393-09 (28 de octubre de 2010) 1411-09(7 de septiembre de 2009), 1429-09 (2 de noviembre de 2010), 1473-09 (28 de octubre de 2010) y 1449-09 (9 de diciembre de 2010)

³³⁵ Rol N° 1535, 28 de enero de 2010

³³⁶ Rol N° 1514, de 12 de octubre de 2010

³³⁷ Rol N° 1564, de 7 de diciembre de 2010

³³⁸ Rol N° 1413, de 16 de noviembre de 2010

³³⁹ Rol N° 481, de 4 de julio de 2006

asunto.³⁴⁰ Así, no se declara inconstitucional los mecanismos de defensa en los procedimientos ejecutivos que limitan las excepciones oponibles a la demanda.³⁴¹

c) **Derecho a ser juzgado por un tercero imparcial**

Tal como lo ha dicho el Tribunal Constitucional: *"todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más (...) la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal"*.³⁴²

En otro asunto se afirma que cierta disposición contenida en el Código Sanitario infringe el debido proceso, por cuanto establece una pena que, aunque dispuesta como apremio, supone la privación de libertad, *"sin que exista un proceso jurisdiccional en el que tenga lugar el principio de bilateralidad de la audiencia ante un tercero imparcial y, por consiguiente, en que se haya respetado el derecho de defensa de quien será objeto de una limitación a su libertad"*. Por lo mismo, dicha coactividad estatal *"exige que la respuesta del Estado emane de una sentencia judicial que cause ejecutoria, dictada de conformidad al mérito de un justo y racional procedimiento."*³⁴³

Del mismo modo, debe señalarse que el TC ha sentenciado que "el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, *"es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiere esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez sin*

³⁴⁰ Rol N° 699 de 13 de septiembre de 2007

³⁴¹ Roles N°s 977 de 8 de enero 2008, 811 de 31 de enero de 2008 y 1217, de 31 de enero de 2009

³⁴² Rol N° 46, considerando 18).

³⁴³ Rol N° 1518-09, 21 de octubre de 2010, consid. 25

*estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente.”*³⁴⁴

Incluso, en una decisión pronunciada hace pocas semanas, el TC, acogiendo una acción de inaplicabilidad, nuevamente invoca el debido proceso, recordando que *“tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional”*, puntualizándose que –en el caso de autos- *“el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia”*.³⁴⁵

d) **Motivación de la sentencia**

A su vez, se ha sentenciado que la motivación de la sentencia es *“connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio”*. Constituye, *“a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”*.³⁴⁶

De esta forma, todo acto emanado de un órgano del Estado, debe ser fundado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de la Carta Fundamental. Se trata, por lo demás, como recordara sabiamente don Andrés Bello, de una *“práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno”*.³⁴⁷

Por lo mismo existen Constituciones Políticas que consagran expresamente la fundamentación de las sentencias. Así, la Carta Fundamental italiana -ya citada- indica que *“todas las decisiones judiciales deberán ser motivadas”* (artículo 111). Del mismo modo, la Constitución española establece que *“las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”* (artículo 120.3).

³⁴⁴ Roles N°s 792, 815, 946, 1382, 1356, 1391 y 1418

³⁴⁵ Rol 2045/2011

³⁴⁶ Rol 1373, 22 de junio de 2010, consid. 15

³⁴⁷ Necesidad de fundar las sentencias, artículo publicado en El Araucano, 1834; en Andrés Bello, *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*, Edeval, 1979, selección de A. Squella, p. 112

En tal sentido, el Tribunal Constitucional español ha dictaminado que la motivación de las sentencias como exigencia constitucional ofrece una doble función: *"por una parte, da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden"*; de modo que actúa en suma *"para favorecer un más completo derecho a la defensa y como un elemento preventivo de la arbitrariedad"*.³⁴⁸

Como recuerda el jurista Couture, la obligación de motivar la sentencia se le impone por tanto al juez *"como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poder comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria"*.³⁴⁹ Como ha dicho la doctrina francesa motivar una decisión *"es expresar sus razones (...) es alejar todo arbitrio"*; de modo que *"los motivos le ayudan a decidir si debe o no apelar o, en su caso, ir a la casación"*.³⁵⁰

Alejandro Nieto, por su parte, ha puntualizado que la motivación de las sentencias tiene por finalidad: a) justificar la racionalidad de la decisión; b) proporcionar al tribunal superior criterios útiles para el juicio de revisión; c) legitimar la decisión judicial en términos tales que la decisión sea la más correcta; d) posibilitar un control generalizado y difuso de las decisiones judiciales; y e) servir de instrumento para precisar el contenido enunciativo del fallo.³⁵¹

e) **Derecho a un recurso o medio impugnatorio**

Finalmente, uno de los puntos en que ha existido debate es aquel referido a la posibilidad de impugnar lo resuelto en primera instancia por un para ante un tribunal superior jerárquico. Sobre esta materia, se ha decidido que resolver en "única instancia" o "sin forma de juicio", no importa una infracción al debido proceso, desde que se contempla una etapa administrativa previa, en que es escuchada la parte, y luego se abre una instancia jurisdiccional, en donde existe la posibilidad de aportar pruebas.³⁵²

³⁴⁸ STC 54/1997, 17 de marzo de 1997

³⁴⁹ EDUARDO COUTURE, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, p. 286

³⁵⁰ T. SAWEL, *Historia del juicio motivado*, Revista de Derecho Público, 1955, p. 5

³⁵¹ ALEJANDRO NIETO, *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000, p. 163 y ss.

³⁵² Rol N° 1252, de 28 de abril de 2009

En materia de recursos procesales, el Tribunal Constitucional ha afirmado que ellos deben otorgarse tomando siempre en consideración la naturaleza y fin del procedimiento, teniendo en tal sentido presente que la Corte Suprema es el tribunal superior jerárquico, a quien por tanto se le ha conferido la superintendencia directiva y correccional respecto de los demás tribunales del país.³⁵³

De esta forma, como también lo ha precisado dicha Magistratura, *“aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”*.³⁵⁴ Lo anterior, atendido que el fin que la ley busca satisfacer a través de cada procedimiento varía según el objeto que hace necesaria su existencia, por lo que la determinación de los actos procesales que deberán componerlo y, específicamente, las características del medio de impugnación, en orden a lograr por el órgano jurisdiccional un adecuado conocimiento del conflicto jurídico, dependerán siempre de esta circunstancia.³⁵⁵

De allí que se ha estimado que no contraviene el debido proceso la inexistencia de segunda instancia respecto a la resolución que decreta la medida de apremio de arresto en materia previsional, ya que es la naturaleza del conflicto la que determina la inclusión de la apelación en un procedimiento, sin perjuicio de que siempre la medida es recurrible por medio del amparo constitucional y del recurso de queja.³⁵⁶

Por lo mismo, el TC desecha una presentación dirigida contra un precepto legal que configura el procedimiento aplicable a las controversias jurídicas derivadas de la ejecución de un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles sobre la base de una mayor protección del arrendador, propietario del bien dado en arrendamiento, y de establecer para dichos efectos un procedimiento rápido y concentrado, en el que se excluye la posibilidad de solicitar una orden de no innovar que suspenda o paralice el cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en primera instancia mientras se tramita la apelación que pudiera haberse interpuesto en su contra.³⁵⁷

³⁵³ Rol N° 986, de 30 de enero de 2008. En el mismo sentido, Rol N° 1130, de 7 de octubre de 2008, y Rol N° 1443, de 26 de agosto de 2010

³⁵⁴ Rol N° 1.432

³⁵⁵ Rol N° 1448, de 7 de septiembre de 2010

³⁵⁶ Rol N° 576 de 24 de abril de 2007

³⁵⁷ Rol N° 1907-11, 20 de diciembre de 2011

En cambio, se ha sentenciado que al exigirse presentar reclamaciones ante el tribunal superior electoral, se infringe "el principio de la doble instancia que se encuentra constitucionalmente garantizado en materia electoral y, de paso, el derecho al juez natural, que constituye uno de los elementos configuradores de un justo y racional procedimiento".³⁵⁸

Ahora bien, respecto del conocimiento en única instancia, el TC ha entendido que dicha limitación lo es sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental.³⁵⁹ Finalmente, respecto de las facultades informativas que son propias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se ha estimado que el ordenamiento jurídico ha previsto diversos mecanismos impugnatorios (como es la reconsideración), además de las acciones constitucionales.³⁶⁰

De lo dicho se puede concluir que ciertamente uno de los elementos fundamentales propios de un justo y racional procedimiento es la circunstancia que exista la posibilidad de que las partes puedan impugnar lo resuelto ante un tribunal superior jerárquico. Si bien es cierto, como lo ha sentenciado el TC, que la Constitución Política de la República no establece propiamente el derecho a una apelación, sí se ha entendido como constitutivo de un debido proceso la existencia de una vía de impugnación adecuada, lo que también se ha reconocido en diversos tratados internacionales, especialmente en procesos penales.³⁶¹

De esta forma, si bien la Carta Fundamental no indica cuáles son las formalidades esenciales de un proceso, ello no implica que el legislador pueda mutilar la garantía de que se trata en punto a poder eliminar arbitrariamente el recurso a un tribunal superior, a cuyo alrededor se estructura nada menos que la organización y atribuciones de los tribunales del Poder Judicial, desde la Constitución de 1823 hasta la actualidad. Por lo mismo, ya en los inicios de la doctrina ius publicista nacional se menciona la apelación como "necesaria para reformar las decisiones injustas".³⁶²

³⁵⁸ Rol N° 2152-11, 19 de enero de 2012

³⁵⁹ Roles N°s 1.509 y 2074

³⁶⁰ Rol N° 1448, de 7 de septiembre de 2010

³⁶¹ Como es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.5, que alude al derecho a un tribunal superior), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2.h, que consagra el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior) o el Tratado Europeo de Derechos Humanos (artículo 13)

³⁶² JOSÉ V. LASTARRIA, *Elementos de Derecho Público Constitucional*, 1848, p. 136

Sin embargo, en los casos que el legislador ha limitado las vías impugnatorias, se ha sentenciado que ello debe entenderse siempre sin perjuicio de las acciones constitucionales, como es el caso del recurso de protección, reconocido en el artículo 20.³⁶³

4. **Afectación del derecho al recurso**

De lo señalado se desprende evidentemente que uno de los elementos esenciales que configuran el debido proceso es el derecho a impugnar lo resuelto por una autoridad administrativa, como en este caso, sería el Consejo para la Transparencia.

Sin embargo, dicho derecho nos parece que, en principio se encuentra vinculado con la afectación del mismo por parte de la autoridad administrativa a particulares, en quienes –en principio- se radica este derecho.

Ello se vincula además con la regla esencial contenida en el artículo 38 de la Constitución Política

En esta materia, el TC ha sentenciado que tratándose de reclamar judicialmente de los actos de la Administración, y en forma concordante con el derecho de acceso a la justicia que asegura el art. 19, N° 3, CPR, establece expresamente, en su art. 38, inc. 2º, el derecho de cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración, a reclamar ante los tribunales que determine la ley.³⁶⁴ La jurisprudencia, en todo caso, desde sus inicios ha aceptado la presentación de reclamación por parte de órganos de la Administración.³⁶⁵

Así, una norma legal que establece que tratándose de acciones de carácter jurisdiccional para dejar sin efecto una resolución del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el afectado “sólo” está facultado para recurrir a un determinado tribunal de letras en lo civil, es constitucional en el entendido que no priva en caso alguno a los afectados del derecho a hacer uso de las vías de impugnación que tienen su fuente en la CPR, a pesar que use el vocablo “sólo”.³⁶⁶

³⁶³ Un análisis de las tres primeras décadas, NAVARRO BELTRAN, ENRIQUE, *30 años del Recurso de Protección*, en Libro Homenaje a Mario Verdugo Marinkovic, Editorial Jurídica (2009); p. 141-154. En relación a los primeros 20 años vid. SOTO KLOSS, *El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre*, en 20 años de la Constitución Chilena 1981-2001, Santiago (2001), Ed. Navarro B., Enrique, p. 421 y ss.

³⁶⁴ TC, Rol 946, c. 34. En el mismo sentido, Rol 2557, c. 8

³⁶⁵ Entre otros, por ejemplo, la Dirección Nacional del Servicio Civil (ICA Santiago, Rol 7938-2010)

³⁶⁶ TC, Rol 1007, cc. 8 a 10

Igualmente, se ha fallado que una norma que establece que la petición de nulidad es el único recurso admisible contra un laudo arbitral es constitucional, en el entendido que deja a salvo las atribuciones que la Constitución Política a la Corte Suprema de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Fundamental a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley.³⁶⁷

En un caso, se sentenció que la regulación de los recursos de reposición y jerárquico contra actos de la Agencia de Calidad de la Educación, si bien altera la regla contenida en el art. 10 LOCBGAE, es constitucional, en el entendido que no menoscaba el derecho a reclamo.³⁶⁸

Se ha fallado que no es constitucional y atenta contra las Bases Generales de la Administración del Estado, limitar la procedencia de los recursos administrativos de la Ley N° 19.880 sólo para los casos de error de información o procedimiento, pues ello coarta el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración.³⁶⁹

En todo caso, la determinación del órgano jurisdiccional de los contenciosos tributarios, es una materia que es privativa del legislador, por lo que no corresponde su revisión judicial por la vía de la jurisdicción constitucional, en tanto en cuanto en su aplicación no se acrediten infracciones sustanciales.³⁷⁰

En definitiva, el derecho a la acción judicial contenciosa administrativa, que esencialmente se radica en las personas contra la Administración, no se vería afectado respecto de la causal invocada en el inciso 2° del artículo 28 de la Ley 20.285, desde que lo que persigue esta norma es limitar el ejercicio abusivo de su invocación por parte de la Administración, sin perjuicio de lo cual, como lo ha sentenciado el propio TC, ello no puede entenderse como una prohibición del ejercicio de las acciones constitucionales, como es el caso del recurso de protección.

³⁶⁷ TC, Rol 420, c. 17
³⁶⁸ TC, Rol 2009, c. 27
³⁶⁹ TC, Rol 2009, cc. 31 y 32
³⁷⁰ TC, Rol 616, c. 44

Lo anterior, sin perjuicio, de la posibilidad de concurrir al órgano contralor, cuyas atribuciones también tienen fundamento constitucional, como lo dejó a salvo el propio TC en su fallo.³⁷¹

³⁷¹

Con ocasión de la revisión del proyecto de ley del Consejo para la Transparencia y, en cuanto a la circunstancia que éste sólo quedaría sujeto a la fiscalización de la Contraloría en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas, el TC lo declara ajustada a la Ley Fundamental "en el entendido de que esta limitación a las facultades que se confieren a la Contraloría General de la República, en la norma transcrita, deja a salvo el control amplio de legalidad que confiere a este órgano el artículo 98, inciso primero, de la Carta Fundamental, en lo que fuere procedente". (Rol 1051/2008, c. 34).

CONCLUSIONES

1. El derecho a acceso a la información se encuentra reconocido en diversos ordenamientos constitucionales en Hispanoamérica (Colombia, México, Perú, República Dominicana, Venezuela, Ecuador, Bolivia y Panamá. En otros casos, de modo implícito. En nuestro caso, a partir de la reforma constitucional de 2005, se incorpora el principio de publicidad, estableciendo excepciones a través de ley de quórum calificado.
2. La normativa se aplica a toda la Administración del Estado y funcionarios públicos, pero el TC ha señalado una serie de alcances respecto de órganos constitucionales autónomos.
3. Se ha entendido que el acceso a la información, aunque no se encuentra expresamente reconocido en el texto constitucional, es consecuencia de la libertad de información y es una de las bases fundamentales del régimen democrático.
4. Se trata de un derecho no absoluto que admite diversas excepciones, en atención a la protección de diversos bienes, lo que solo procede por ley de quórum calificado. El artículo 8º de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y ésta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad
5. El derecho de acceso a la información, que regula la Ley N° 20.285, pone a la Administración en la obligación de dar o entregar los actos o documentos que ella tenga. No es un derecho a que la Administración elabore una información. EL TC ha señalado que la afectación del debido cumplimiento de las funciones, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones.
6. El TC ha resuelto que son públicas las remuneraciones de los funcionarios públicos. En cambio no lo son, los informes psico-laborales como tampoco los correos electrónicos. Se ha fallado que la administración tiene siempre derecho a impugnar decisión del CPLT. A su vez, que el inciso 2º del artículo 5 de la Ley de Transparencia excede el mandato constitucional del artículo 8º.

7. Cabe hacer presente que se tramita actualmente ante el H. Congreso Nacional una reforma constitucional destinada a reconocer constitucionalmente -y de manera explícita- el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública.³⁷² Dicha reforma, es precisamente una reacción a fallos del TC, en triple sentido: a) en cuanto a que el artículo 8° no establecería el principio de transparencia³⁷³; b) dado que la Constitución no consagraría un derecho de acceso a la información de un modo expreso;³⁷⁴ y, por último, habida consideración que la Constitución no hablaría de información.³⁷⁵

8. La reforma constitucional incorporó en el artículo 8 los principios de publicidad y transparencia, los que imponen obligaciones a los órganos del Estado, en protección y defensa de los particulares. La regla general ciertamente es la publicidad, de modo que la excepción es el secreto o reserva, lo que sólo puede establecerse por ley de quórum calificado. La Carta Fundamental precisó además las causales específicas que autorizan dicha excepción, entre las cuales se encuentra la circunstancia de que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos.

Hubo un amplio debate sobre su alcance e incluso se propuso su eliminación, dado su carácter vago y genérico, lo que, en definitiva, no prosperó. Los partidarios de la norma, en cambio, hacían presente que la misma podía entorpecer o dificultar el accionar de la institución respectiva. En todo caso si el reclamante no concuerda con la calificación se pensó en la existencia de un procedimiento judicial breve y expedito. Lo fundamental es que la garantía fundamental debía ser el pleno conocimiento de las actuaciones administrativas.

³⁷² Boletín 8805-07 La reforma modifica dos preceptos de la Constitución. Por una parte, el artículo 8°. En ella se agrega como principio que rige a los órganos del Estado, junto al de probidad, el de transparencia. Agregando que éste incluye *"los principios de publicidad y de acceso a la información pública"*. Por la otra, se modifica el artículo 19, N° 12°, estableciendo un nuevo derecho subjetivo, en los siguientes términos: *"Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado."*

³⁷³ TC, Rol N° 1990/2012

³⁷⁴ TC, Rol N° 634/2007

³⁷⁵ TC, Roles roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013

9. De la discusión de lo señalado en el artículo 28, inciso 2° de la Ley 20.285, se observa que se cuestionó durante su tramitación que la causal referida al entorpecimiento de las funciones del órgano, resultaba especialmente compleja, por lo que se trataba de la forma más usual de negar la entrega de la información, de manera que aparecía conveniente precisarla.

Incluso, ciertas entidades ciudadanas que fueron escuchadas, recordaron que se trataba de un criterio que había demostrado ser constitutivo de reales barreras de acceso a la información. Por lo mismo, se precisó en dos sub causales su alcance (prevención e investigación de delitos y deliberaciones).

A su vez, respecto de dicha causal de normal funcionamiento, desde un principio se la excluyó del contencioso judicial previsto, todo ello para promover y crear una nueva cultura de transparencia.

10. Existen ya varios precedentes sobre la materia. Uno fue rechazado por no ser decisivo (Rol 2449). Otro también por no existir gestión pendiente (Rol 2745). En otro se desechó por razones más de fondo (Rol 2895), en atención a las características del control concreto, haciendo presente la inexistencia de causa o motivo, la primacía de la publicidad, la inexistencia de contienda, la falta de legitimación activa y la circunstancia de que los contenciosos se estructuran sobre la base de acciones de particulares contra la Administración.

11. En el único caso acogido se invocó el sentido de la causal; la circunstancia de que se trata de una carga excesiva agotar la vía administrativa y no tener posteriormente posibilidad de reclamar; la simetría existente entre órganos administrativos y particulares; y la referencia la historia fidedigna de la ley.

Hubo sí votos que estuvieron por rechazar la acción, fundado en que la garantía del debido proceso tiene por destinatario los particulares y no los órganos del Estado; la experiencia de la aplicación de esta causal, distorsionándose la vigencia del principio de publicidad; la eventual contienda entre entes administrativos; y la concordancia de la norma con el artículo 38 de la Carta Magna, que faculta a los particulares lesionados en sus derechos para reclamar a los tribunales.

12. La norma en cuestión fue revisada preventivamente por el Tribunal Constitucional con ocasión del control obligatorio efectuado a la Ley sobre acceso a la información 20.285.

Se trata de una norma de carácter orgánica constitucional de aquellas a que alude el artículo 77 de la Carta Fundamental, en tanto otorga una atribución a los tribunales de justicia, en este caso a las Cortes de Apelaciones para conocer de los reclamos deducidos en contra de la decisión pronunciada por el Consejo para la Transparencia.

De acuerdo a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, el artículo 28, en su inciso 2º, es una disposición "orgánica" y además es "constitucional".

Al Tribunal Constitucional, en el control abstracto de constitucionalidad, no le ha merecido reparos la circunstancia de que no sea procedente el mecanismo contencioso judicial. Ahora bien, de acuerdo a lo señalado en el artículo 84 N° 2 de la Ley Orgánica Constitucional del TC, la acción de inaplicabilidad no resulta admisible "por el mismo vicio".

De la lectura de la disposición, el TC ha exigido la concurrencia de tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución; b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento; y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa.

En este caso, el conflicto específico que se sometió a conocimiento del Tribunal Constitucional fue la circunstancia de que no proceda acción judicial ante la Corte de Apelaciones. Así las cosas, en acciones de inaplicabilidad futuras, debería invocarse la causal aludida, desde que existe cosa juzgada constitucional en relación a este punto concreto.

13. Desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, la negativa establecida por el legislador de la procedencia de esta vía judicial resulta proporcionada.

En efecto, en cuanto a la primera exigencia referente a la idoneidad, nos parece que la medida legislativa resulta apta para conseguir un propósito objetivo como es el hecho que sin duda se trata de evitar el ejercicio abusivo de esta causal por parte de la Administración.

En cuanto a si existen otros medios menos gravosos, evidentemente resulta razonable en tanto los intereses privados exigen la publicidad como regla general y radicada en los particulares respecto del Estado.

De esta manera, el fin público perseguido resulta evidentemente razonable al orientarse hacia la publicidad como principio esencial a proteger en el ordenamiento jurídico.

14. De lo señalado se desprende evidentemente que uno de los elementos esenciales que configuran el debido proceso es el derecho a impugnar lo resuelto por una autoridad administrativa, como en este caso, sería el Consejo para la Transparencia.

Sin embargo, dicho derecho nos parece que, en principio se encuentra vinculado con la afectación del mismo por parte de la autoridad administrativa a particulares, en quienes –en principio- se radica este derecho.

Ello se vincula además con la regla esencial contenida en el artículo 38 de la Constitución Política.

Siempre, en todo caso, podría ser procedente la vía de protección, tal como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A ello, debe agregarse la posibilidad de concurrir a la Contraloría General de la República, órgano cuyas atribuciones también tienen fundamento constitucional.

ENRIQUE NAVARRO BELTRAN
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Chile