

Rodrigo Marcelo Aros Chia*

El principio de publicidad ante la jurisprudencia del tribunal de defensa de la libre competencia

I. Introducción

Comienzo esta ponencia, agradeciendo la invitación y convocatoria que se me ha formulado para participar en las XXXVI Jornadas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, especialmente a don Enrique Navarro Beltrán, en su calidad de Presidente de la Comisión Organizadora, como asimismo, al Rector de esta Casa de Estudios Superiores don Víctor Pérez Vera y al Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales don Roberto Nahum Anuch, por la invitación que una vez más, nos han formulado a los profesores de todo el país, para participar en estas Jornadas, dedicadas a debatir el alcance que han tenido las Reformas Constitucionales llevadas a cabo el año 2005, un año después.

En el marco del tema que nos convoca, quisiera reflexionar en torno a la reforma introducida al artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental de 1980, uno de los cambios más trascendentales introducido a la Constitución de 1980, consagrándose el denominado Principio de Publicidad, gestándose uno de los principales cambios en la configuración del constitucionalismo chileno, relativo a la estructura del Estado Constitucional Republicano y Democrático de Derecho.

Comienzo esta ponencia, refiriéndome al sentido y alcance del Principio contenido en el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental; enseguida, reviso la incipiente jurisprudencia que se ha ido desarrollando, a partir de la aplicación del Decreto Ley N° 211 y su legislación complementaria, dando, precisamente, al Principio de Publicidad y al deber de transparencia, un rol fundamental en el ejercicio de las funciones públicas imputables a todos los órganos que conforman la Administración del Estado y, en qué medida, las resoluciones que se adoptan por órganos jurisdiccionales de la

* *Abogado
Magister en
Derecho Público
Profesor de
Derecho Político y
Constitucional
Pontificia
Universidad
Católica de Chile y
Universidad de Las
Américas*

Administración influyen en materia económica, como es el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En síntesis, trátase de una visión que pretende determinar cómo la Constitución pasa a ser una norma de aplicación real y concreta en el ámbito constitucional económico, a propósito de la aplicación directa e inmediata de ésta, bajo el prisma de los Principios de Supremacía Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, vinculante para todos los Tribunales de la República.

II. Sentido y alcance

La entrada en vigencia del denominado Principio de Publicidad de los actos de la Administración del Estado, introducido en Chile el año 1999, a través de la Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa de los Órganos de la Administración del Estado, introdujo profundas reformas a la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la que en términos genéricos, contemplaba un principio/deber de transparencia en el ejercicio de la función pública; a mayor abundamiento, la incorporación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 del año 2005, elevó a rango constitucional los Principios de Probidad y de Publicidad, con la incorporación dentro de las bases del Estado de Derecho de un nuevo artículo 8° a la Carta Fundamental de 1980. Con lo cual, se incorpora al bloque de constitucionalidad, dos principios que se caracterizan por influir en forma determinante en el ejercicio de la función pública, pero además, el Poder Constituyente Derivado en el ejercicio de sus potestades, los incorporó a propósito del Capítulo I de la Carta Fundamental de 1980, en el texto y contexto de las Bases de la Institucionalidad, es decir, a partir del plexo valórico¹ que determinan la visión del Estado de Derecho material que adopta el Constituyente de 1980, por ello, las disposiciones contenidas en la Constitución son de alcance obligatorio y no son meros programas o ideas, sino que son preceptos dotados de una energía normativa propia.²

El artículo 8° inciso 2° dispone que:

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

Por ende, fluye de aquella disposición constitucional, en términos concretos una serie de aspectos que es relevante tener en consideración, para efectos de determinar el propósito perseguido por el Constituyente:

- ¹ Humberto Nogueira Alcalá: “Lineamientos de Interpretación Constitucional y del bloque Constitucional de Derechos” (Santiago, Ed. Librotecnia, 1ª Edición, 2006) pp. 259-260.
- ² Miguel Ángel Fernández González: “La Fuerza Normativa de la Constitución”, en LXIII, Revista de Derecho Público (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001) pp. 77-102.

Primero, se señala con rango constitucional, las causales en virtud de las cuales se puede decretar el secreto o reserva, de los actos que emanen del ejercicio de funciones públicas;

Segundo, dichas causales que motivan la declaratoria de secreto o reserva, solo pueden ser determinadas mediante una Ley de Quórum Calificado, y

Tercero, éstas, sólo pueden ser decretadas en la medida que encuentren su fundamento en aquellos actos o materias que dicen referencia en forma exclusiva al debido cumplimiento de las funciones de los órganos requeridos, a los derechos de las personas, a la seguridad de la Nación o el interés nacional, ello además, no obsta que de la propia norma constitucional se pueda establecer como exigencia, que el secreto o reserva pueda ser contemplado mediante una Ley Orgánica Constitucional.³

Cabe advertir, que el secreto o reserva imputable a las actuaciones que nacen del ejercicio de funciones públicas, implica que:

“(...) el Poder Constituyente ha querido conferir carácter secreto o reservado a alguno de dichos actos lo ha señalado expresamente, habilitando a la autoridad competente para así disponerlo.

Así lo ha hecho, concretamente, sólo en dos casos, los cuales se hallan contemplados en los artículos 32° N° 17° y 96° inciso 2° de la Constitución (...).

En otras palabras y acudiendo a la Regla de Oro contenida en el artículo 7° inciso 2° de la Constitución, los órganos del Estado no pueden declarar el secreto o reserva de sus actos nada más que en los dos casos establecidos por la Constitución o en otros, expresa y especialmente contemplados por la ley, la cual, como se verá en seguida, tratándose de actos emanados de la Administración del Estado, debe –incluso– ser de rango orgánico constitucional.

En resumen, el carácter público de los actos de los órganos del Estado, de sus fundamentos, de los documentos que les sirven de base y de los procedimientos de que son secuela, es un principio de rango constitucional. Ello, porque aunque no se encuentre reconocido en texto expreso por la Carta Fundamental, así queda en evidencia del Sistema Político configurado en la Constitución (...).⁴

Es necesario tener en consideración que esta institución debe ser considerada como un caso de excepción, en la cual el Constituyente no deja espacio para que intervenga la Potestad Reglamentaria⁵, siendo una aplicación directa e inmediata de la Reserva

³ Artículo 3°, 11 bis y 11 ter de la Ley N° 18.575.

⁴ Miguel Ángel Fernández González: “El Principio de Publicidad Administrativa” en La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Santiago, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., 2000), pp. 741-742.

⁵ Artículo 32° N° 6° y 46° de la Constitución.

Legal Absoluta⁶, aun más, debiéndose declarar la inconstitucionalidad de todas aquellas normas que establezcan el secreto o reserva de los actos estatales mediante disposiciones de rango reglamentario, resultando, por sí solo, contrario a la Constitución, como sería el caso de la remisión preceptuada por el artículo 13º, incisos 11º y 12º, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, a la Potestad Reglamentaria.

III. Jurisprudencia

Teniendo en consideración que el Principio de Publicidad es un principio constitucionalmente protegido, es menester determinar su importancia a propósito de la jurisprudencia; para ello dos sentencias, que a mi juicio resultan paradigmáticas a la hora de configurar la vigencia del artículo 8º inciso 2º de la Carta Fundamental, referido particularmente al constitucionalismo económico⁷, las cuales reconocen competencia y jurisdicción en materia económica a Tribunales dotados de potestad jurisdiccional.

Ha producido la incorporación de nuevos principios y valores al ejercicio de la función pública, lo cual en definitiva, permite configurar un Estado Constitucional Democrático, en donde el respeto de los derechos fundamentales del ser humano actúen como derechos de defensa frente al Estado y las actuaciones de sus órganos, concluyéndose que el Capítulo I Bases de la Institucionalidad, determina al Estado Constitucional Republicano Democrático.⁸

El primer caso es un ejemplo del carácter vinculante de la Constitución, respecto de áreas que normalmente son de difícil aplicación, como es el ámbito jurisdiccional económico y específicamente, la forma de ejercicio de potestades jurisdiccionales que tienen su origen en el Decreto Ley N° 211 de 1973 y legislación complementaria, normativa que confiere en materia de defensa de la libre competencia, una regulación que incita a los particulares a desarrollar sus actividades económicas y proscribire todos aquellos actos y fraudes que tengan por objetivo ser atentatorios a la libre competencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a propósito de requerimiento formulado por la Fiscalía Nacional Económica, en contra de Isapre ING y otros⁹, con fecha 13 de abril del año 2006, resolvió:

⁶ Artículo 63º N° 2º de la Constitución.

⁷ Arturo Fernando Vohringer: "Derecho Constitucional Económico Tomo I: Garantías Económicas. Doctrina y Jurisprudencia" (Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1ª Edición) pp. 24-25. Cristian Larroulet Vignau: "Visión Económica de la Constitución de 1980", en Revista de Derecho Público N° 62, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2000, pp. 94-96.

⁸ Artículo 1º inciso 4º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la Constitución.

⁹ Causa Rol N° 77-2005, Resolución Intermedia.

“**PRIMERO:** Que las peticiones mencionadas precedentemente se refieren a una misma situación, cual es la exhibición de los documentos contenidos en el expediente que habría formado la Fiscalía Nacional Económica con motivo de la investigación que devino en el requerimiento de fojas tres; peticiones que deben resolverse de manera conjunta, haciéndose cargo de las argumentaciones que cada una de ellas contiene; **SEGUNDO:** Que de las peticiones referidas y de los argumentos expuestos por la Fiscalía resulta preciso distinguir dos materias respecto de las cuales es necesario pronunciarse. En primer lugar, la reserva misma de la investigación llevada a cabo por la Fiscalía en ejercicio de sus atribuciones y la persistencia de tal reserva una vez concluida aquélla e iniciado un procedimiento contencioso ante este Tribunal. En segundo término, la confidencialidad que deba dársele a determinadas piezas o documentos recopilados durante dicha investigación, y si debe o no mantenerse el carácter confidencial de los mismos una vez incoado el procedimiento antes indicado; **TERCERO:** Que, en relación a la primera de dichas materias, en el caso específico de autos, no ha sido informado al Presidente de este Tribunal el carácter reservado de la investigación que originó el requerimiento de autos, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 39° letra a) del Decreto Ley N° 211; **CUARTO:** Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que la Constitución Política de la República, luego de la reforma introducida por la Ley N° 20.050, establece como principio matriz la publicidad de los actos estatales y sus fundamentos, lo que supone el pleno acceso a los mismos por parte de todos los ciudadanos; **QUINTO:** Que aun cuando la Carta Fundamental impone condiciones para restringir o impedir el acceso a la información, éstas se agotan sólo en aquellas explícitamente descritas por el artículo 8° de su texto, esto es, cuando la publicidad “afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado”, o afectare “los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. De este modo, las limitaciones susceptibles de ser impuestas a la publicidad de los actos de la administración requieren del cumplimiento de exigencias constitucionales que deben ser siempre interpretadas restrictivamente; **SEXTO:** Que, por otra parte, si bien existen normas legales que fueron dictadas con anterioridad a la reforma constitucional antes mencionada, y que imponen el secreto o reserva de determinados actos estatales; estas normas, para que mantengan su validez, deben ser interpretadas conforme a la Constitución y para situaciones precisas y concretas; **SÉPTIMO:** Que ése es el caso de la norma contenida en el inciso segundo de la letra a) del artículo 39° del D.F.L. N° 1, de 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, en cuanto dispone que el “Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas”; **OCTAVO:** Que para la adecuada interpretación de la norma antes citada, en relación al principio constitucional de publicidad de los actos de la administración, debe tenerse presente, para todos los efectos legales, que la Fiscalía Nacional Económica es un órgano del Estado, y más específi-

camente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39° del Decreto Ley N° 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley N° 19.880; **NOVENO:** Que del propio requerimiento de fojas tres, en cuanto señala que la “investigación se inició por una denuncia...”, parece indubitado que la Fiscalía Nacional Económica, en ejercicio de sus competencias públicas legalmente establecidas, dio en su momento inicio a un procedimiento administrativo que debía finalizar, o en un requerimiento –como finalmente ocurrió–, o en el archivo de la denuncia, procedimiento en el cual incluso podrían haberse aplicado las medidas de apremio contempladas en los incisos primero y segundo del artículo 42° del Decreto Ley N° 211; **DÉCIMO:** Que en el contexto de dicho procedimiento administrativo, la norma contenida en la letra a) del artículo 39° del D.L. 211, dictada con anterioridad a la reforma constitucional antes mencionada, autoriza la reserva de determinadas actuaciones de la Fiscalía. Si bien dicha norma se mantiene vigente, esta vigencia es posible, por mandato de la disposición cuarta transitoria de nuestra carta fundamental, sólo en cuanto “no sea contraria a la Constitución”; esto es, en la medida que se funde en una de las causas de limitación al principio de publicidad establecidas en el mismo artículo Octavo, ya citado; **UNDÉCIMO:** Que, en consecuencia, el hecho de invocar como causa de reserva de la investigación el mero “cumplimiento de las funciones de la Fiscalía” para hacerla compatible con el texto constitucional, sin expresar el contenido específico, el alcance y las implicaciones de dicha afirmación, y sin manifestar la medida en que se vería afectado el cumplimiento de esas funciones en caso de no decretarse la reserva de la investigación, no parece suficiente, a juicio de este Tribunal, para entender que se ha actuado conforme a la Constitución; **DUODÉCIMO:** Que, por otra parte, lo que la ley permite a la Fiscalía Nacional Económica disponer como “reservado” es la investigación que se “instruya”, para lo cual la propia ley exige como requisito de validez de la medida que se informe el carácter de reservado al Presidente del Tribunal de la Libre Competencia; **DÉCIMO TERCERO:** Que, por lo tanto, la norma legal permite una excepción a la publicidad general “en” el procedimiento administrativo de investigación, esto es, dentro de sus límites temporales. En otros términos, sólo existe la reserva mientras exista una investigación en curso. Finalizada ésta por archivo de la misma o por la presentación del correspondiente requerimiento ante este Tribunal, finaliza también la reserva que se hubiere decretado durante su curso. De ahí que mantener la reserva más allá de la investigación administrativa, extendiéndola al juicio de autos, implicaría interpretar inadecuadamente el texto legal. Es además y precisamente por esa razón que el inciso tercero del artículo 42° del Decreto Ley N° 211 sanciona la revelación de la información “reservada” a los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica en tanto procedimiento administrativo. Lo anterior hace plenamente compatible la reserva tanto con el derecho de los afectados de acceder a la investigación como con la

obligación que pesa sobre tales funcionarios; **DÉCIMO CUARTO:** Que lo que la ley permite es decretar “reservada” una investigación, lo cual supone delimitar el universo de personas que pueden conocer de ella, lo que hace la diferencia con el “secreto”, que es una exclusión general. Esta facultad, sin embargo, no puede afectar el derecho de los interesados investigados, quienes por aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo tienen derecho a conocer y realizar alegaciones. La “reserva” tiene efecto entonces, en relación con terceros, y no respecto de los afectados, pues de lo contrario se violentarían las reglas del debido proceso administrativo reconocido por la Constitución; **DÉCIMO QUINTO:** Lo anterior es aún más claro si se tiene en cuenta que la ley, en un inciso diferente de la norma citada (artículo 39° del D.L. 211), es decir en una regulación diferente a la “reserva”, permite que no se informe al afectado del inicio de una investigación en su contra, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de modo de excluirlo del “derecho a conocer”. Debe hacerse notar que, a diferencia de la reserva en que sólo existe el deber de informar, en el caso de la negativa a dar “noticia” se requiere de autorización. Esta distinción proviene de que en el segundo caso se debe garantizar el debido proceso; **DÉCIMO SEXTO:** Que, en consecuencia, extender la reserva al procedimiento jurisdiccional implicaría también una violación del debido proceso, pues sería así imposible ejercer adecuadamente el derecho a la defensa. De esta forma, resulta de la esencia de un proceso racional y justo el tener derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa pues, de lo contrario, esa defensa no sería posible al negarse el derecho a traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan a la parte contraria, lo que naturalmente incluye el contenido de la investigación que en su momento llevó adelante la Fiscalía. Lo anterior, por lo demás, es un principio general de nuestra legislación, reconocido, por ejemplo, en el Estatuto Administrativo, La Ley N° 20.000, y el Código Procesal Penal; expresamente recogido también por el Tribunal Constitucional, quien ha señalado que, para salvaguardar “siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, los afectados deben estar en conocimiento de las investigaciones administrativas que realiza el Estado, sujetas a controles jurisdiccionales, pues de lo contrario se violenta la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución (Sentencia Rol 433, considerandos 31 y 32; y Sentencia Rol 389, considerandos 28 a 35); **DÉCIMO SÉPTIMO:** Que en conclusión, a juicio de este Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Fiscalía Nacional Económica sólo puede decretar la reserva de las investigaciones administrativas que lleve a cabo cuando se cumplan, conjuntamente, los siguientes requisitos: a) que concurra alguna de las causas de justificación de reserva contenidas en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución, explicada, precisada y definida para el caso particular al que se la pretende aplicar; b) que se ponga en conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto de cada investigación en que se decreta; y c) que la reserva quede limitada en el tiempo hasta el archivo de la investigación o la presentación del requerimiento respectivo; **DÉCIMO OCTAVO:** Que seguidamente, y ahora en

relación con la segunda materia que debe esclarecerse para pronunciarse sobre las peticiones detalladas en los vistos de esta resolución, esto es, la confidencialidad que deba dársele a determinadas piezas o documentos recopilados durante dicha investigación, y si debe o no mantenerse el carácter confidencial de los mismos una vez incoado un procedimiento contencioso como el de autos, es preciso afirmar que, no obstante todo lo relacionado precedentemente, este Tribunal no puede ignorar el hecho de que tanto en la investigación administrativa realizada por la Fiscalía como en el curso del proceso jurisdiccional, pueden existir antecedentes que, por su naturaleza o condición de información comercial o estratégica confidencial de alguna de las partes en la causa, puedan poner a ésta en una situación de perjuicio o de desventaja competitiva en caso de hacerse públicos; **DÉCIMO NOVENO:** Que respecto de los documentos confidenciales que se entreguen a la Fiscalía en el transcurso de una investigación administrativa, la cautela de dicha confidencialidad está garantizada, en parte, en el inciso segundo de la letra h) del artículo 39° del Decreto Ley N° 211, que establece una solicitud especial para tal efecto; circunstancia y solicitud que el legislador, sin embargo, no hizo extensivas –por omisión– a aquellos documentos confidenciales que sean ordenados presentar o exhibir una vez iniciado un procedimiento contencioso ante este Tribunal; **VIGÉSIMO:** Que, sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal estima que las partes podrían presentar durante la investigación administrativa ciertos antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica en carácter de reservados, por tratarse de información estratégica que no debe ser conocida por otros actores del mercado, lo que podría ser aceptado por ese Servicio. Sin embargo, dicha confidencialidad, en caso alguno, podría extenderse al conocimiento de este Tribunal en un proceso jurisdiccional como el de autos. **VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, además, debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29° del Decreto Ley N° 211, por lo que, en caso que una de las partes en la causa solicite la exhibición de documentos de la otra, este Tribunal, previa petición u oposición de la parte respecto de quien se solicite la exhibición, podrá decretar que determinados antecedentes tengan el carácter de secretos o confidenciales. Esta resolución deberá dictarse, obviamente, para cada caso concreto; **VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que adicionalmente, dentro de la lógica natural de un procedimiento jurisdiccional contencioso, y según lo establecido en el artículo 277 Código de Procedimiento Civil, en aquellos casos en los que no se decrete tal carácter confidencial, la parte conminada a exhibir los documentos y que no cumpla con la exhibición, perderá su derecho a hacerlos valer en el juicio en su propio favor; **VIGÉSIMO TERCERO:** Que, en consecuencia, no puede la Fiscalía Nacional Económica, para oponerse a la exhibición de documentos contemplada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, salvo la excepción mencionada en el considerando precedente, invocar la facultad establecida en el artículo 39, letra a), del D.L. 211, toda vez que la “reserva” de la investigación administrativa previa al requerimiento sólo tiene validez en dicha etapa y sujeta a estrictas causales de limitación constitucional, y no en la jurisdiccional,

cuestión que en todo caso no puede afectar a los interesados en la investigación sin lesionar gravemente el derecho constitucional al debido proceso, aplicable no sólo en el ámbito jurisdiccional, sino también en el administrativo; *Se resuelve: Primero: Hacer lugar a las solicitudes indicadas en cuanto la Fiscalía Nacional Económica deberá exhibir el o los respectivos expedientes administrativos incoados para investigar la denuncia que sirvió de base al requerimiento de fojas tres, sin perjuicio de la facultad que asiste al señor Fiscal Nacional Económico para solicitar que determinados antecedentes del expediente administrativo, que hubieren sido acompañados en carácter de confidenciales, sean exhibidos exclusivamente para el conocimiento del Tribunal, sin que tengan acceso a ellos terceros distintos de quien los proporcionó; y, Segundo: Se fija la audiencia del día 28 de abril a las 15:00 hrs. para efectuar la exhibición, por parte de la Fiscalía Nacional Económica, del o los expedientes administrativos que dieron origen al requerimiento de autos. Notifíquese por carta certificada. ROL C Nº 77-05. Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslaw Depolo Razmilic y Sr. Tomás Menchaca Olivares.*

En la sentencia transcrita, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, optó por configurar la aplicación directa e inmediata del Principio de Supremacía Constitucional, artículo 6º inciso 1º de Constitución y la Regla de Oro contenida en el artículo 7º inciso 2º de la Carta Fundamental, con lo cual evita que se vulneren las atribuciones que el legislador confiere a los órganos del Estado; ciertamente, esta forma de cooperación que realiza el Tribunal entre la Constitución y la Ley, tiende a compatibilizar en forma adecuada el respeto de los derechos de las personas:

“Hay que recordar que el constitucionalismo moderno o clásico procuró desde su inicio organizar al Estado en defensa de las libertades y los derechos del hombre, lo que equivale a decir que ha tendido a asegurar al hombre frente al Estado. Todo el andamiaje constitucional se armó para proporcionar seguridad y garantías, tal como lo testimonian las dos partes tradicionales en que se divide la Constitución: la parte dogmática con su declaración de derechos, y la parte orgánica con la llamada división de poderes.

El baluarte último de la seguridad jurídica es, sin duda, el poder judicial”.¹⁰

En suma, el rol que se le reconoce al derecho de la jurisdicción o también denominado derecho de acceso a la justicia, importa el derecho que se le reconoce a todas las personas de acudir a un tribunal, para que éste ejerza justicia, con lo cual la idea de un juez natural cobra mayor validez e importancia.

El segundo caso, es más explicativo aún, por cuanto determina el deber de exhibir documentos que tienen todos los órganos que ejerza una función pública, puesto que aquí, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al conocer de un Recurso

¹⁰ Germán J. Bidart Campos: “Compendio de Derecho Constitucional” (Buenos Aires, Ed. Ediar, 1ª Ed., 2004) p. 183.

de Reposición, de fecha 24 de mayo del año 2006¹¹, formulado a propósito de requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de CTC, Demanda Voissnet S.A., se determina aplicar en forma directa la Constitución, facilitando aún más el marco valórico y el reconocimiento de derechos fundamentales, como dos pilares esenciales del constitucionalismo humanista que establece la Constitución de 1980, a partir del Principio de Publicidad, e incorporando un deber de transparencia y probidad¹² imputable a las actuaciones de todos los órganos del Estado, respecto del cual se resolvió:

“Al recurso de reposición interpuesto por la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (CTC), a fojas 2626: Vistos: 1.- Las presentaciones y resoluciones de fojas 1624, 1806, 1832, 1932, 985, 2626 y 2631. 2.- Lo dispuesto en el artículo 8° y 19° N° 3° de la Constitución Política de la República, los artículos 29° y 39° del Decreto Ley N° 211, el artículo 349° del Código de Procedimiento Civil y el artículo 3° de la Ley N° 19.880. Y considerando: Primero. Que la Constitución Política de la República, luego de la reforma introducida por la Ley N° 20.050, establece como principio matriz la publicidad de los actos estatales y sus fundamentos, lo que supone el pleno acceso a los mismos por parte de todos los ciudadanos; Segundo. Que, según lo dispone el inciso 2° del artículo 8° de la Carta Fundamental, las únicas limitaciones constitucionales al principio mencionado en el considerando anterior, se refieren a los casos en los que la publicidad “afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado”, o afectare “los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. De este modo, las limitaciones susceptibles de ser impuestas a la publicidad de los actos de la administración requieren del cumplimiento de exigencias constitucionales que deben ser siempre interpretadas restrictivamente; Tercero. Que, como ya se ha pronunciado este Tribunal, la Fiscalía Nacional Económica sólo puede decretar la reserva de las investigaciones administrativas que lleve a cabo cuando concurra alguna de las causas de justificación de la misma contenidas en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución, explicada, precisada y definida para el caso particular al que se la pretende aplicar y, copulativamente, se ponga en conocimiento del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, respecto de cada investigación en que se decrete, según lo dispuesto en el artículo 39° letra a) del Decreto Ley N° 211. De cualquier modo, en estos casos, la reserva queda limitada en el tiempo hasta el archivo de la investigación o la presentación del requerimiento respectivo y no puede extenderse al procedimiento jurisdiccional; Cuarto. Que lo anterior es sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 349° del Código de Procedimiento Civil y en caso de que una de las partes en una causa solicite la exhibición de documentos de la otra, este Tribunal, previa petición u oposición de la parte respecto de quien se solicite la exhibición, podrá decretar que determinados antecedentes tengan el carácter

¹¹ Causa Rol N° 60-2005, Resolución Intermedia.

¹² Gabriel Orlando Bocksang Hola: “El Procedimiento Administrativo Chileno: Estudio Analítico y Sistemático de Coherencia” (Santiago, Ed. LexisNexis, 2006) pp. 52-54.

de secretos o confidenciales. Esta resolución deberá dictarse, obviamente, para cada caso concreto. En consecuencia, asiste al señor Fiscal Nacional Económico la facultad para solicitar que determinados antecedentes del expediente administrativo, que hubieren sido acompañados u ordenados agregar en carácter de confidenciales, sean exhibidos exclusivamente para el conocimiento del Tribunal, sin que tengan acceso a ellos terceros distintos de quien los proporcionó; **Quinto.** Que Telefónica CTC, en su presentación de fojas 1624 y siguientes, solicitó la exhibición del expediente de la investigación que dio origen al requerimiento de autos y del expediente de una investigación iniciada de oficio por la Fiscalía Nacional Económica en el año 2004, pero que no ha derivado en la presentación de acción alguna en esta sede. Respecto de ninguna de esas investigaciones se ha puesto en conocimiento del Presidente de este Tribunal el carácter de reservadas dispuesto por ese servicio. Por esta razón, se permitirá la exhibición del primero de dichos expedientes y se negará lugar a la del segundo, sin perjuicio de otros derechos que asistan a la recurrente; Y teniendo presente, además, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 27° del Decreto Ley N° 211, se resuelve: 1°.- *Hacer lugar al recurso de reposición de fojas 2626 sólo en cuanto se deja sin efecto la resolución de fojas 1985 y se accede a la solicitud de exhibición del expediente de investigación Rol N° 569-03 de la Fiscalía Nacional Económica, que dio origen al requerimiento de autos;* 2°.- *No hacer lugar a la reposición en lo que concierne al expediente sobre telefonía IP y los contratos Megavía celebrados por CTC y distintos ISP, sin perjuicio de otros derechos que asistan a la recurrente;* y, 3°.- *Se fija la audiencia del día 6 de junio a las 15:00 hrs. para efectuar la exhibición, por parte de la Fiscalía Nacional Económica, del expediente administrativo Rol FNE N° 569-03. Notifíquese por carta certificada. ROL C N° 60-05. Pronunciada por los Ministros señores Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, Sr. Radoslav Depolo Razmilic, Sr. Tomás Menchaca Olivares y Sr. Julio Peña Torres”.*

En este caso, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permite y ordena exhibir documentos que importan un expediente que se encuentra en poder de la Fiscalía Nacional Económica, otorgando un reconocimiento real y efectivo a la Constitución por un lado y por otro, a los derechos de las personas, particularmente, en el desarrollo de sus actividades económicas lícitas, imponiendo obligaciones normativas, tendientes a complementar el procedimiento jurisdiccional y administrativo, lo cual en definitiva, importa un respeto a los derechos esenciales del ser humano.

En definitiva, esta jurisprudencia confirma que el ejercicio de actividades económicas lícitas consolida la obligación que tiene todo órgano que ejerce una potestad o función estatal, de dar a conocer o exhibir los documentos que tenga en su poder, no pudiendo excusar, ni afectar al particular, cuando éste lo requiera, más aún, cuando existe un valor o principio superior, cual es la autonomía económica de los particulares frente a cualquier fraude o arbitrio que se cometa en su contra, sea imputable a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público o privado.

De la jurisprudencia transcrita, se desprende que la incorporación del artículo 8º inciso 2º de la Carta Fundamental, produce el efecto que la Constitución le da una protección y promoción a los derechos humanos, que se encuentran establecidos en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹³; entonces el deber que el Constituyente hace imputable a los Tribunales y en definitiva a los jueces es buscar los mecanismos que permitan compatibilizar la Constitución con la ley, es decir, la defensa de los derechos, siendo el juez el que debe determinar los medios que otorguen plena vigencia al derecho fundamental de que se trate aun cuando no existe norma al respecto, lo cual se ratifica por lo preceptuado en los artículos 1º y 5º de la Constitución.

En definitiva, la vinculatoriedad impuesta por el artículo 6º inciso 2º de la Constitución obliga a que sea aplicable la Carta Fundamental a las actuaciones de todos los órganos del Estado¹⁴, inclusive, aquellos dotados de potestades jurisdiccionales, siendo de suyo interesante que el principio de publicidad, unido a la transparencia imputable a las actuaciones de los órganos del Estado y, en general a cualquier función pública estatal, materializa el hecho que la substanciación de todo procedimiento, no sólo administrativo, sino también vinculante a cualquier procedimiento que nazca del ejercicio de funciones estatales debe ajustarse a criterios de transparencia, publicidad y conocimiento, lo cual importa una mayor vigencia del establecimiento y estructura del Estado de Derecho en Chile.

Más aún, cuando la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, refuerza la concentración de la jurisprudencia constitucional en el Tribunal Constitucional y le confiere acciones vinculantes reales y efectivas de constitucionalidad como son la acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, e inclusive, en el plano político interno, se realiza un aumento en las facultades imputables a la Cámara de Diputados a través del establecimiento de comisiones investigadoras, lo que va reforzando criterios de control

¹³ Artículo 5º inciso 2º de la Constitución.

¹⁴ Domingo Hernández Emparanza: "Notas sobre algunos Aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en la Reforma Constitucional de 2005: Regionalización, Probidad y Publicidad de Actos", en Centro de Estudios Constitucionales de Chile: "La Constitución Reformada de 2005", Coordinador: Humberto Nogueira Alcalá (Ed. Librotecnia, Universidad de Talca, 1ª Edición, 2005), el cual sostiene que: "(...) carece de la pulcritud que presenta su similar de la L.O.C. N° 18.575, introducida ya en 1999 por la Ley N° 19.653, que discrimina entre los "actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado" y "los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial" -los que se declaran "públicos" (inc. 3º del artículo 13º)- y la "transparencia" con que debe ejercerse la función pública, "de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella" (inciso 2º del mismo artículo).

El esquema conceptual de la ley permite discernir entre "publicidad" y "transparencia" como principios diferentes: la publicidad se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisivos, mientras que la transparencia se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas. La publicidad y transparencia de las actuaciones de los órganos estatales constituye uno de los elementos inextricablemente unidos a la definición de Chile como una "República democrática"(...) pp. 32-33. Asimismo véase Emilio Pfeffer Urquiaga: "Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes - Debates - Informes" (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005) pp. 26-36.

efectivo a las autoridades en el ejercicio de sus potestades, unido a una serie de reformas introducidas en la operatividad formal y material del sistema político en Chile.

IV. Conclusiones

El artículo 8° inciso 2° de la Constitución, en virtud del cual se establece un derecho/deber de publicidad imputable a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como a sus fundamentos y procedimientos, implica que la obligación de exhibir documentos es imputable a cualquier órgano en ejercicio de una función pública, no pudiendo negarse a dicha exhibición, por cuanto su actuar negativo o su omisión, implica una vulneración directa e inmediata al mandato constitucional.

Pero ello no obsta a que el afectado pueda recurrir ante el Tribunal que estime competente, para que el juez adopte las medidas que estime necesarias para la adecuada protección y defensa de los derechos fundamentales, ya que en definitiva, es el juez, el cual en el ámbito de su competencia, está llamado a llevar a cabo la resolución de conflictos que se generen entre la Constitución y la Ley, debiendo primar el criterio de otorgar una mayor fuerza al texto constitucional, por cuanto es el Código Político un marco de valores; principios y reconocimiento de derechos fundamentales, no debiendo ser aplicable aquella ley vulneratoria o transgresora de derechos.

Asimismo, se crean mayores vínculos de confianza y respeto a la gestión que realizan los órganos del Estado¹⁵; por ende, son las leyes las que van a regular y reglamentar las actuaciones de los órganos que ejercen funciones públicas, los que a su vez deben actuar en el ámbito de los derechos fundamentales, en pro de reconocer un Estado Material de Derecho que evite un mal uso del poder.

¹⁵ Ramiro Mendoza Zúñiga: "Notas sobre el acceso a la documentación administrativa (acerca de la publicidad, la transparencia y el secreto)", en Revista de Derecho Público Nº 59, Año 1996, pp. 243-285.