

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del artículo 8° de la Constitución Política: equilibrio entre el mandato constitucional de Publicidad y las causales de reserva y secreto**.

*Decisions by the Constitutional Court on Article 8 of the
Political Constitution.: balance between advertising and the
reasons for confidentiality and secrecy*

Resumen

El presente trabajo muestra las sentencias relevantes del Tribunal Constitucional de Chile, en las que este órgano jurisdiccional ha tenido como parámetro, para efectuar el juicio normativo de constitucionalidad, lo prescrito en el artículo 8°, incisos primero y segundo, de la Constitución Política de la República. Su objetivo es mostrar a la comunidad jurídica estos casos jurisprudenciales para imponerla acerca del modo en que se ha ido concretando y, por consiguiente, de los alcances que ha tenido el mandato constitucional de publicidad contenido en aquella disposición. Para tales efectos, las sentencias escogidas se exponen teniendo en consideración 3 temáticas: la vigencia del mandato de publicidad respecto de normas pertenecientes a las diversas áreas del derecho; las limitaciones inherentes de las atribuciones conferidas al Consejo para la Transparencia, y la preeminencia de los derechos fundamentales frente al mandato de publicidad de las actuaciones estatales.

**Relatora del Tribunal
Constitucional de Chile.
Abogada, licenciada en
Derecho y Magíster en
Derecho Público con
Mención en Derecho
Constitucional, Pontificia
Universidad Católica de
Chile.*

*** Recibido el 9 de junio
de 2014 y aceptado el
27 de junio de 2014.*

Palabras clave

Tribunal Constitucional, mandato constitucional de publicidad, artículo 8° de la Constitución.

Abstract

The present paper illustrates the relevant sentences pronounced by the Chilean Constitutional Court, in which applies the 8° article, in its first and second section, of the

Chilean Constitution. The goal is to show the application of the aforementioned article, to let the legal community know how its been used, and therefore, understand the meaning of the obligatory nature of the publicity command. To achieve this objective this article shows the chosen sentences considering three topics, the validity al the publicity command in relation to the legal regulation; the limitations attached to the attributions of the Consejo para la Transparencia, and the supremacy of fundamental rights against the publicity command of state power.

Key words

Chilean Constitucional Court, publicity command, 8° article of the Constitution.

I. Introducción

Resulta de perogrullo decir que el tiempo pasa, pero al fin y al cabo, pasa, e inexorablemente, en lo que al derecho respecta, importa una invitación a revisar el estado de la cuestión en torno a las instituciones jurídicas.

En esta ocasión, se presentará la vida que ha desarrollado el mandato constitucional de publicidad, normado en el artículo 8° la Constitución Política hace ya más de 9 años. Entramos entonces al ámbito de conocer la vigencia real, esto es, sus efectos vinculantes. En menos palabras, a examinar su concreción en los pronunciamientos jurisdiccionales.

El objetivo descrito, estará constreñido a pasar revista a las sentencias seleccionadas del Tribunal Constitucional sobre el tópico, que debe anunciarse, han sido expedidas en el ejercicio de sus diversas atribuciones jurisdiccionales, a saber, el control preventivo obligatorio de constitucionalidad, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley y la declaración de inconstitucionalidad de los autos acordados¹.

Desde ya, viendo las líneas anteriores, se puede apreciar que la vigencia del mandato de publicidad se extiende a distintos ámbitos del cotejo normativo constitucional, el que, por cierto, no sólo ha tenido relación con el análisis de constitucionalidad de la

¹ Cabe recordar, en este punto, que las atribuciones del Tribunal Constitucional a las que se ha hecho alusión, se encuentran en el artículo 93, inciso primero, constitucional, el que prescribe a su respecto que: *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1°.- Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación; (...) 2°.- Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; (...) 6°.- 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;”*.

preceptiva de la Ley N° 20.285 –conocida como “*Ley de Transparencia*”²–, sino que con normas propias de las diversas áreas del Derecho.

En los apartados que siguen, se realizará una síntesis de las sentencias relevantes dictadas en torno a la materia de estudio, y su presentación ha tenido como directriz agruparlas en tres campos en que ha tenido aplicación el artículo 8° de la Ley Fundamental, que emanan de las mismas, las cuales son:

1. El control de constitucionalidad de normas anteriores a su existencia, referidas a distintas áreas del ordenamiento jurídico.
2. El control de constitucionalidad de las atribuciones conferidas por el legislador al Consejo para la Transparencia.
3. El control de constitucionalidad de la preceptiva de la Ley N° 20.285, desde la preeminencia de los derechos fundamentales.

En estos tres acápites, la síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional irá indicando cómo esa judicatura busca un equilibrio entre el mandato constitucional de publicidad y otros bienes tutelados por la Carta Fundamental, de manera que se hace menester, previo a su desarrollo, recordar lo dispuesto en los incisos primero y segundo de su artículo 8°, que reglan lo pertinente a este estudio:

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

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, 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”.

II. Análisis y exposición de las sentencias del Tribunal Constitucional

1. El control de constitucionalidad de normas referidas a distintas áreas del ordenamiento jurídico, anteriores a la existencia del mandato constitucional de publicidad.

Las sentencias de las que se dará breve noticia, hacen suyo el artículo 8° constitucional como parámetro de enjuiciamiento de constitucionalidad, respecto de normas que se muestran con permanencia en el ordenamiento jurídico con anterioridad a aquel artículo.

² Dicho cuerpo legal se denominará en este trabajo, indistintamente, bajo su identificación numérica o por su nombre de conocimiento público, esto es, “*Ley de Transparencia*”. Sin perjuicio de ello, por rigurosidad, se precisa que su denominación legal es “*Ley sobre acceso a la información pública*”, cuya entrada en vigencia se produjo con fecha 20-08-2008.

Se trata de los pronunciamientos emitidos en roles N^{os} 1812, 2143, 634 y 2341. Su revisión, en los párrafos siguientes, permitirá asir los razonamientos a que ha llevado y las consecuencias prácticas que ha tenido, en los controles normativos de constitucionalidad, la aplicación del artículo 8° constitucional³.

a) Sentencia Rol N° 1812 (1816-1817; acumulados): acción de inconstitucionalidad del apartado 7° del Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales⁴

Isapre Cruz Blanca S.A. solicitó la declaración de inconstitucionalidad del apartado 7° del aludido Auto Acordado, para que surta efectos en 3 procesos sobre acción de protección deducidas en su contra⁵. Consideraba que era cuestionable, constitucionalmente, que el apartado impugnado permitiera a la Corte Suprema decidir, en caso de deducirse apelación, que tal recurso fuera conocido en cuenta.

³ Cabe precisar que también el artículo 8° de la Constitución ha servido de parámetro para examinar la inaplicabilidad por constitucionalidad de otras disposiciones, como el artículo 768 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante, no se mencionará con detalle este caso, toda vez que la primera sentencia estimatoria de inaplicabilidad que versa sobre la disposición, a saber, Rol N° 1873 -al igual que la hoy postura disidente que acepta su inaplicabilidad, abandonada en la reciente jurisprudencia-, si bien considera el artículo 8° en sus razonamientos, no lo indica como norma infringida por la citada disposición procedimental.

De manera sucinta, cabe reseñar que se solicitó la inaplicabilidad del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, atendido que preceptúa, respecto de las sentencias que se dicten en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales, que la casación de forma no puede fundarse en la omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, sino tan sólo en la preterición de la decisión del asunto controvertido. Excluye así, como causal del citado recurso, la omisión de las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia.

De esta manera, impide la casación en la forma frente a sentencias dictadas en juicios especiales que no contengan fundamentación.

En la aludida sentencia, se acogió la acción de inaplicabilidad, entendiéndose vulnerado lo estatuido en el artículo 19, N° 3, incisos primero y quinto -referidos, en general, al derecho al debido proceso- en relación con el N° 2° del mismo -que asegura el derecho a la igualdad ante la ley-. No obstante, como fuera adelantado, el Tribunal tuvo presente en sus motivaciones lo normado en el artículo 8° de la Constitución, al razonar en su considerando sexto que, si bien a diferencia de otros ordenamientos jurídicos como el de España o Perú -que explicitan formalmente el deber de fundar las sentencias judiciales en sus constituciones-, la Constitución Política de la República no consigna expresamente un principio de ese carácter, "el mismo puede ser inferido de la aplicación conjunta y sistemática de diversos preceptos constitucionales. Así, el artículo 76 alude a los "fundamentos" de las resoluciones judiciales; el artículo 8° destaca la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus "fundamentos"; el artículo 19 N° 3° prescribe que toda sentencia debe "fundarse" en un proceso previo legalmente tramitado, y, en fin, el artículo 6° proclama la interdicción de la arbitrariedad como una de las bases de la institucionalidad, incorporando implícitamente la exigencia de dar razón o argumentar las decisiones jurisdiccionales:".

Este pronunciamiento fue redactado por el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake.

⁴ Sentencia de 18 de agosto de 2011 redactada por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

⁵ Roles Corte de Apelaciones de Santiago N°s 3000-2010; 2565-2010, y 2270-2010. Cabe precisar que con posterioridad a la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional -desestimatoria de inaplicabilidad-, la Corte de Apelaciones rechazó las acciones de protección. Posteriormente, la Corte Suprema revocó el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso de protección en los autos roles N°s 7216-2010; 7337-2010, y 9011-2011.

El texto de aquel apartado establece que: “*Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, la cual si lo estima conveniente y se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se le pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como partes en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponda.*”

La actora efectuó diversos reproches⁶ y, en lo que dice relación con el artículo 8°, el conflicto de constitucionalidad que planteaba consistía en determinar si el precepto objetado lo contravenía o no, toda vez que permite a la Corte Suprema decidir, discrecionalmente, a modo de regla general, que la apelación de la sentencia de protección sea vista en cuenta, esto es, sin publicidad, sin alegatos públicos, y de manera secreta. Lo anterior, pese a que la disposición constitucional establece que sólo una ley –y no un auto acordado–, puede establecer las causales reserva o secreto de las actuaciones estatales. De esta manera, se vulneraría el derecho al debido proceso en relación con el principio de publicidad y la reserva legal que impone el artículo 8° constitucional en materia de las aludidas causales.

El Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento.

Precisó que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático, que establece el artículo 4° de nuestra Carta Fundamental. El artículo 8° de la misma lo garantiza, al disponer que son públicos, y por consiguiente sabidos por todos y no privados, los actos y las resoluciones del Estado. No obstante, la circunstancia de que un asunto se vea en cuenta en la segunda instancia –como regla general–, no significa de modo alguno que se realice infringiendo el principio de publicidad, el que debe considerarse como un elemento constitutivo del debido proceso.

En primer término, explicó que la segunda instancia para conocer de la acción de protección no es dispuesta por el artículo 20 constitucional. En efecto, este sólo otorga competencia a las Cortes de Apelaciones para que conozcan de ella y, en su texto, no establece el derecho a la segunda instancia. Por lo mismo, no tiene plausibilidad el alegar la inconstitucionalidad de un precepto que permite a la Corte suprema conocer en cuenta un recurso de apelación. A su vez, tampoco tendría sentido establecer, a modo de requisito, que la acción de protección deba ser conocida previa vista de la causa, es decir, escuchando los alegatos de los abogados toda vez que esta no requiere patrocinio, al poder interponerse por cualquier ciudadano.

Continuó razonando que el conocimiento de una causa en cuenta no conculca el principio de bilateralidad de la audiencia. Explicó al efecto que: “*la racionalidad y*

⁶ Sostenía que dicho precepto, además de contravenir el artículo 8° constitucional, vulneraba los artículos 7° –que consagra el principio de juridicidad y 19–, N° 3°, –que alude al derecho al debido proceso– de la Constitución Política.

*justicia de un procedimiento no impiden que los jueces de un tribunal colegiado adopten decisiones en cuenta. La bilateralidad de la audiencia –que resultará exigible a menos que concurran situaciones muy excepcionales– no demanda siempre de audiencias públicas a las que puedan concurrir las partes. El proceso escrito puede, en algunos casos y dentro de ciertas condiciones, resultar suficiente garantía de que se ha escuchado a una parte, sobre todo si se exige que sus acciones o excepciones sean debidamente ponderadas y resueltas en la decisión definitiva.”*⁷. Agregó, que además, resolver un asunto de esa manera no supone un menoscabo en cuanto a los antecedentes que se aportan a la Magistratura, atendido que la resolución de una materia “*en cuenta*”, significa que el asunto procederá a fallarse con la cuenta que dé el secretario o relator, la que deberá desarrollar con la misma acuciosidad que en los demás casos.

Por otra parte, para afirmar la constitucionalidad del apartado reprochado, se refirió a la finalidad que lo anima. Sobre el punto, estimó que el recurso de protección fue concebido por el constituyente como una acción cautelar de los derechos fundamentales que, al mismo tiempo, pretende ser una acción rápida y eficaz, que restablezca el imperio del derecho y garantice la debida protección del afectado. Lo anterior, resultaría claro del tenor del artículo 20 de la Ley Fundamental, que faculta a las Cortes de Apelaciones para adoptar “*las providencias que juzgue(n) necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado*”. De esta manera, la naturaleza del asunto, de conformidad al espíritu del mandato constitucional, debe resolverse rápidamente, cuestión que no se compadece con una vista de una causa similar a la de un asunto de lato conocimiento.

b) Sentencia Rol N° 2143: inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 551 del Código Orgánico de Tribunales.⁸⁻⁹

Similar conflicto de constitucionalidad fue resuelto en este pronunciamiento, recaído en la acción de inaplicabilidad que dedujera la Jueza de Policía Local de Iquique doña Antonella Sciaraffia¹⁰.

⁷ Considerando 53 de la sentencia.

⁸ El artículo 551 del Código Orgánico de Tribunales prescribe que: “*Las resoluciones que pronuncien los tribunales unipersonales y colegiados en el ejercicio de sus facultades disciplinarias, sólo serán susceptibles de recurso de apelación. Por consiguiente, aquellas que resuelvan recursos de queja, sea en primera o en segunda instancia, no son susceptibles del recurso de reposición o de reconsideración, cualquiera sea la jerarquía del tribunal que las dicte*

⁹ Sentencia de 10 de octubre de 2013.

¹⁰ La requirente, además, impugnó el artículo 554 del Código Orgánico de Tribunales, que permite a los Tribunales Superiores de Justicia ejercer sus facultades disciplinarias cuando los funcionarios del orden judicial “*por irregularidades su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público, comprometieren el decoro de su ministerio.*”. No se hará alusión a esta parte de la sentencia, atendido que no dice relación con la infracción del artículo 8° de la Constitución, sino que con la vulneración del principio de tipicidad.

La peticionaria era objeto de una investigación administrativa, en la que el Fiscal Judicial investigador formuló en su contra el cargo de comprometer gravemente el decoro de su ministerio y dañar gravemente la imagen del poder judicial, al encontrarse formalizada por los delitos de asociación ilícita, falsificación de instrumento público reiterada y fraude al fisco reiterado¹¹.

En el marco de aquel proceso disciplinario, impetró la acción de inaplicabilidad para la hipótesis de que, en caso de ser sancionada por la Corte de Apelaciones, apelara ante la Corte Suprema la que, por aplicación del mencionado artículo 551, podía resolver en cuenta el recurso de apelación. A su juicio, que se resolviera en cuenta importaba que el juzgamiento por la Corte se efectuaría en una audiencia secreta y reservada, con exclusión de sus abogados, lo que vulneraría el mandato de publicidad contenido en el artículo 8° de la Constitución.

El Tribunal confirmó el criterio del pronunciamiento precedentemente citado –Rol N° 1812–, en los siguientes términos: *“cabe señalar que el principio de publicidad, aplicado a las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales, no se cumple solamente en los procedimientos orales, sino, también, en los escritos, en la medida en que en los mismos se permita su conocimiento. De ello resulta que la tramitación de una apelación en cuenta, modalidad en que no se escuchan alegatos, no infringe el señalado principio de publicidad, siempre, naturalmente, que la decisión del tribunal superior sea conocida, tanto en la parte resolutive como en sus fundamentos, y que el procedimiento utilizado pueda, también, conocerse en sus diferentes pasos;”*.¹²

c) Sentencia Rol N° 634: inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹³.

Esta sentencia recayó sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que presentara la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

La gestión judicial para la cual dicha Corte requirió la declaración de inaplicabilidad, consistía en un recurso de apelación deducido por el Director Nacional de Aduanas, en contra de la sentencia dictada por el Primer Juzgado Civil de Valparaíso que, acogiendo la acción deducida por los requirientes de autos, en contra de su pretensión de reserva, le ordenó entregar la información solicitada por éstos. En el conflicto judicial, se debatía acerca de si estaba o no obligado el Servicio de Aduanas a proporcionar la

¹¹ Rol Corte de Apelaciones de Iquique N° 51-2011.

¹² Considerando 7° de la sentencia.

¹³ Sentencia de 9 de agosto de 2007.

información que le fuera solicitada. El organismo aducía que su entrega afectaba los derechos e intereses de terceros¹⁴⁻¹⁵.

Específicamente, la Corte consultó al Tribunal acerca de si el citado artículo 13 contravenía o no el artículo 8° de la Constitución, atendido que, según expusiera en el oficio por el cual presentó su requerimiento, aquel “*dispone como una de las causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes de carácter público, el que su divulgación o entrega afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido.*”

El Tribunal acogió el requerimiento.

Para ello, en su sentencia, se concentró en resolver dos problemáticas de constitucionalidad, de las cuales sólo nos referiremos a la primera de ellas porque su resolución importó establecer un criterio interpretativo en relación con el artículo 8° en comento. (La segunda se omitirá, ya que se destina a fundamentar la inaplicabilidad de los incisos tercero y siguientes del reprochado artículo 13, que hoy se encuentran derogados por la Ley de Transparencia).

En cuanto al criterio interpretativo que interesa, el Tribunal discurrió acerca de si es constitucional o no que el legislador pueda permitir la denegación de información en base a la supuesta afectación sensible de “*intereses*” de terceras personas, a que alude el artículo impugnado, toda vez que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental sólo autoriza el secreto o reserva de la información cuando se trata de proteger los “*derechos*” de las personas, sin hacer alusión expresa a la tutela de los “*intereses*” de las mismas.

Al respecto, apreció que si bien el concepto de interés legítimo no se identifica necesariamente con la noción tradicional de derecho –entendida como derecho subjetivo–, constituye una categoría que paulatinamente han acogido los ordenamientos normativos, con el objeto de proteger bienes jurídicos que no pueden ampararse de la misma forma que los derechos subjetivos tradicionales, como por ejemplo, los intereses difusos referidos a la defensa del consumidor o del medio ambiente¹⁶.

¹⁴ La información solicitada decía relación con los siguientes hechos. Don Carlos Lean Casas Cordero, don Jaime Lean Mérida y la sociedad “Artículos de Seguridad Masprot Comercial e Industrial Limitada”, desarrollaban una actividad comercial consistente en la elaboración de una mascarilla antitóxica utilizada en procesos industriales, mineros y bacteriológicos que, a su parecer, era un producto idéntico a aquél elaborado por las compañías transnacionales MSA USA y 3M, con presencia en el país, siendo su principal usuario la empresa Codelco Chile. A contar del año 1992, iniciaron diversas acciones ante la Dirección Nacional de Aduanas, destinadas a obtener la verificación de antecedentes sobre la valoración aduanera de las mercancías importadas por las mencionadas empresas transnacionales, teniendo en consideración las asimetrías de precios que habrían observado entre el producto nacional y el importado. Dichas denuncias derivaron en investigaciones sumariales desarrolladas por el mencionado servicio público, las que concluyeron con resultados negativos para sus intereses. Con miras a verificar y contrastar los antecedentes emanados del servicio con aquellos propios reunidos durante años de investigación, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, se solicitó al Director Nacional de Aduanas el acceso a los resultados de las investigaciones cursadas, petición que fue rechazada por dicha entidad.

¹⁵ Rol Corte de Apelaciones de Valparaíso N° 2336-06.

¹⁶ Estos intereses, en palabras del Tribunal, tienen como titular “*a un conjunto de personas, que no están necesariamente relacionadas entre sí, pero que se ven igualmente afectadas en caso de vulnerarse el interés que comparten y que también se ven igualmente beneficiadas por la protección que cualquiera de ellas obtenga frente a tal vulneración.*” Considerando 19° de la sentencia.

Teniendo en cuenta aquel antecedente, así como los principios constitucionales de primacía de la persona humana, de servicialidad del Estado y el deber del mismo de contribuir al bien común, consideró que debe entenderse comprendida la expresión “*intereses*”, que contiene la disposición impugnada, en la expresión “*derechos*”, a que alude la causal de reserva o secreto, como excepción a la publicidad de los actos estatales (establecida en el artículo 8° constitucional en los siguientes términos: “*cuando la publicidad afectare... los derechos de las personas*”)¹⁷.

d) Sentencia Rol N° 2341: inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 8° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹⁸.

Este caso versa sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesta por don Alejandro Faine, a quien el Ministerio Público le había negado acceder a una información que le solicitara.

La gestión judicial pendiente, para la cual se solicitó la declaración de inaplicabilidad, consistía en un reclamo de ilegalidad sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dirigido en contra del Ministerio Público¹⁹. Este se había negado a entregarle al requirente la información sobre auditorías internas –relativas a la incautación de dinero y bienes de los años 2005 y 2007 y a la incautación de dinero y especies de los años 2008 a 2011–. La razón esgrimida: de conformidad a un reglamento interno de la entidad, dictado al amparo del precepto reprochado, se calificaban como reservadas²⁰.

El artículo 8° de la citada ley orgánica dispone que “*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*”.

¹⁷ En relación a esta materia, el Tribunal expresó en el considerando 21° de la sentencia : “*Que, en este contexto, si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana.”*”.

¹⁸ Sentencia de 14 de agosto de 2013 redactada por el Ministro señor Juan José Romero Guzmán.

¹⁹ Rol Corte de Apelaciones de Santiago N° 5232-2012. En este caso, la Corte de Apelaciones dictó sentencia, pese a que el Tribunal Constitucional había ordenado la suspensión del procedimiento de reclamo de ilegalidad. Por este motivo, el actor de autos de inaplicabilidad y reclamante de ilegalidad, interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema. Ésta rechazó el recurso en autos Rol N° 8847-2012, no obstante, dispuso una anotación de demérito en la hoja de vida de los Magistrados recurridos.

²⁰ Aquel reglamento era el Reglamento Orgánico de las Divisiones de la Fiscalía Nacional, dictado al amparo del artículo 8° de la Ley del Ministerio Público. Específicamente el organismo persecutor negó la entrega de información, basándose en el artículo 15, letra a), de mismo, que preceptuaba que “*el resultado de cada una de estas auditorías... será remitido en forma reservada al Fiscal Nacional o al Director Ejecutivo Nacional...*”.

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 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.”.

La Magistratura acogió el requerimiento.

Lo anterior, atendido que consideró inconstitucional que el precepto reprochado permitiera disponer la reserva y secreto a través de normas reglamentarias, toda vez que, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° constitucional, sólo toca establecer las causales de reserva o secreto a una ley de quórum calificado.

En efecto, sostuvo al respecto que *“en consideración al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución citado previamente, sólo el legislador, y en virtud de una ley aprobada con un quórum de votación más exigente que el común, puede establecer reservas, las cuales no pueden ir más allá de las causales que la misma Constitución ha establecido; (...) Que, contrariando la especial legitimidad democrática dispuesta por el constituyente, el precepto legal impugnado autoriza que un reglamento interno del servicio, como ocurre en este caso concreto, también establezca, sin ningún tipo de directriz, la reserva o secreto de documentos o antecedentes;”*.²¹

2. El control de constitucionalidad de las atribuciones conferidas por el legislador al Consejo para la Transparencia.

En este punto, cobran relevancia tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional, a saber, el Rol N° 1051 –referido al control preventivo obligatorio de constitucionalidad de la hoy Ley N° 20.285–; el Rol N° 1892 –sobre inaplicabilidad del artículo 2°, inciso primero, de esa ley–, y el Rol N° 1990 –sobre inaplicabilidad del artículo 5° de la misma–.

Mediante ellos, la Magistratura dejó en claro que el Consejo para la Transparencia es un organismo de control, más no un paladín napoleónico de la transparencia.

Baste decir a modo introductorio que en sentencia Rol N° 1892 se asentó que *“dicho ente colegiado no detenta poderes omnímodos e ilimitados, como tampoco es capaz de autogenerarse atribuciones ni de adoptar resoluciones sin control. Toda vez que al deber someter su acción a la Constitución y a las leyes, según el artículo 6° constitucional, la citada Ley N° 18.575 le exige actuar dentro de su competencia, sin tener más atribuciones que*

²¹ Considerandos 13° y 14° de la sentencia.

*las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico, de suerte que cualquier abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades puede dar lugar a las acciones y recursos correspondientes (artículo 2°)*²².

Pasemos revista entonces a tres ideas jurisprudenciales, contenidas en las sentencias mencionadas, que confirman el aserto anterior, cuales son: el Consejo para la Transparencia es una entidad controlada; sus atribuciones retroceden ante la autonomía constitucional, y no detenta poderes de ejercicio ilimitado.

2.1. El Consejo para la Transparencia en tanto entidad controlada.

Desde esta perspectiva, se trata de un servicio autónomo descentralizado, que ha de estar afecto a las reglas generales y principios básicos que orientan a todas las instituciones de la Administración del Estado, entre tales, el control de sus actos administrativos.

Recuerda la Magistratura que lo anterior, quedó de manifiesto en el examen preventivo obligatorio de constitucionalidad desplegado en la sentencia Rol N° 1051²³, en relación con las potestades de la Contraloría General de la República.

Ocurrió que el tenor del nuevo artículo 43 del proyecto de la hoy Ley N° 20.285, permitía entrever una cierta autonomía cuasi constitucional del Consejo ante aquel organismo contralor, toda vez que preceptúa que *“Asimismo, el Consejo estará sometido a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo que concierne a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas.”*

Pues bien, el Tribunal declaró que *“el precepto de la iniciativa precedentemente citado se ajusta a lo dispuesto en 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;”*

De esta manera, cobró vigencia el principio de juridicidad consagrado en el artículo 7° de la Constitución Política, con la concomitante necesaria de que el Consejo para la Transparencia no es una entidad de peligro en el ejercicio de sus potestades de fiscalización.

2.2. Las atribuciones del Consejo para la Transparencia retroceden ante la autonomía constitucional.

En este punto, tres declaraciones del Tribunal Constitucional, también en sentencia Rol N° 1051, fijaron los contornos de las potestades del Consejo, de cara a la autonomía

²² Considerando 13° de la sentencia.

²³ Sentencia de 10 de julio de 2008.

constitucional que revisten ciertas instituciones estatales, de manera que, la entidad contralora de la preceptiva sobre transparencia, no puede invadir y desarmar la arquitectura de poderes consagrada en la Constitución Política –que establece mediante la técnica de dotar a diversos organismos con autonomía constitucional–.

La primera de tales declaraciones, trata acerca de la imposibilidad para el Consejo de extender sus atribuciones fiscalizadoras al actuar de los órganos constitucionales autónomos.

Sucedió al respecto que el texto de diversas disposiciones del proyecto de ley en comentario²⁴, parecían subordinar al Ministerio Público, al Banco Central, al Tribunal Constitucional y al Tribunal Calificadores a la potestad de fiscalización de aquella entidad.

En efecto, en similares términos, mandataban en lo tocante a aquellos que la publicidad y el acceso a la información han de regirse “*en lo que fuere pertinente*”, por las normas contenidas en el Título III del proyecto de ley, denominado: “*De la Transparencia Activa*”. El problema se presentó, desde el momento que, dentro de los artículos contenidos en ese título, se encuentra el artículo 8º, que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, si alguno de los organismos de la Administración no mantiene a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos actualizados, al menos una vez al mes, los antecedentes que se individualizan en el artículo 7º de la misma legislación²⁵. Agrega el referido precepto

²⁴ A saber, los nuevos artículos 155, inciso segundo, –incorporado a la Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de Contraloría General de la República–; 65 bis, inciso primero –incorporado a la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central–, y ARTÍCULO NOVENO de la Ley N° 20.285 –referido al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional y al Tribunal Calificador de elecciones–.

²⁵ Preceptúa dicho artículo 7º que: “*Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2º, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes: a) Su estructura orgánica. b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos. c) El marco normativo que les sea aplicable. d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones. e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso. f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que estas o aquellas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios. g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros. h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano. i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución. No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual. j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso. k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año. l) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan. m) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica. La información anterior deberá incorporarse en los sitios electrónicos en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito. Aquellos órganos y servicios que no*

que la acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes de la ley.

La Magistratura hizo remembranza de su jurisprudencia en materia de control preventivo constitucional, en la que ha puesto de relieve la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado –como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones–. Preciso en su sentencia al respecto, en diversas motivaciones, que tal autonomía “*se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía 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.*”²⁶

Atendido el razonamiento anterior, con el objeto de velar por la descrita autonomía que le asigna la Carta política a los organismos aludidos, declaró la constitucionalidad de las mencionadas disposiciones del proyecto de Ley de Transparencia, en el entendido de que no se les aplica lo dispuesto en el indicado artículo 8° de este cuerpo legal.

La segunda de las declaraciones realizadas -que al igual que la anterior, afirma la constitucionalidad de los preceptos en un determinado entendido-, versa sobre los alcances vinculantes de la potestad normativa del Consejo para la Transparencia.

Ocurrió en este tópico, que a través de diversos artículos del ya referido proyecto de ley, cuyos textos también son similares el legislador dispuso que tanto la Contraloría, como el Ministerio Público y el Tribunal Constitucional debían, establecer las normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento, en su interior, a las disposiciones de la Ley de Transparencia “*considerando para tal efecto las normas generales que dictara el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32.*”²⁷

La Magistratura puso coto a la atribución normativa precedentemente citada, por medio de la cual, nuevamente, se mermaba el principio de autonomía constitucional.

cuenten con sitios electrónicos propios, mantendrán esta información en el medio electrónico del ministerio del cual dependen o se relacionen con el Ejecutivo, sin perjuicio de lo cual serán responsables de preparar la automatización, presentación y contenido de la información que les corresponda.

En el caso de la información indicada en la letra e) anterior, tratándose de adquisiciones y contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas, cada institución incluirá, en su medio electrónico institucional, un vínculo al portal de compras públicas, a través del cual deberá accederse directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo. Las contrataciones no sometidas a dicho Sistema deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.

En el caso de la información indicada en la letra f) anterior, tratándose de transferencias reguladas por la ley N° 19.862, cada institución incluirá, en su electrónico institucional, los registros a que obliga dicha ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9° de la misma norma legal. Las transferencias no regidas por dicha ley deberán incorporarse a un registro separado, al cual también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.”.

²⁶ Considerandos 37°, 41° y 44° de la sentencia.

²⁷ Se trata de los textos del nuevo artículo 155 que la Ley N° 20.285 incorporó a la Ley Orgánica Constitucional de Contraloría, y del ARTÍCULO NOVENO de la Ley N° 20.285, referido al Tribunal Constitucional y al Ministerio Público.

En efecto, declaró constitucionales los preceptos aludidos, en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, en ejercicio de sus potestades y funciones legales, no son vinculantes para los citados organismos, ya que de otro modo, se afectaría la autonomía que la Constitución Política les brinda.

Y finalmente, se puede apreciar la tercera declaración, en la que el límite a las potestades del Consejo fue palmario.

Esta se refiere a la situación de inconstitucionalidad en que se encontraba el proyecto de la Ley N° 20.285, en atención a la autonomía que por mandato supremo le asiste al Banco Central²⁸. Fue develada por la Magistratura cuando declaró la inconstitucionalidad de parte del nuevo artículo 65 bis, que incorporó la mentada preceptiva en la Ley N° 18.840 –Orgánica Constitucional del Banco Central–. Aquel artículo, en su inciso cuarto, supeditaba a la entidad bancaria a las normas que dictara el Consejo para la Transparencia. Ya no se trataba, como en el caso anterior, de que el Banco Central tuviera en “*consideración*” la regulación que expidiera el Consejo, sino que ésta pasaba a ser vinculante para el Banco, pues debía “*adoptarla*” al momento de dictar la normativa que desarrollara la Ley N° 20.285 al interior de la entidad.²⁹ Así las cosas, el organismo bancario pasaba a ser una entidad fiscalizada en su actuar por la Administración del Estado, lo que constituye, como se señalara, un atentado contra el equilibrio de poderes. Lo anterior, condujo inexorablemente a la antedicha declaración de inconstitucionalidad.

Además, el Tribunal Constitucional fue claro al respecto, expresando que “*al utilizar el término “adoptando” –gerundio de “adoptar” que, según el Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Segunda Edición, 2001), en su segunda acepción, significa: ‘Recibir, haciéndolos propios, pareceres, métodos, doctrinas, ideologías, modas, etc., que han sido creados por otras personas o comunidades’–, la norma del proyecto recién transcrita lleva implícita la idea de que el Banco Central debiera acatar las normas generales que dicte en la materia un órgano que forma parte de la Administración del Estado: el Consejo para la Transparencia;*” (...) “*Que, así, la frase “adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley”, que contiene el inciso cuarto del nuevo artículo 65 bis que el ARTÍCULO SÉPTIMO, letra a), del proyecto de ley remitido incorpora al Título V de la Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, será declarada inconstitucional, ya que desconoce la autonomía de dicho órgano del Estado, contrariando los términos consagrados en el artículo 108 de la Constitución Política;*”³⁰

²⁸ En virtud del artículo 108 de la Carta Política, se mandata que “*existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico, denominado Banco Central, cuya composición, organización, funciones y atribuciones determinará una ley orgánica constitucional.*”

²⁹ Y es que dicho artículo 65 bis preceptuaba que “*el Banco, mediante acuerdo del Consejo publicado en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.*”

³⁰ Considerandos 52° y 54° de la sentencia.

2.3. El Consejo para la Transparencia no detenta poderes de ilimitado ejercicio.

En este caso, dos pronunciamientos dejan en claro la presentada idea. Se trata de las sentencias de inaplicabilidad por inconstitucionalidad roles N°s 1892³¹ y 1990³². En ambas, el Tribunal Constitucional, a la vez que juzga si el legislador ha incurrido en excesos competenciales al momento de establecer las atribuciones del Consejo para la Transparencia, hace presente los límites que éste tiene en su ejercicio. Y se puede hablar de límites, pues su competencia está circunscrita, entre otros motivos, por el respeto a los derechos fundamentales, tal como queda en evidencia del texto de las causales de excepción a la publicidad, contenidas en el inciso segundo del artículo 8° constitucional.

La sentencia Rol N° 1892³³, trata acerca de un conflicto bastante conocido en el medio universitario pues, como se sabe, se refiere a la autonomía de las casas de estudio de educación superior –específicamente, de la Universidad de Chile– y a la posibilidad que ésta les brinda para determinar la reserva de actos expedidos por sus autoridades, extrayéndolos así del ámbito del conocimiento público. En breves palabras, en este caso, la Universidad de Chile solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad de parte del artículo 2° de la Ley de Transparencia, atendido que obligaba a la Universidad a someterse a su normativa y, por consiguiente, al control de sus actos por parte del Consejo para la Transparencia, el que le habría obligado a entregar los antecedentes que fueran solicitados por uno de sus alumnos.³⁴ Tal situación, según la casa de estudios, vulneraba la autonomía que la constitución le brinda en tal carácter.

En relación con la materia que convoca éste apartado, el Tribunal Constitucional se detiene en observar y recalcar que el Consejo para la Transparencia no se configura

³¹ Sentencia de 17 de noviembre de 2011.

³² Sentencia de 5 de junio de 2012.

³³ Sentencia redactada por el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

³⁴ En efecto, los hechos que dieron origen al conflicto de intereses y a la concomitante gestión judicial para la cual se requirió la declaración de inaplicabilidad, dicen relación con la solicitud de acceso a diversa documentación, originada con ocasión de un claustro académico, que efectuara un alumno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile a la Dirección de la misma. Ante la negativa de las autoridades de brindar la información, el alumno recurrió de amparo ante el Consejo para la Transparencia, el que ordenó su entrega por parte de la Universidad. Su Rector, reclamó la ilegalidad de tal decisión ante la Corte de Apelaciones de Santiago y ésta la rechazó, teniendo en consideración para ello que la Universidad de Chile es una entidad que se encuentra bajo la competencia de aquel organismo de control encargado de velar cumplimiento de la Ley de Transparencia. Lo anterior, atendido que el artículo 2°, inciso primero, de aquel cuerpo legal, hace aplicables sus disposiciones a todos los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de la función administrativa, revistiendo la Universidad de Chile tal carácter. Frente a tal pronunciamiento, la reclamante acudió de queja ante la Corte Suprema. En el marco del reseñado proceso judicial, se solicitó al Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad del aludido inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.285, específicamente, de la parte que ordena la aplicación de las disposiciones de la esa ley a “*los órganos y servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de la función administrativa.*”. Y el conflicto de constitucionalidad planteado ante aquella Magistratura consistía en determinar si es constitucional o no el que por aplicación de tal precepto, la Universidad de Chile, en tanto organismo autónomo, en virtud de los artículos 1°, inciso tercero, y 19, N° 11, de la Ley Fundamental, diferente por tal motivo de los servicios públicos, deba regirse por lo preceptuado en las normas de la ley para la transparencia; a las exigencias de entrega de información que ésta establece y someterse, por consiguiente, a las decisiones vinculantes del Consejo para la Transparencia. A juicio del Rector, la Universidad de Chile, por la aludida autonomía, sólo

como un ente de control con poderes omnímodos e ilimitados, ni capaz de autogenerarse atribuciones ni de dictar actos sin control libres de fiscalización, teniendo en consideración para ello que autonomía administrativa y control no son términos contrapuestos en el derecho público.

Rescata, en primer lugar, que a nivel legal el Consejo para la Transparencia es un servicio autónomo, que no sólo se encuentra regulado por la preceptiva contenida en la Ley N° 20.285, sino que por todas las reglas generales y principios básicos que orientan a la Administración del Estado, al estar inserto en el artículo 21 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, normativa que es obligatoria a su respecto, atendido lo dispuesto en el artículo 6° constitucional³⁵.

Razonó sobre este punto que: *“(…) menos aprensiones puede infundir ese Consejo, cuando se observa que también 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. Entre otras razones, porque la misma Ley N° 20.285 (artículo 2°, N° 2) intercaló al Consejo para la Transparencia en el listado del artículo 21, inciso segundo, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado³⁶, donde figuran las entidades al margen de las normas especiales del Título II de esta, pero*

debe ajustarse a las disposiciones que establezca su ley orgánica, conforme lo dispone en inciso cuarto del mismo artículo 2° de la Ley N° 20.285.

El requerimiento de inaplicabilidad fue rechazado.

El Tribunal Constitucional asentó que la autonomía universitaria no supone un ámbito de autodeterminación informativa, merced al cual sólo las reglas dadas por el autogobierno universitario regulen la normativa atinente a la transparencia y publicidad de sus actos. Tuvo en consideración para ello, fundamentalmente, que siendo la Universidad de Chile parte de la Administración del Estado, la autonomía ante el poder central de la misma, con la que cuenta en tanto entidad descentralizada, no puede entrar en contradicción con el principio de juridicidad. De esta manera, la autonomía académica, económica y administrativa que le confiere su Estatuto Orgánico –contenido en el DFL N° 3 del Ministerio de Educación de 2006–, no supone la posibilidad de marginarse de las demás normas generales del ordenamiento jurídico aplicables a la Administración del Estado. Lo anterior, más todavía, si los artículos 1°, inciso tercero, y 19, N° 11, de la Constitución no le otorgan la calidad de órgano constitucional autónomo. A su vez, el principio de juridicidad obliga a todos los órganos del Estado a someterse al artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, el que establece, como es sabido, la publicidad de los actos y resoluciones que de ellos provengan, así como los fundamentos y los procedimientos que utilicen, asegurando que sólo una ley de quórum calificado pudiera establecer la reserva de aquellos o estos. Ello significa que se le resta a las facultades normativas de cualquier autoridad administrativa algún tipo de determinación en esa materia. En este marco constitucional entonces, es insostenible la pretensión de la Universidad de Chile de que su autonomía normativa le faculte a regular, al interior de la misma, la aplicación del recién aludido 8° y, por ende, aquellas excepciones reservadas a una ley de quórum calificado.

En la aludida gestión pendiente, esto es el reclamo de ilegalidad interpuesto por la Universidad de Chile ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1802-2010, la Corte rechazó dicha reclamación, confirmando la decisión del Consejo. La casa de estudios recurrió de queja ante la Corte Suprema, la que en Rol N° 9.777-2010 tuvo por desistido el recurso.

³⁵ El artículo 6° de la Constitución política ordena que: *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”*
La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”

³⁶ Establece el artículo 21, en su inciso primero, que: *“La organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, será la establecida en este Título.”*

regidas íntegramente por las normas generales consagradas en su Título I (artículos 1-20). Siendo esta afirmación correcta, el corolario es que dicho ente colegiado no detenta poderes omnímodos e ilimitados, como tampoco es capaz de autogenerarse atribuciones ni de adoptar resoluciones sin control. Toda vez que al deber someter su acción a la Constitución y a las leyes, según el artículo 6° constitucional, la citada Ley N° 18.575 le exige actuar dentro de su competencia, sin tener más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico, de suerte que cualquier abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades puede dar lugar a las acciones y recursos correspondientes (artículo 2°). Tanto más cuando en el ejercicio de sus cometidos ha de guardar irrestrictamente, entre otros, los principios de coordinación, control e impugnabilidad de los actos administrativos, según prevé la misma Ley N° 18.575 (artículo 3°, inciso segundo);³⁷.

En segundo lugar, recalcó que si bien no todas las resoluciones que expida el Consejo pueden ser sometidas a control jurisdiccional mediante reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, ello no importa que queden exentas de fiscalización –tal como sucede en el caso de aquellas en las que aquel organismo ordena el acceso a la información cuando ha sido denegado por una entidad de la Administración, esgrimiendo que su conocimiento afectaría el debido cumplimiento de sus funciones–. Lo anterior, por cuanto se mantiene vigente el control de legalidad que efectúa la Contraloría General de la República.

Por su parte, en la sentencia Rol N° 1990³⁸ –cuyo contenido se verá más adelante–, el Tribunal declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5° de la Ley N° 20.285, en cuanto prescribe que es pública “*la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración*” y de la letra b) del artículo 21 de la misma, atendido que éste ordena que han de ser públicos los fundamentos de una resolución medida o política “*una vez que sean adoptadas*”. Dichas normas permitieron al Consejo para la Transparencia ordenar el acceso a una evaluación personal, elaborada con ocasión de un concurso público, que contenía un informe psicológico de uno de los concursantes.

En lo que toca a la temática de las fronteras del Consejo en el ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal recordó que dicho organismo no sólo vela por la publicidad de los actos estatales, sino que, a su vez, le corresponde velar por la normativa legal que protege la vida privada.

De esta manera, el sentenciador se pronunció sobre los cercos que tiene el Consejo en el ejercicio de su prerrogativa de ordenar la publicidad de los actos de los organismos del Estado, clarificando que se subordina al resguardo de los derechos fundamentales, que también, constitucional y legalmente, debe proteger.

Expuso al respecto que: “*el legislador, directamente, tanto por aplicación de la Ley N° 19.882, como de la Ley N° 19.628, ha calificado ciertos antecedentes como secretos o*

³⁷ Considerando decimotercero.

³⁸ Sentencia redactada por los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.

reservados. En ese caso, no caben interpretaciones administrativas. Si bien el Consejo para la Transparencia puede arbitrar conflictos entre las normas sobre acceso a la información pública y la protección de la vida privada (STC 1800/2011), debe hacerlo dentro de los límites que la Constitución y el ordenamiento jurídico establecen, sin que detente poderes omnímodos o ilimitados (STC 1892/2011). Entre estos límites a la publicidad, está la afectación de los derechos de las personas (artículo 8° de la Constitución) (...). El secreto o reserva puede ser establecido directa e inmediatamente por el legislador, o recurriendo a una calificación de la autoridad, revisable por dicho Consejo. Por lo mismo, las leyes de quórum calificado que contemplan ciertos espacios de confidencialidad, dictadas en conformidad a la regla constitucional citada, no quedan supeditadas en su eficacia a la resolución de dicho Consejo administrativo. En la primera situación se encuentran los artículos 55 de la Ley N° 19.882 y 2°, letra g), de la Ley N° 19.628, en virtud de los cuales se desprende –para lo que interesa en el presente caso– que el contenido de las evaluaciones personales requeridas para optar a los cargos de altos directivos públicos, reviste la calidad de secreto o reservado, hasta tanto otra ley, de quórum calificado, no disponga su apertura o difusión. Eso es, por lo demás, lo que establece el artículo 22, inciso primero, del artículo primero de la Ley N° 20.285, al señalar que “los actos que una ley de quórum calificado declare secretos o reservados mantendrán ese carácter hasta que otra ley deje sin efecto dicha calificación”. En cambio, la calificación administrativa de secreto o reserva dura un plazo de cinco años, prorrogables por una sola vez (artículo 22, inciso segundo, del artículo primero de la Ley N° 20.285)”³⁹.

3. El control de control de constitucionalidad de la preceptiva de la Ley N° 20.285, desde la preeminencia de los derechos fundamentales.

Se verán a continuación tres pronunciamientos de inaplicabilidad recaídos en disposiciones de la Ley de Transparencia, a saber, los roles N°s 1732, 1990 y 2246. Existen otras sentencias también referidas a aquella normativa –como la ya comentada sentencia Rol N° 1892, en la que se rechazó la inaplicabilidad de parte del artículo 2° de la Ley de Transparencia–. Sin embargo, en esta parte del trabajo, sólo se hará alusión a las mencionadas 3 sentencias, porque estas tienen una característica en común. Y es que en todas ellas, el Tribunal razona en miras a lograr un justo equilibrio entre el mandato de publicidad, como herramienta para asegurar el actuar probo de los órganos del Estado, y los derechos fundamentales de todo ciudadano.

Para ello, el análisis jurisdiccional se encamina a dilucidar si el legislador excede o no la competencia que le ha conferido la Carta Política para regular sobre la publicidad de las actuaciones estatales, toda vez que dicha competencia, de conformidad al inciso segundo del artículo 8° constitucional, tiene como frontera intraspasable la no afectación de los derechos humanos.

³⁹ Considerando 45° de la sentencia.

En el enunciado contexto, la síntesis de los conflictos resueltos por la Magistratura en las antedichas sentencias, puede sintetizarse del modo que sigue: ¿es inaplicable por inconstitucional, por afectar el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, un precepto legal que permite publicitar las remuneraciones, los informes psicológicos y los correos electrónicos de una persona?

Véase entonces, para su respuesta, los pronunciamientos que a continuación se presentan.

3.1. Sentencias roles N^{os} 1732 y N^o 1800 (acumulados): inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos décimo, letra h), y 33, letra b), de la Ley N^o 20.285⁴⁰.

Este pronunciamiento recayó en dos requerimientos de inaplicabilidad. El primero, fue interpuesto por tres ejecutivos de Televisión Nacional de Chile: don Jorge Cabezas Villalobos, doña María Elena Wood Montt y don Enzo Yacometti Manosalva—Director de Prensa, Directora de Programación y Director de Estrategia y Nuevos Negocios de TVN, respectivamente—, quienes solicitaron la declaración de inaplicabilidad del artículo décimo, letra h), de la Ley N^o 20.285.

El segundo, fue posteriormente deducido por Televisión Nacional de Chile—en adelante, TVN—, la que solicitó la declaración de inaplicabilidad del mismo precepto y de artículo 33, letra b), de la Ley N^o 20.285.

La gestión judicial pendiente para la cual se requirieron las indicadas inaplicabilidades, consistía en un reclamo de ilegalidad, interpuesto por TVN ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de una resolución del Consejo para la Transparencia⁴¹, en la que los aludidos ejecutivos también se hicieron parte. En ella, se discutía acerca de si TVN había infringido las normas sobre transparencia activa, contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley N^o 20.285, y si debía, de conformidad a la aludida resolución del Consejo, informar acerca de las remuneraciones y otros beneficios que percibían, por sus funciones, los señalados ejecutivos, así como el Director de Gestión del canal, señor David Belmar.⁴² Estos antecedentes habían sido solicitados a TVN por los presidentes de los Sindicatos N^{os} 1, 2 y 3, quienes, ante la negativa de esa de esa entidad de proporcionárselos, recurrieron ante el Consejo para la Transparencia a efectos que ordenara su entrega.

El texto de los preceptos impugnados—que permitieron al Consejo ordenar la publicidad de las remuneraciones de los ejecutivos de TVN—, es del siguiente tenor:

⁴⁰ Sentencia de 21 de junio de 2011 redactada por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán.

⁴¹ Rol Corte de Apelaciones de Santiago N^o 945-2010. La Corte tuvo por desistidos a la reclamante y a los independientes interesados.

⁴² Estos antecedentes habían sido solicitados por los presidentes de los Sindicatos N^{os} 1, 2 y 3 de TVN, quienes, ante la negativa del canal de entregarlos, recurrieron ante el Consejo para la Transparencia a efectos de que ordene a TVN a acceder a su solicitud.

“Artículo décimo.- El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° 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.”

“Artículo 33.- El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

(...) b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.”;

En el marco del reseñado proceso judicial, el conflicto de constitucionalidad que los aludidos ejecutivos sometieron a la Magistratura, consistía en determinar si es constitucional o no el que el Consejo pudiera, por aplicación de las disposiciones reprochadas, ordenar que se publicitara una información confidencial relativa a las remuneraciones, por cuanto ello atentaría en contra del derecho a la privacidad reconocido en el artículo 19, N° 4, constitucional⁴³.

Por su parte, TVN, solicitó además, resolver si acaso las disposiciones reprochadas infringían el artículo 19, numerales 2° y 21⁴⁴, de la Constitución, toda vez que si se atiende al estatuto legal de las demás concesionarias de televisión abierta, se puede

⁴³ Cabe recordar que esta disposición establece que: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.”.

⁴⁴ El texto de dichos numerales es el siguiente: “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 2°.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

(...) 21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.”.

apreciar que por aplicación de la preceptiva impugnada se produce una discriminación arbitraria, ya que TVN sería el único canal que se encuentra obligado a hacer públicas las remuneraciones de sus ejecutivos.

EL tribunal rechazó el requerimiento, fundado esencialmente en tres órdenes de razones.

En primer lugar, se refirió a la denunciada vulneración del derecho a la privacidad. Luego de recordar que los derechos fundamentales, como lo es el derecho a la privacidad, pueden ser objeto de limitaciones legales en vista de la necesidad de proteger un bien jurídico superior⁴⁵, destacó que se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrearán repercusiones para la ordenación de la vida social y que pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad.

En este marco, se encontrarían las remuneraciones de altos ejecutivos, por cuanto su publicidad estaría establecida por el legislador en procura de resguardar la probidad y el correcto funcionamiento de una empresa del Estado, como TVN, que tiene una importante misión social establecida por su ley orgánica. Al respecto, la Magistratura explicitó que: *“la aplicación del artículo décimo de la Ley N° 20.285, permite dar publicidad al destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva. El conocimiento de tales remuneraciones y el de las que corresponden a los funcionarios del Estado presenta un innegable interés público. En el caso sub lite, la publicidad de las remuneraciones de los requirentes se exige en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes;”*⁴⁶.

En segundo lugar, la Magistratura se expone acerca de la eventual conculcación del derecho a la igualdad. El Tribunal razonó al amparo de lo dispuesto en el artículo 19, N° 21, inciso segundo, constitucional, que preceptúa que: *“El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”*. Entendió que aplicar a TVN la preceptiva sobre publicidad de las actuaciones estatales, es una excepción legítima a la regla general de que a las empresas del Estado se les aplican las normas de derecho común, por cuanto se encontraría admitida por el artículo 19, N° 21, constitucional. Lo anterior, desde el momento que la publicidad de las remuneraciones de la planta de los ejecutivos de Televisión Nacional de Chile responde a un fin lícito

⁴⁵ El Tribunal explicita este criterio, desarrollado en sentencia Rol N° 1365, en los siguientes términos: *“los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación).”*

⁴⁶ Considerando 34° de la sentencia.

y amparado por el principio de publicidad y el derecho de acceso a la información, consagrados en los artículos 8° y 19, N° 12, de la Carta Fundamental. Por consiguiente, no se vulneraría el derecho a la igualdad.

Para llegar a tal afirmación de licitud y descartar la vulneración del derecho a la igualdad, el Tribunal reflexionó respecto de las obligaciones que le asisten a TVN, en su carácter de empresa pública. Consideró al efecto que, como tal, tiene una responsabilidad propia, distinta a las demás empresas, toda vez que se trata de una entidad que desarrolla un conjunto de funciones de bien público que trascienden a una entidad privada, como lo son, garantizar la cobertura nacional a través de sus redes de canales y estar abierto a las distintas corrientes ideológicas. Además, esta responsabilidad especial vendría dada por el hecho de que las empresas públicas pertenecen a todos los chilenos, los que, por lo mismo gozan del derecho preferente a saber qué ocurre en su interior⁴⁷.

3.2. Sentencia Rol N° 1990: inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, inciso segundo, y 21, N° 1, letra b), de la Ley N° 20.28548.

Este pronunciamiento recayó sobre la solicitud de inaplicabilidad que planteara don Pablo Coloma Correa, quien fuera propuesto por la Dirección Nacional del Servicio Civil para ocupar el cargo de Director del FOSIS.

⁴⁷ Lo anterior, sin perjuicio de que además, la Magistratura tuvo como elementos para desvirtuar un trato discriminatorio, el que la información relativa a las remuneraciones de una planta directiva no forma parte del secreto empresarial y el que TVN ha de regirse por un estatuto similar al de los demás actores privados. Sobre el particular, se señaló que: “SEXAGESIMOTERCERO. *Que la información acerca de las remuneraciones de la plana directiva de una empresa no forma parte del secreto empresarial, tal como lo ha configurado el artículo 86 de la Ley N° 19.079, modificado por la Ley N° 19.996, de 2005, en concordancia con los estándares de la Organización Mundial del Comercio, pues aquí se refiere al “conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”.* Incluso en una acepción amplia del secreto empresarial, conforme a la cual comprendería la información sobre bases de datos de clientes y proveedores, estrategia comercial, información contable y financiera y normas o código de conducta de los empleados, no llegaría a cubrir el ítem en cuestión; (...) SEXAGESIMOSEPTIMO. *Que también se tuvo en consideración otorgar a Televisión Nacional de Chile, en todo lo que no fuera expresamente reglado por la ley que la creó, un tratamiento similar al de los demás actores privados. En tal sentido, el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia destacó en el Senado de la República que “después de una larga discusión, hubo coincidencia en que se debía reglar esta materia. Su idea fundamental es que las empresas públicas creadas por ley y aquellas en que la participación accionaria del Estado sea superior al 50 por ciento o en que tenga mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile (...), queden sujetas a las disposiciones consagradas en el proyecto, que son similares a las que hoy rigen en las empresas privadas respecto a la información que deben proporcionar a las Superintendencias respectivas, a las cuales puede acceder cualquier ciudadano. Es decir, en materia de transparencia pasiva, Televisión Nacional de Chile no tendrá ninguna obligación adicional a las que imperan en Chilevisión o Megavisión, con las cuales compete, pero tampoco ninguna menos (...)* En esto se sigue la filosofía del Estado empresario, que se encuentra consagrada en la Constitución”. Igual posición reiteró en la Cámara de Diputados, al enfatizar que “el ciudadano tendrá derecho a conseguir de la empresa pública exactamente la misma información que hoy puede obtener de una empresa privada;”.

⁴⁸ Sentencia de 5 de junio de 1012 redactada por los Ministros señores Enrique Navarro Beltrán y Carlos Carmona Santander.

La gestión judicial para la cual se requirió la declaración de inaplicabilidad, consistía en un reclamo de ilegalidad, interpuesto por don Pablo Coloma, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en contra de la resolución del Consejo para la Transparencia que ordenó, a la Dirección Nacional del Servicio Civil⁴⁹, entregar los antecedentes contenidos en su evaluación personal, elaborada en el proceso de selección para el cargo de Director del FOSIS, en el que él participó resultando seleccionado⁵⁰. Dentro de tales antecedentes, se encontraban la evaluación psico-laboral, atributos directivos, referencias laborales, fundamentos y puntajes asignados durante el proceso seleccionador y copia del acta en que el Consejo de la Alta Dirección Pública define y fundamenta la nómina de candidatos para el cargo de Director del FOSIS.

El texto de las disposiciones impugnadas, que sirvieron de soporte a la decisión del Consejo, es del siguiente tenor:

“Artículo 5°, inciso segundo. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

“Artículo 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. (...);

El conflicto de constitucionalidad, sometido a la Magistratura, consistía en determinar si la aplicación de los preceptos impugnados vulneraba o no el derecho al respeto y protección de la vida privada, reconocido en el artículo 19, N° 4°, de la Constitución. Específicamente, se alegó la inaplicabilidad de estos preceptos, por cuanto facultan al Consejo para la Transparencia para publicitar toda información elaborada con presupuesto público y que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, permitiéndole, en la especie, ordenar la entrega de la aludida evaluación personal del requirente, la que contiene antecedentes tan delicados como lo es una evaluación psicológica, lo que evidentemente vulneraría el derecho a la privacidad.

El Tribunal acogió el requerimiento.

⁴⁹ Valga recordar que la Dirección Nacional del Servicio Civil es un servicio público descentralizado, que selecciona al personal que será incluido en la propuesta dirigida a la autoridad llamada a efectuar un nombramiento. Con ello, se restringe la discrecionalidad en la designación del personal directivo de los servicios, toda vez que sólo puede nombrarse a quien se encuentra incluido en aquella propuesta sustentada en previo concurso público. Véanse al respecto los artículos 1° y 2° contenidos en el ARTÍCULO NOVENO de la Ley N° 19.882, que regula la nueva política de personal de los funcionarios públicos que indica.

⁵⁰ Rol Corte de Apelaciones de Santiago N° 541-2011. La Corte acogió el reclamo de ilegalidad.

Para ello, puso de relieve la supremacía de los derechos fundamentales frente al mandato de publicidad; reflexionó acerca del contenido y relevancia que tiene para la persona el derecho al respeto y protección de la vida privada, y precisó por qué la evaluación personal es una información que escapa a la divulgación amparada por el principio de publicidad.

En cuanto a la superioridad de los derechos fundamentales, de cara al mandato de publicidad, recuerda que la afectación de los derechos de las personas es una causal constitucional que faculta al legislador para decretar la reserva o secreto de una información, pero con un importante matiz: el legislador puede considerar todo tipo de lesión a los mismos al momento de concretar una regulación. Lo anterior, debido a que el artículo 8° constitucional utiliza la expresión cuando “*la publicidad afectare*” los derechos de las personas, de manera que es posible atender a cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer una excepción a la publicidad. Tan evidente es lo anterior, que la misma Ley N° 20.285, reconoce a los derechos como límites a la publicidad⁵¹.

En lo que respecta a la vida privada, recalca que su característica esencial es que se refiere a datos o informaciones de un individuo, que éste no quiere que sean conocidos por terceros, precisando al mismo tiempo que la vida privada “*no sólo puede darse en los lugares más recónditos, sino que también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena*”.⁵²

A su vez, hizo hincapié en que la importancia de la vida privada emana de su calidad de ser garantía, tanto de la mantención “*de una calidad mínima de la vida humana*”, como de la autodeterminación individual, esto es, “*del libre desarrollo de la personalidad de cada sujeto*”. Lo anterior explicaría que la vida privada tenga una protección tan categórica como la que le brinda la Carta Política, al asegurar no sólo su respeto sino que también su protección. Expone que, en atención a esta tutela reforzada, sólo se ha aceptado que se le restrinja “*si se afecta el derecho en forma precisa y determinada (...) Así, se ha considerado como objetivo legítimo que afecte la vida privada la indemnidad sexual de los menores (STC 1683/2010), la investigación criminal (STC 1939/2011), las remuneraciones de altos gerentes de empresas públicas (STC 1800/2011)*”;⁵³

⁵¹ El mismo Tribunal se encarga de indicar algunos ejemplos que se extraen de la Ley N° 20.885. En efecto, expuso en el considerando 28° de su sentencia que: “*la existencia de derechos como límites a la publicidad es reconocida, por ejemplo, por el artículo 1° de la Ley N° 20.285. Desde luego, porque se establece expresamente como causales para denegar total o parcialmente el acceso a la información, que la publicidad afecte a los derechos de las personas, “particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico” (artículo 21, N° 2) (...) En el mismo sentido se enmarca el hecho de que durante el reclamo jurisdiccional que regula la Ley N° 20.285, por haber otorgado el acceso a la información, se suspende la entrega de la información solicitada, sin que la Corte pueda “decretar medida alguna que permita el conocimiento o acceso a ella” (artículo 29).*”.

⁵² Considerando 31° de la sentencia.

⁵³ Considerando 35° de la sentencia.

Refiriéndose a la evaluación personal, la Magistratura explica que la historia médica, contenida en ésta, es un dato sensible que forma parte de la vida privada de un individuo, recalcando que ello ha sido reconocido así por la doctrina, por la jurisprudencia y por el legislador en las leyes N°s 20.285⁵⁴ –sobre transparencia–; N° 20.584⁵⁵ –que, entre otras cosas, regula la denominada “*ficha clínica*”–; N° 19.628⁵⁶ –sobre protección de la vida privada–, y 19.882⁵⁷ –que se refiere, en parte de su articulado, a la selección que efectúa Dirección Nacional del Servicio Civil–.

Tal como ya fuera reseñado en páginas anteriores, el Tribunal agregó que el debido ejercicio de las atribuciones del Consejo para la Transparencia, importaba su respeto por las leyes de quórum calificado que establecen la reserva o secreto de ciertos antecedentes, tal como lo hacen las leyes N°s 19.882 y 19.628. En ese caso, no caben las interpretaciones del Consejo, el que no puede dejar sin efecto, mediante sus resoluciones administrativas, lo dispuesto por el legislador.

En atención a todos los mencionados antecedentes, el Tribunal consideró que las disposiciones reprochadas vulneran la vida privada del requirente, al permitir que se ordene la entrega de una evaluación personal –que incluye un informe psicológico–, pues ésta constituye información sensible que no puede ni debe ser conocida ni difundida por terceros. Y puso de relieve, que no resulta ser argumento en contrario el que la evaluación personal diga relación con la función que va a desempeñar un funcionario público, toda vez que este, al igual que las otras personas, goza de derechos humanos, no siendo un ciudadano de segunda categoría. Por lo demás, a juicio de la Magistratura, existe una consideración lógica de carácter práctico para no develar la información en comento, a saber, que “*la evaluación personal, de llegar a entregarse, se transfiere sin condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley N° 20.285). Por lo mismo, puede llegar a difundirse por el peticionario de la misma, sin que el afectado pueda hacer mucho. Ello puede afectar el control de datos que también es parte de la vida privada;*”⁵⁸.

⁵⁴ 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: (...) 2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.*”

⁵⁵ Artículo 13, inciso segundo: “*Los terceros que no estén directamente relacionados con la atención de salud de la persona no tendrán acceso a la información contenida en la respectiva ficha clínica. Ello incluye al personal de salud y administrativo del mismo prestador; no vinculado a la atención de la persona.*”

⁵⁶ Artículo 2°: “*Para los efectos de esta ley se entenderá por: (...) g) Datos sensibles, aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual;*”

⁵⁷ Artículo 50: “*El consejo entregará, en carácter reservado, la nómina de entre 3 y 5 candidatos seleccionados, acompañada de los antecedentes profesionales y laborales de los mismos, así como la evaluación a que se refiere el inciso segundo del artículo quincuagésimo tercero, sin expresar preferencia por ninguno de ellos.*”

⁵⁸ Considerando 42° de la sentencia.

3.3. Sentencia Rol N° 2246: inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285.

La acción de inaplicabilidad sobre la cual recayera este pronunciamiento, fue interpuesta por el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, señor Cristian Larroulet.

La gestión judicial para la que se requirió un pronunciamiento de inaplicabilidad, consistía en un reclamo de ilegalidad sustanciado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante el cual, se impugnó la resolución del Consejo para la Transparencia que ordenó al Ministro entregar copia de diversos correos electrónicos enviados desde su cuenta de correo institucional⁶⁰⁻⁶¹

Valga reiterar que el texto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, soporte a la decisión del Consejo, es del siguiente tenor:

“Artículo 5°, inciso segundo.- 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.”

En este caso, el conflicto de constitucionalidad examinado por el Tribunal consistía en determinar si el precepto objetado vulneraba o no el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, reconocido en el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución Política⁶², y lo prescrito en el inciso segundo del artículo 8° de la misma. Lo anterior, por cuanto aquel precepto al prescribir la publicidad de la información elaborada con presupuesto público y de toda otra información que obre en poder de los órganos

⁵⁹ Sentencia de 31 de enero de 2013 redactada por el Ministro señor Carlos Carmona Santander. Es menester destacar que este fallo es rico en doctrina. Contiene una panorámica acabada acerca de los criterios del Tribunal Constitucional en materia de subordinación de la publicidad de los actos estatales a los derechos humanos. En especial, respecto de la publicidad de los correos electrónicos. Sobre esta última materia, se han dictado otras dos sentencias, a saber los roles N°s 2153 y 2379, que acogieron la inaplicabilidad del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285. Ambos casos, decían relación con el reclamo de ilegalidad en contra de la orden del Consejo para la Transparencia, basada en aquel artículo, de dar a conocer los correos electrónicos de don Rodrigo Ubilla Mackeney, entonces Subsecretario del Interior. En los aludidos pronunciamientos, se pone de relieve que los correos electrónicos solicitados no revestían el carácter de acto administrativo, de manera que su publicidad excedía los términos del artículo 8° de la Constitución Política, el que no ordena publicar toda información, sino que, puntualmente, la referida a actos y resoluciones de los órganos del Estado.

⁶⁰ Dicha resolución del Consejo para la Transparencia tuvo su origen en el amparo interpuesto por don José Soto quien, el día 21 de julio de 2011, requirió a la Subsecretaría General de la Presidencia copia de los correos electrónicos contenidos en la cuenta de correo institucional del Ministro Secretario General de la Presidencia, entre los días 18 y 21 del mismo mes y año. La solicitud se circunscribió a correos enviados a o recibidos de otros funcionarios públicos y que aludieran al desempeño de la función pública del Ministro, excluyendo correos atinentes a su vida privada. Dado que se denegó la entrega de esa información, el señor Soto recurrió ante el mencionado Consejo.

⁶¹ Rol Corte de Apelaciones de Santiago N° 2496-2012. La Corte Acogió el reclamo de ilegalidad. Posteriormente, se dedujo un recurso de queja ante la Corte Suprema, la que en autos Rol N° 5040-2013, lo declaró inadmisibles.

⁶² *“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.”*

de la Administración, permite al Consejo para la Transparencia ordenar la entrega de correos electrónicos de funcionarios y autoridades del Estado.

El Tribunal acoge el requerimiento, sentenciando que la disposición reprochada resulta inaplicable por contravenir las indicadas normas constitucionales.

En primer lugar, se refiere a la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En esta materia, el punto de partida resulta interesante, toda vez que la Magistratura clarifica que la Constitución es un texto que se adapta al avance tecnológico. Lo anterior, atendido que el numeral 5° del artículo 19 constitucional se encuentra redactado en términos amplios, al asegurar la inviolabilidad de “*las comunicaciones*” privadas. De esta manera, la protección que confiere se extiende a los correos electrónicos, que son comunicaciones, los que, por consiguiente, gozan de inviolabilidad.

Explica que esta garantía se vulnera en la especie, desde el momento que los correos electrónicos son comunicaciones de carácter privado, es decir, que están dirigidos por un emisor a un o unos destinatarios, sin que se desee que terceros ajenos conozcan su contenido, cuestión esta última que es de la esencia de la privacidad.

Afirma que no es óbice para que se encuentren protegidos, el hecho que digan relación con funcionarios públicos o autoridades, toda vez que éstos también gozan de los derechos que la Constitución garantiza. A su vez, reitera que lo que el numeral 5° del artículo 19 constitucional protege son las comunicaciones. No distingue para su tutela si pertenecen a funcionarios públicos o a particulares, ni ésta depende de cuál sea su contenido. Por lo demás, en nada influiría que los correos se encuentren en un computador institucional, ya que nadie podría compartir que una llamada desde el teléfono del servicio sea pública, pueda ser interceptada y ser conocida por todos.

A su vez, explica que tampoco influye en el grado de publicidad el hecho de que los correos sean entre autoridades. Al contrario. Ellas deben apoyarse en la mejor información posible, toda vez que han sido elegidas o designadas para adoptar buenas decisiones. Y este último objetivo, sólo es logable si se goza de cierta confidencialidad para lograr una adecuada, eficaz y pertinente deliberación técnica, teniendo sobre la mesa los distintos puntos de vista involucrados.

Por otra parte, destaca que en atención a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones, el legislador ha sido sumamente cuidadoso al consagrar las hipótesis en que se puede acceder a ellas. En efecto, establece una serie de estrictas condiciones para el acceso, tal como sucede en materia de investigación penal o de conductas monopólicas, donde se exige la autorización de un tribunal. Lo anterior, desde el momento que la Constitución pone 3 requisitos para romper la inviolabilidad de las comunicaciones, a saber: que sólo puede hacerlo la ley y no otra norma; que para ello, esta debe determinar los casos en que será procedente –es decir, indicar las situaciones concretas–, y, además, debe determinar la forma para poder acceder al conocimiento de comunicaciones privadas, -esto es, el procedimiento a seguir-.

En relación con el punto en comento, el Tribunal explicitó que: “*el acceso a comunicaciones privadas sólo puede permitirlo el legislador cuando sea indispensable para una finalidad de relevancia mayor; cuando sea necesario porque no hay otra alternativa disponible y lícita; bajo premisas estrictas; con una mínima intervención y nunca de manera constante y continua, sino que de forma limitada en el tiempo y siempre de modo específico, señalándose situaciones, personas, hechos;*”⁶³.

Finalmente, en relación con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, asentó que la publicidad ha de estar subordinada a los derechos, y no al revés. Recalcó al efecto, que la publicidad de las actuaciones estatales, establecida en el artículo 8º de la Constitución, se encuentra limitada en el mismo precepto mediante las causales de reserva o secreto que establece, entre las cuales, se encuentran los derechos de las personas⁶⁴.

En segundo lugar, la Magistratura razona acerca de la vulneración del artículo 8º de la Carta Política. La motivación central para confirmar su contravención consiste en que la norma reprochada extendió la publicidad más allá del tenor de aquel artículo, y se concluye, por diversas motivaciones, que ello carece de legitimidad.

En efecto, el sentenciador expone que es limitado el ámbito de información que debe ser pública, atendido que dicho artículo sólo ordena que sean públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Por consiguiente, no es pública toda información⁶⁵.

⁶³ Considerando 57º de la sentencia.

⁶⁴ Al respecto, se hace una consideración que es llamativo destacar: “*SEXAGESIMOSEPTIMO. Que a lo anterior cabe agregar 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;*”.

⁶⁵ En este tópico el Tribunal fue enfático, expresando que: “*VIGESIMOSEGUNDO: (...) dicho artículo 8º no consagra un derecho de acceso a la información. Este, más bien, se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N° 12º de la Constitución (STC 634/2007, 1990/2012, 2153/2012). El hecho de que se encuentre en el Capítulo I de la Constitución no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental (STC 1990/2012, 2153/2012). En tercer lugar, el acceso a la información no recae sobre todo lo que hacen o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012). Desarrollando lo anterior, esta Magistratura ha sostenido que no tendría sentido, e iría contra todo el diseño institucional y contra una interpretación armónica de las distintas normativas, con claro basamento constitucional (artículos 7º, 19 N° 3º y 63 N° 18º), que una persona, sin invocar ningún interés o derecho, pudiera acceder a más documentación que el propio interesado en un procedimiento administrativo. Por lo mismo, habiendo un procedimiento administrativo de por medio, el derecho de acceso de terceros extraños a éste, tiene un tope: lo que existe en el expediente administrativo (STC 2153/2012). Del mismo modo, ha afirmado que, para que estemos en presencia de un acto administrativo producido por medios electrónicos, no basta el solo hecho de que un documento sea electrónico. Es necesaria, además, la existencia de dicha firma. Dicha firma debe ser certificada, mediante firma electrónica simple o avanzada (artículos 7º y siguientes). Ello permite garantizar su autenticidad, su integridad, su seguridad, su confidencialidad. Dicha exigencia materializa la equivalencia funcional de ambos sistemas (STC 2153/2012). Asimismo, los correos electrónicos que sean actos administrativos, para ser públicos, tienen que estar en un expediente administrativo (STC 2153/2012). En cuarto lugar, dicho*

Agrega que, por lo demás, el carácter limitado de la publicidad es evidente, toda vez que ésta tiene efectos potencialmente lesivos respecto de otros intereses que protege la Carta Fundamental, como lo son los derechos de las personas y el debido cumplimiento de las funciones entregadas a los órganos del Estado. Esto último, se torna particularmente claro cuando la información contenida en los correos electrónicos, que fuera solicitada al Ministro Secretario General de la Presidencia, dice relación con la elaboración de un proyecto de ley en la que el Presidente de la República requiere confidencialidad para tener un máximo de flexibilidad en la materia a regular, y así ejercer su atribución constitucional de colegislador⁶⁶.

derecho no tiene carácter absoluto (STC 634/2007, 1732/2011, 1800/2012, 2153/2012). La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece (STC 1990/2012) y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado (STC 1892/2011). 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 (STC 1990/2012). En quinto lugar, la Ley N° 20.285 es un elemento de partida para la interpretación del artículo 8°. Pero son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no ésta en base a aquéllas (STC 1990/2012, 2153/2012). Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos puede lograrse a través de las modalidades que el legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Puede consistir en la entrega de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a disposición del público, en su difusión por distintos medios (STC 1990/2012). 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° (STC 1990/2012; 2152/2012). Finalmente, el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución no establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza (STC 1990/2012).”

⁶⁶ La relevancia de la reserva de tal información es explicada por el Tribunal en los siguientes términos: “**OCTOGESIMOSEXTO.** Que, entonces, el conocimiento singular, por una persona determinada, de los antecedentes vinculados a un anteproyecto de ley, constituye un privilegio, pues se trata de una información aún no divulgada, cuyo conocimiento puede influir de diversa manera, por lo decisivo del dato. Acceder a esa información sería una ventaja estratégica. Lo anterior explica que cuando se difunden, de manera reglada, en otros países anteproyectos de normas legales, no se hace a favor de un sujeto específico, sino de modo general. Todas las personas obtienen la información. Además, se regula la posibilidad de formular observaciones, con la ponderación consiguiente de dichas respuestas. También, el conocimiento de esos antecedentes puede entorpecer la elaboración del anteproyecto, por muy diversas razones, como la exposición prematura o la difusión de un texto que no es definitivo. Asimismo, el conocimiento de un anteproyecto puede rigidizar posiciones. La elaboración de este tipo de iniciativas requiere máxima flexibilidad para coordinar distintas competencias de órganos públicos, así como diferentes intereses que puedan ser afectados. Implica también ajustar la agenda programática del Gobierno; calzar el anteproyecto con la planificación legislativa. Finalmente, no hay que olvidar que el anteproyecto no tiene aún una decisión. Es un borrador dentro del Gobierno. Y cuando se envía al Congreso, es sólo una propuesta, que éste puede cambiar o rechazar; **OCTOGESIMOSÉPTIMO.** Que, en segundo lugar, el conocimiento singular de un anteproyecto por un particular, sería una desconsideración con el Congreso, que es el destinatario final de los proyectos de ley. Una vez que el Gobierno decida el envío del anteproyecto, éste gozará de máxima publicidad. El texto irá acompañado de un mensaje en el que se explicarán las razones que lo justifican. Los Ministros tendrán que concurrir al Congreso a dar explicaciones sobre el sentido y alcance de lo que se propone. Transformado en proyecto de ley, el Congreso se convierte en el foro privilegiado de discusión de las iniciativas legales. Por lo mismo, no tiene sentido iniciar una discusión previa a la que naturalmente debe darse en el Congreso. Pero entregarle a un particular el texto, sin que un parlamentario tenga ese acceso, no es una manera correcta de entender la colaboración y la lealtad entre dos poderes del Estado.”

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

1. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 634, de 9 de agosto de 2007
2. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1051, de 10 de julio de 2008
3. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1732 (1800; acumulados) de 21 de junio de 2011
4. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1812 (1816-1817; acumulados), de 18 de agosto de 2011.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1892 de 17 de noviembre de 2011
6. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1990 de 5 de junio de 2012
7. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2341, de 14 de agosto de 2013
8. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2143, de 10 de octubre de 2013
9. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2246, de 31 de enero de 2013