

Miguel Ángel Fernández González*

El principio constitucional de publicidad

I. Introducción

Convocados, nuevamente, por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, una de las fundadoras de las Jornadas de Derecho Público, agradezco a su Director, Profesor Enrique Navarro Beltrán, la invitación para examinar, en estas XXXVI^a Jornadas, *Las reformas constitucionales 2005. Un año después*.

Quisiera abordar la reforma constitucional incorporada a la Carta Fundamental, en virtud de la Ley N° 20.050¹, el 26 de agosto de 2005, que me parece de enorme significado y no menores consecuencias –junto a la que modificó el Tribunal Constitucional–, contenida en el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental², en virtud de la cual “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 dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

* El autor es Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional de esa Universidad y de la Universidad de Chile y Universidad de los Andes.

¹ Publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

² Este trabajo tuvo su origen en la conferencia dictada, el 11 de septiembre de 2006, sobre el principio de publicidad y las causales de reserva en la VI^a versión del *Seminario sobre Temas Constitucionales de Actualidad*, organizado por el Programa de Magíster en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile; y luego se profundizó, sobre todo en relación con los dictámenes pronunciados por la Contraloría General de la República en la materia y con la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la clase dictada en la Academia de Guerra del Ejército de Chile, el lunes 16 de octubre de 2006, en el Diplomado en Derecho Administrativo Militar.

II. Significado de la nueva disposición

Origen

La nueva disposición tiene antecedentes recientes en nuestro país, aunque a nivel legal:

“En la misma sesión de 11 de mayo pasado, intervino el abogado señor Miguel Ángel Fernández González, quien inició su exposición señalando que este proyecto de ley (sobre Acceso a Información Pública) se inserta en el proceso originado a instancias de la Comisión de Ética Pública formada durante el gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle, en 1994, la cual propuso, entre otras medidas, legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información en poder de la Administración Pública.

Desde luego, advirtió que el tema del acceso a la información constituye una cuestión de ética, o sea, incide en la manera correcta o adecuada como han de conducirse los funcionarios públicos de frente a la ciudadanía.

Como consecuencia de aquella proposición se dictó, en 1999, la Ley de Probidad, que se inserta en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, incorporando los principios de transparencia y publicidad y un procedimiento judicial tendiente a hacer efectivo el acceso a las informaciones que se encuentren en poder de la Administración.

Tras cinco años de vigencia y aplicación de esa normativa, la experiencia breve pero significativa que se ha acumulado, permite formularle perfeccionamientos y correcciones. En este contexto, estima que se inserta el proyecto de ley en análisis, el cual puede ser todavía, en los trámites posteriores, mejorado.

(...)

Agregó que partiendo de la base que de lo que se trata, por el legislador, es asegurar el principio de transparencia y publicidad de los actos estatales, resulta menester coincidir con quienes sostienen que el tema de fondo para el cual cabe buscar fórmulas legislativas que contribuyan a superarlo estriba en la cultura del secreto en que han sido formados y se desenvuelven, actualmente, los órganos del Estado y los funcionarios que en él se desempeñan (...)³.

Concepto

He explicado que el principio de publicidad no se encuentra definido en la Constitución ni en la ley, por lo que, para desentrañar su contenido, debe acudirse al sentido

³ *Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización* recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre Acceso a Información Pública, contenido en el *Boletín N° 3.773 - 06*, evacuado el 16 de mayo de 2005, pp. 23 - 24.

natural y obvio de las palabras⁴, al tenor del cual *publicidad* quiere decir “calidad o estado de público”⁵ y *público* significa “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”⁶.

Con ello, se persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos, vale decir, que cualquier persona pueda acceder a dicha información a raíz de que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con transparencia, la cual *permite y promueve* que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos⁷.

De manera que con la nueva norma, se eleva a rango constitucional el principio de publicidad⁸, ya contemplado en la Ley N° 18.575⁹, pero extendiéndolo ahora a *todos los órganos estatales* y no sólo, como en esa ley, respecto de los entes integrantes de la Administración Pública.

Sujetos obligados

Se encuentra aquí, como acaba de enunciarse, una de las innovaciones relevantes de la reforma constitucional, ya que mientras en la Ley N° 18.575, los sujetos obligados por el principio de publicidad eran sólo los órganos integrantes de la Administración Pública, ahora se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de la Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos.

Por ello, si bien se había resuelto acertadamente que el Banco Central no podía ser sometido a las obligaciones derivadas de aquel principio, según se lee en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 6.016 - 2003, el 26 de septiembre de 2003, atendido su carácter de órgano constitucionalmente

⁴ Artículo 20° del Código Civil.

⁵ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 1.259.

⁶ Id.

⁷ Indudablemente no es casualidad y, al contrario, la vinculación es casi inmediata con lo preceptuado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, donde se impone a los órganos del Estado el deber de respetar y también el de promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Véase Miguel Ángel Fernández González: “La Reforma al Artículo 5° de la Constitución” en *XVI Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1989, pp. 809 - 825.

⁸ Fernández González, Miguel Ángel, “El principio de publicidad administrativa”, contenido en Rolando Pantoja Bauzá (coordinador), *La Administración del Estado en Chile*, Santiago, Ed. Conosur, noviembre 2000, pp. 729 - 776; y, del mismo autor, “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”, reproducido en Felipe González (Editor), *Cuadernos de Análisis Jurídicos* N° 14, Santiago, Universidad Diego Portales, noviembre de 2002, pp. 187 - 199.

⁹ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001, y sus reformas.

autónomo, hoy aquella decisión ya no sería posible, pues pugnaría frontalmente con la Carta Fundamental.

No está demás añadir, en este sentido, que el artículo 13 inciso 4° de la Ley N° 18.575, extendía la publicidad *a los informes y antecedentes de las empresas* que prestan servicios de utilidad pública o de aquellas a las que se refiere el artículo 37 de la Ley N° 18.046, o sea, las sociedades anónimas en que el Estado es titular de acciones que le permiten nombrar uno o más directores y también a las empresas públicas que se encuentren sometidas a la legislación aplicable a aquella especie de sociedades.

Desde luego, cabe advertir que estas últimas son, conforme al artículo 8° inciso 2°, órganos del Estado y, por ende, quedan alcanzadas por el principio de publicidad, de acuerdo con lo dispuesto ahora por la Carta Fundamental.

Empero, la incorporación en aquel precepto legal de personas jurídicas de Derecho Privado, como son las empresas que prestan servicios de utilidad pública, aunque la publicidad sólo alcance a la información que ellas proporcionen a los entes públicos que las fiscalizan; y siempre que se trate de información que sea de interés público, cuya difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y en tanto no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la información solicitada, la consideré siempre inconstitucional y, hoy por ende, derogada por el artículo 8° que sólo exige la publicidad de los órganos del Estado a pesar de lo que han señalado, antes de la reforma, tanto la Contraloría General de la República como los Tribunales:

“En este contexto, las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes en una licitación no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta y, como tales, son documentos que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos, en conformidad a lo señalado en los artículos 13 de la Ley N° 18.575 y 16 de la Ley N° 19.880.

Sin embargo, de acuerdo a la regulación citada, los interesados pueden tener acceso a esos instrumentos una vez que se haya dictado el acto administrativo que complementan, esto es, en el caso que interesa, una vez que la Administración del Estado haya adjudicado la licitación respectiva (...)”¹⁰.

A su turno, en *Moral con Superintendencia de Electricidad y Combustible*, nuestros tribunales han resuelto:

“Que, finalmente, también debe ser desestimado el argumento del apelante Gas Andes de no ser su representada un servicio de utilidad pública, puesto que su actividad como empresa privada no es la de prestación de un servicio de esas características, ya que como se desprende del respectivo decreto de concesión, *está demostrado su carácter de concesionario de un servicio público* de transporte de gas y la consecuencia legal de

¹⁰ Dictamen N° 2.420 / 2004.

ello sería que no le es aplicable a la documentación de que se trata el actual texto del artículo 13 de la Ley N° 18.575. Agrega que Gas Andes es una empresa privada que no proporciona a los usuarios un servicio de utilidad pública, en atención a que sólo son prestadores de un servicio de esas características las empresas que llegan con el producto al usuario final; lo que no acontece respecto su representada. Pero, esta división de funciones entre operar, transportar y distribuir un elemento de combustión vital para el desarrollo de la economía, en general, y de los consumidores, en particular, no priva a la aludida empresa de *la función esencial que tiene, cual es la prestar un servicio de utilidad pública*. Para ello, sólo es necesario pensar cómo se podría producir la distribución de gas natural si no existiera el transporte de dicho elemento, por lo que, en concepto de esta Corte, *el carácter de utilidad pública de una empresa está dado por la totalidad de las etapas necesarias para la realización de su función propia y no por cada una de las partes que la componen*¹¹.

Excepcionalidad del secreto o reserva

El principio de publicidad constituye, conforme a lo preceptuado en la nueva norma constitucional, la regla general. Empero, menester resulta reconocer que dicho principio no es absoluto, sino que admite excepciones, puesto que “una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la información amplia pero no ilimitada, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia”¹².

Por ende, la declaración de que un determinado acto público, sus fundamentos, los documentos soportantes o el procedimiento conforme al cual se ha adoptado, tenga

¹¹ Considerando 7° de la sentencia, firme, pronunciada el 15 de octubre de 2003 por la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 585-2003.

¹² Cea Egaña, José Luis: “Vida Pública, Vida Privada y Derecho a la Información: Acerca del Secreto y su Reverso”, publicado en III *Revista de Derecho*, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1992, pp. 21 - 22.

El mismo autor se encarga de precisar que:

“Jurídicamente, el secreto y la reserva son términos que difieren por la mayor jerarquía de los valores protegidos por el primero, resultando de ello una pena más severa para quien infrinja el secreto y también un plazo de protección más prolongado (...)”. (p. 14).

Al respecto, el Decreto Supremo N° 291, que Establece Normas para la Elaboración de Documentos Oficiales, publicado en el Diario Oficial el 26 de abril de 1973, señala, en su artículo 1°:

“Los documentos u oficios se clasificarán en Secretos, Reservados u Ordinarios.

Los de carácter Secreto serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las cuales vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución.

Los de carácter Reservado serán los que traten de materias que, atendida su naturaleza, deban ser conocidas únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que sean remitidos.

Los de carácter Ordinario serán aquellos que puedan ser de dominio público y abarcarán la correspondencia no comprendida en los dos primeros números”.

carácter confidencial, constituye la excepción a un principio que se erige en fundamento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Causales

El artículo 8° inciso 2° de la Constitución ha ido más allá, pues no sólo se ha encargado de admitir la posibilidad excepcional del secreto, disponiendo que sea declarado por ley de quórum calificado, sino que, además, se ha preocupado de establecer las únicas causales por las que esa ley —u otra de quórum superior— puede declarar la confidencialidad de los actos estatales.

En efecto, la ley puede efectuar tal declaración cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo; cuando se puedan ver afectados los derechos de las personas; cuando de la publicidad pueda seguirse lesión a la seguridad de la Nación; o, en fin, cuando ella acarree vulneración del interés nacional¹³.

Significado

Revisando, someramente, las causales que, taxativamente, admite la Carta Fundamental para que el legislador declare casos de secreto o reserva, se señala, en el precepto constitucional, primeramente, que ello es susceptible de ocurrir cuando la publicidad pueda afectar el debido cumplimiento de las funciones por el órgano respectivo, es decir, cuando la difusión o conocimiento por el solicitante evite, total o parcialmente, o embarace el adecuado ejercicio de las tareas que corresponde desempeñar a ese órgano, las cuales se encuentran determinadas por el haz de competencia definido en la Constitución o la ley, conforme al artículo 7° inciso 2° de la Carta Fundamental.

De lo recién expuesto se sigue, necesariamente, que, cuando la autoridad requerida funde su negativa en esta causal, al menos, tiene que incluir la mención de las atribuciones *precisas* que la revelación de la información le impediría o entorpecería cumplir debidamente, habida consideración del respeto a los demás principios que rigen las actuaciones estatales, pues como ha indicado la Contraloría General de la República, “el principio de transparencia debe armonizarse con la obligación de estos organismos (los que integran la Administración del Estado) de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente y con los principios de eficiencia y eficacia consagrados en los artículos 3° y 5° de la citada ley (N° 18.575)”¹⁴.

Sin embargo e insisto, de no indicarse, con precisión, en qué consiste o cómo se produce la afectación del desempeño de las funciones por el órgano requerido, se vuelve impenetrable para los ciudadanos atacar judicialmente esa decisión.

¹³ *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 7ª, celebrada el martes 14 de abril de 1998, publicada por El Mercurio de Santiago el 24 de abril de 1998, p. 7.

¹⁴ Dictamen N° 42.119 / 2002.

En segundo lugar, el legislador reforzado queda habilitado para establecer casos de secreto o reserva cuando, con la publicidad, se puedan ver afectados derechos de terceros. Adviértase que el artículo 8° no especifica de qué derechos se trata, pero es indudable que, entre ellos, se encuentran necesariamente los de jerarquía constitucional, así como los contemplados en tratados internacionales vigentes en nuestro país.

En este sentido, útil es consignar lo resuelto por la Contraloría General de la República, específicamente en el ámbito disciplinario:

“La resolución que afina un proceso disciplinario -incluidos aquellos instruidos por la Contraloría General en los servicios sometidos a su fiscalización-, constituye un acto administrativo en los términos en que lo previene el artículo 11 bis (hoy, artículo 13) de la Ley de Bases, por lo que dicha resolución y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, se encuentran sometidos al principio de publicidad consagrado en dicha norma.

De igual forma, los informes definitivos de fiscalización que emite la Contraloría General también constituyen actos administrativos, por lo que también son públicos y su entrega sólo puede ser denegada por las causales previstas en el inciso undécimo del artículo 11 bis, antes aludido”¹⁵.

Sin embargo, debe aclararse la situación distinta que impera, a juicio del mismo Organismo de Control, cuando el asunto se encuentra en etapa de sumario:

“Sobre la materia, es del caso señalar nuevamente, que si bien de acuerdo al artículo 13, inciso segundo de la Ley N° 18.575, la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas en su ejercicio, tal norma debe interpretarse armónicamente con los artículos 131 de la Ley N° 18.834¹⁶ y 135 de la Ley N° 18.883¹⁷, conforme a los cuales el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en que dejará de serlo para el inculpado y el abogado que asuma su defensa, por lo que los sumarios son secretos en la etapa indagatoria y en el lapso que media entre la formulación de cargos y la fecha en que el proceso queda concluido, en que sólo pueden ser conocidos por las personas indicadas, en tanto que, afinados, están sometidos al principio de publicidad¹⁸.

¹⁵ Dictamen N° 42.779 / 2000.

¹⁶ Se refiere hoy, al artículo 137 inciso 2° del *Decreto con Fuerza de Ley N° 29*, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del *Estatuto Administrativo*, publicado en el Diario Oficial el 16 de marzo de 2005, al tenor del cual “el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”.

¹⁷ Trátase de la ley que contiene el *Estatuto administrativo para funcionarios municipales*, publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1989 y sus reformas, cuyo artículo 135 inciso 2° es idéntico al que se ha transcrito en la nota precedente.

¹⁸ Debe considerarse, en este mismo sentido, lo dispuesto por el artículo 135 de la *Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República*, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el *Decreto Supremo N° 2.421*, de 1964, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 10 de julio

En este contexto, el secreto del proceso sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, dado que las conclusiones a que se llegue en dicho proceso sólo quedan a firme una vez que éste quede totalmente tramitado. Lo contrario, significa aceptar la pertinencia de un prejuzgamiento, cuando aún penden instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además, podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una medida disciplinaria propuesta que no llegue a imponerse, al ser sobreseído o absuelto el funcionario, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde al artículo 19°, N°s 2°, 3° y 4° de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, conforme al artículo 135 de la Ley N° 18.883, el sumario deja de ser secreto después de la formulación de cargos, pero sólo respecto del inculpado y su abogado, de modo que los funcionarios que, pese a ese mandato expreso, dan a conocer los antecedentes sumariales a terceros, transgreden la normativa vigente y contravienen sus deberes laborales, debiendo ser investigados y sancionados disciplinariamente¹⁹.

Por último, se prohíbe revelar los actos estatales, sus antecedentes y el procedimiento seguido para su dictación cuando, con ello, pudieran afectarse la seguridad de la Nación o el interés nacional. Trátase de dos expresiones jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, habrá de ser definido, caso a caso, por los Tribunales de Justicia.

Legitimación activa

Se ha planteado el clásico tema, en el ámbito procesal, en cuanto a si el solicitante de la información debe poseer interés actual en ella, no obstante que la Contraloría General de la República había resuelto que “la Administración activa se encuentra obligada a entregar copia de un documento a un particular que lo requiera, con tal que no se refiera a asuntos de carácter reservado y que la información allí contenida afecte directamente al particular o se vincule con situaciones fácticas concretas en que corresponda intervenir²⁰”.

El asunto se discutió en *Moral con Superintendencia de Electricidad y Combustible*, resolviéndose de manera diametralmente distinta a la antes referida:

de 1964, dispone, en su inciso 2°, que “los sumarios instruidos por la Contraloría serán secretos y el funcionario que dé informaciones sobre ellos será sancionado hasta con la destrucción”.

¹⁹ Dictamen N° 14.807 / 2004.

²⁰ Dictamen N° 35.259 / 2000.

“Que, en cuanto al interés que GasAndes exige a la recurrente de amparo, cabe señalar que *la ley no conmina al peticionario de dicho derecho a demostrar aquél ni en sede administrativa ni ante el órgano jurisdiccional*, resultando suficiente para este tribunal la calidad invocada por la señora Claudia Andrea Moral Puig, ya por lo antes dicho en el fundamento décimotercero de este fallo –esto es, como ciudadana interesada en saber acerca de la actividad de la prestadora de un servicio público concedido por decisión de autoridad administrativa- ya por su calidad de dueña de un predio afectado por una servidumbre establecida a favor de GasAndes, en razón de haberse dictado a favor de ésta, decreto de concesión de gasoducto”²¹.

La tesis recién expuesta ha sido permanentemente seguida por nuestros Tribunales Superiores, en atención a que se ha considerado que el acceso a información pública se realiza en “el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad”²². Ello, en buenos términos, porque “se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración (hoy, todos los órganos del Estado) de principios del siglo XXI: No sólo debe servir, sino que debe demostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático, con un funcionamiento transparente que la transforme en una verdadera casa de cristal”²³.

En la misma perspectiva acaba de pronunciarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”²⁴.

No parece, en consecuencia, susceptible de ser admitida la distinción que, en algún pronunciamiento, ha efectuado la Contraloría General de la República, en cuanto a que:

“El legislador ha distinguido entre el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por una parte, y el acceso a los actos administrativos terminales, por otra.

El derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento, se confiere sólo a quienes tengan la condición de ‘interesados’

²¹ Considerando 17° de la sentencia pronunciada por el 25° Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol N° 2755-2002, el 19 de noviembre de 2002.

²² Considerando 8° de la sentencia pronunciada el 15 de octubre de 2003, por la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 585-2003.

²³ Barra Gallardo, Nancy, *Probidad administrativa*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2004, p. 114. Léase, asimismo, Astorquiza Altaner, Gastón, “Legislación, control y cultura de probidad”, en la revista de la Asociación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República, *Derecho Público Contemporáneo*, Año 4 N° 8, octubre / noviembre de 2004, pp. 9 – 27; así como los artículos publicados en la revista *Agrupación de Abogados* del mismo Órgano de Control, edición especial, noviembre 2000 / enero 2001.

²⁴ Considerando 93° de la sentencia pronunciada el 19 de septiembre de 2006, en el caso Claude Reyes y Otros vs. Chile.

(artículos 17 a) y 21 de la ley N° 19.880), y comporta la facultad de obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente administrativo respectivo.

Por su parte, cualquier persona puede acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, salvo en los casos señalados en el artículo 13 de la ley N° 19.880²⁵.

Prueba de la causal

Por último, en relación con las causales de secreto o reserva, no hay duda que quien debe acreditar que su decisión, en orden a no revelar la información, se encuadra en la causal que se invoque, es la autoridad requerida, como se señaló en *Claude con CONAF*:

“(..). Asimismo, no ha logrado Conaf acreditar que la divulgación de la información requerida, latamente descrita en el motivo tercero de esta resolución, afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceros, en los términos que describe el artículo 11 de la Ley N°18.575, en su inciso undécimo”²⁶.

III. Reserva de Ley

El artículo 8° inciso 2° ha consagrado una reserva de ley reforzada y, por ende, susceptible de ser calificada como absoluta, para declarar casos de secreto o reserva, derogando así la autorización –hasta el 26 de agosto de 2005, inconstitucional- que el artículo 13 de la Ley N° 18.575 había conferido al reglamento en esta materia.

Casos de ley orgánica constitucional

Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario advertir que, por disposición de otros preceptos constitucionales, existen también casos en que la confidencialidad es materia de ley orgánica constitucional.

Así ocurre, por ejemplo, tratándose del secreto o reserva que puede recaer sobre actos emanados de la Administración del Estado, sus fundamentos y los procedimientos de los cuales son su resultado, ya que el artículo 38 inciso 1° de la Carta Fundamental dispone que, es materia de aquella especie de leyes, cuanto diga relación con la organización básica de la Administración, uno de cuyos pilares es el principio de publicidad.

En ese sentido ha obrado, sin ir más lejos, el artículo 3° de la Ley N° 18.575, en el cual se contemplan los principios que configuran la organización básica de la Administración, entre los cuales está el de publicidad. Por ello, las excepciones que puedan

²⁵ Dictamen N° 55.331 / 2004.

²⁶ Considerando 7° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 11 de diciembre de 2001, en causa Rol N° 5.226 – 2001.

establecerse a esos principios deben ser también aprobadas, modificadas o derogadas por las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio.

Cuanto acaba de señalarse debe ser aplicado también al artículo 8 de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, debiendo entenderse, sin embargo, tanto en nexa con esta norma legal como con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 18.575, que:

- Queda derogada por la Constitución, la remisión, contemplada en aquellos preceptos legales, para que el secreto o reserva sea declarado por vía reglamentaria; y
- Dos de las causales allí establecidas, consistentes en que se puede declarar la confidencialidad cuando la publicidad afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas o cuando un tercero se oponga a la difusión, deben subsumirse y entenderse como especificaciones de la única causal constitucionalmente admitida en esta materia, relativa a que se afecten derechos de terceros, ya que esta disposición goza de mayor amplitud que aquellas dos.

En consecuencia, la confidencialidad de los actos estatales sólo puede ser declarada por la Constitución o por la ley. Esta última, por regla general, es de quórum calificado, pero puede ser también orgánica constitucional, conforme a la Carta Fundamental.

Leyes anteriores a la reforma

En relación con el quórum necesario para aprobar casos de secreto o reserva, el legislador, antes de la reforma constitucional que incorporó el principio de publicidad, no requería mayoría parlamentaria especial, por lo que aquellas disposiciones legislativas no fueron aprobadas, en su momento, con quórum calificado.

Sin embargo, esos preceptos no resultan derogados, por el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental, de acuerdo a la regla de excepción –que se mantiene vigente tras la reforma– contemplada en la cuarta disposición transitoria, pues ésta no rige sólo para las leyes anteriores a 1981, como podría pensarse, dado que ella proviene del texto original de la Constitución, sino que alcanza a cualesquiera otras leyes que se hayan dictado antes del 26 de agosto de 2005, dado que el poder constituyente de reforma no la derogó en el proceso de racionalización que efectuó de las normas transitorias, en virtud del cual eliminó aquellas que ya habían surtido efecto. De lo expuesto, tiene que colegirse que las leyes, anteriores a esta última fecha, que contemplen casos de secreto, se entienden hoy de quórum calificado, como ocurre con los preceptos pertinentes del Código Procesal Penal²⁷.

²⁷ Sobre el particular, léase Fernández González, Miguel Ángel, “Reserva de identidad de los imputados”, publicado en Ministerio Público, *Informes en Derecho*, Santiago, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, 2005, pp. 75 – 123.

IV. Impacto sobre disposiciones reglamentarias

Se ha explicado que la confidencialidad es una materia de reserva legal, incluso con cualidad reforzada de quórum calificado y que esa ley debe ser, en ciertos casos, aprobada con quórum orgánico constitucional, de acuerdo al artículo 66 inciso 2° de la Carta Fundamental. Se ha agregado, por otra parte, que se trata de una reserva legal fuerte, tanto por el quórum reforzado cuanto porque, por esa vía, se regulan o, más aún, se limitan el ejercicio y defensa de los derechos fundamentales, a la par que se restringe el control social que corresponde a cada ciudadano respecto de sus autoridades.

En consecuencia, ha quedado derogada toda disposición que autorizara o, derechamente, que declarara la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas²⁸, pues ya antes de la reforma constitucional era contraria a la Carta Fundamental la remisión que se hacía, por ejemplo en el artículo 13, incisos 11° y 12°, de la Ley N° 18.575, a la potestad reglamentaria, tal y como, en esa misma parte, lo era el artículo 8° de la Ley N° 19.640.

Tal y como sostuve en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, a propósito del proyecto de ley sobre Acceso a Información Pública:

“Consistente con lo anterior, (...) queda en evidencia la total improcedencia de declarar por la vía reglamentaria causales de excepción o, aun, tipos o especies de documentos que tendrán el carácter de confidenciales, pues ello sólo puede hacerse por ley”²⁹.

Coincidiendo con lo que se viene explicando, el 5 de enero de 2006 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 134, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en virtud del cual se derogó el DS. N° 26 de 2001 que contenía el *Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado*.

El decreto derogatorio señala, precisamente entre sus considerandos, que el nuevo artículo 8° de la Constitución “establece que sólo en virtud de las causales que autoriza y mediante ley de quórum calificado, se podrá establecer el secreto o reserva”; y añade “transformado en contrario a la norma constitucional, no pudiendo, por tanto, subsistir en el ordenamiento jurídico”.

Finalmente, así lo ha entendido la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado:

²⁸ Tal fue el caso del *Decreto Supremo N° 26*, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 7 de mayo de 2001, hoy derogado; y la serie de decenas de resoluciones administrativas que han declarado documentos emanados de órganos de la Administración Pública como secretos o reservados. Sobre esto último, véase <http://www.proacceso.cl/documentos.html>, la cual ha sido consultada por el autor el 22 de agosto de 2005.

²⁹ Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización citado en *supra* nota 3, pp. 25 - 26.

“Como el legislador aún no ha dictado tales leyes de quórum calificado, corresponde concluir que la publicidad de los actos de los órganos del Estado se aplica hoy día en plenitud. Con todo, un punto hace excepción a la afirmación precedente y es el contenido de la disposición Cuarta Transitoria de la Constitución (...).

(...)

Ante el claro tenor del artículo 8° aprobado en la ley N° 20.050, debe concluirse, desde luego, que toda excepción al principio de publicidad consagrado en regulaciones de índole reglamentaria ha quedado de inmediato derogada.

(...)

Por lo tanto, las consideraciones precedentes conducen a concluir que la referencia a las “leyes actualmente en vigor”, que hace la disposición Cuarta Transitoria de la Constitución, solo puede referirse como hecha a normas jurídicas que tienen el carácter de leyes y no a disposiciones meramente reglamentarias, aun cuando algunas de esas disposiciones, hipotéticamente, pudieran tener algún contenido de ley, por las materias que tratan.

Siendo así, no es dable sostener que, frente al carácter categórico del precepto del artículo 8°, inciso segundo, las disposiciones de los artículos 23, N° 5°, 68 y 159 del Reglamento del Senado puedan entenderse vigentes (...)”³⁰.

V. Aplicación de la nueva disposición constitucional

El reconocimiento expreso del principio de publicidad en la Carta Fundamental, entre las Bases de la Institucionalidad, conduce a preguntarse acerca de la eficacia de dicha norma cuando un órgano del Estado mantenga el secreto o reserva de un acto.

Frente a esa decisión y para examinar su juridicidad es de singular importancia resolver ¿cómo será posible acceder a dicho acto, a sus fundamentos y al procedimiento del cual es consecuencia, dándole sentido práctico a la norma constitucional?

Aproximación

En esta perspectiva, demás está recordar que no existen las disposiciones programáticas en una Constitución –como la nuestra- que goza de fuerza normativa, al tenor de lo preceptuado en su artículo 6° inciso 2°, salvo que la misma Carta Fundamental declare -lo que *no* ocurre en el artículo 8°- que deba esperarse la dictación de una ley para dar eficacia a su preceptiva, v.gr., en su artículo 121, aunque ello siempre que el

³⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, evacuado a solicitud del señor Presidente del Senado para que la Comisión informe sobre los efectos que produciría en el Reglamento de la Corporación la aplicación de las normas contenidas en el artículo 8° de la Constitución, pronunciado el 12 de octubre de 2005, contenido en el *Boletín S 830 – 10*, pp. 2, 4, 5 - 6 y 7.

legislador obre dentro de un plazo razonable, pues, de lo contrario, habrá de declararse la inconstitucionalidad por omisión y procederse, por el tribunal competente, a dar ejecución práctica a la norma constitucional³¹.

Por ende y sin desconocer que a disposición de las personas se encuentra el arsenal completo de garantías, acciones y recursos para dar eficacia concreta al artículo 8° inciso 2° de la Constitución y acceder, en definitiva y siempre, a la información que emana de los órganos estatales, es menester destacar que, hallándose en juego el ejercicio de derechos fundamentales, los recursos de protección, amparo y amparo económico son vías idóneas para lograr acceso a actos que, de acuerdo con la Constitución, sean públicos, así como a sus fundamentos y a los procedimientos que los han generado. Asimismo y para el caso de la Administración del Estado, puede acudir al procedimiento contemplado en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 18.575.

En fin y sin perjuicio de las disposiciones que, al efecto, puedan encontrarse en las respectivas leyes orgánicas de las entidades estatales, que no integran los cuadros de la Administración Pública, puede acudir, con carácter de medida prejudicial y a modo de ejemplo, a lo dispuesto por el artículo 273 inciso 1° N° 3° del Código de Procedimiento Civil.

Sentencia de la Corte Interamericana

De extraordinaria relevancia se vuelve mencionar que el 19 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió, en el caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile* un primer pronunciamiento supranacional respecto del derecho de acceso a información pública.

Dicha sentencia no sólo corrobora aspectos ya sentados por nuestros tribunales en relación con el derecho de acceso a información, v. gr., en cuanto a la legitimación activa y al peso de la prueba, sino que sustenta ese derecho en la Convención Americana, por lo que su vulneración implica, entonces, lesionar también dicho pacto internacional.

Por otra parte y sin desconocer que la decisión referida admite también reparos, como en lo relativo a la amplitud de la información *en poder del Estado* que puede ser accedida por las personas, incluye un acápite infraccional de la mayor relevancia para nuestra jurisprudencia, cuyo alcance se extiende mucho más allá del derecho de acceso, en cuanto a la obligación evidente que pesa sobre los tribunales en orden a fundamentar las sentencias, particularmente tratándose del recurso de protección.

³¹ Fernández González, Miguel Ángel: "La Fuerza Normativa de la Constitución" en *Revista de Derecho Público*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001, p. 79.

Origen de la controversia

Seguando el texto de la sentencia³², consta que el 7 de mayo de 1998 el señor Marcel Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de la Fundación Terram, remitió una comunicación al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante la cual le solicitaba que suministrara cierta información relativa al denominado *Proyecto Río Cóndor*.

Los días 3 de junio y 2 de julio de 1998 el mismo solicitante remitió dos comunicaciones al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante las cuales reiteró su pedido de información, sin que dicha autoridad comunicara una decisión escrita en la cual fundamentara la denegatoria de entregar parte de la información solicitada, pues dio acceso a algunos de los documentos pedidos.

Consta, asimismo, del considerando 57.21 que “la Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras hasta el 2002 ‘mantuvo el criterio de entregar sólo información de la cual era titular’, tenía la práctica de no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de ‘carácter reservado la información referida a terceros, tales como antecedentes comerciales, propiedad intelectual o industrial, tecnología y en general los aspectos particulares del proyecto de inversión que los inversionistas extranjeros pretendían desarrollar, [...] por tratarse de antecedentes de carácter privado, propios del inversionista, que de hacerse públicos podían lesionar sus legítimas expectativas comerciales, sin que existiera fuente legal que permitiera su publicidad”.

Por otra parte, la Corte Interamericana deja constancia que, el 27 de julio de 1998, se recurrió de protección, por los requirientes de la información, sosteniendo que se estaba vulnerando su derecho a la libertad de expresión y de acceso a información en poder del Estado, garantizado por el artículo 19 N° 12° de la Constitución, en relación con su artículo 5° inciso 2° y los artículos 13 inciso 1° de la Convención Americana y 19 inciso 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para que la Corte de Apelaciones ordenara al Comité de Inversiones Extranjeras que respondiera al pedido de información y pusiera a su disposición la documentación requerida.

Sin embargo, aquel arbitrio constitucional fue desechado sosteniendo la Corte que adolecía de manifiesta falta de fundamento, siendo posteriormente rechazado también un recurso de reposición, en contra de aquella resolución, y habiéndose declarado inadmisibles un recurso de queja deducido ante la Corte Suprema.

Vulneración de la libertad de expresión

La Corte Interamericana, en el considerando 65°, señala que ella debe determinar si la falta de entrega de una parte de la información solicitada al Comité de Inversio-

³² Considerandos 57.13, 57.16 y 57.17.

nes Extranjeras en 1998, constituyó o no una violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de acuerdo al artículo 13 de la Convención Americana” a partir del supuesto que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública (*supra* párr. 57.7). Además, dicho pedido de información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras”³³.

Al respecto, se recuerda en el considerando 75° de la sentencia que “la jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...)”, puesto que “(...) de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)”³⁴.

Por ello, al tenor del considerando 77°, “la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada *sin necesidad de acreditar un interés directo* para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla (...)”

Abundando en los fundamentos de aquella interpretación, expone el Tribunal que:

“En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

³³ Considerando 73°.

³⁴ Considerando 76°.

El derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones (...).

En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse 'por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas' (...)

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar 'el respeto a los derechos o a la reputación de los demás' o 'la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas'.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que *toda información* es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.

Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos³⁵.

Quebrantamiento del debido proceso

Por último, la Corte estima que la negativa de entregar la información requerida, ha infringido también las disposiciones de la Convención relativas al debido proceso, dado que:

"En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención.

(...)

³⁵ Considerandos 86° y 88° al 93°.

Al pronunciarse sobre dicho recurso, la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión judicial fue declarar inadmisibile el recurso de protección interpuesto.

En primer término, este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de fundamentación adecuada. La Corte de Apelaciones de Santiago únicamente señaló que adoptaba tal decisión con base en que de 'los hechos descritos [...] y de los antecedentes aparejados al recurso, se desprende que éste adolece de manifiesta falta de fundamento'. Además, la Corte de Apelaciones señaló que tenía presente que 'el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando éste ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales', sin desarrollar ninguna consideración al respecto.

La referida resolución judicial no contiene otra fundamentación que la señalada anteriormente. La Corte de Apelaciones de Santiago no realizó ni la más mínima indicación respecto de las razones por las que se 'desprend[ía]' de los 'hechos' y 'antecedentes' del recurso su 'manifiesta falta de fundamento'. Tampoco realizó una evaluación respecto de si la actuación de la autoridad administrativa, al no entregar una parte de la información solicitada, guardaba relación con alguna de las garantías que pueden ser objeto del recurso de protección, o si procedía algún otro recurso ante los tribunales ordinarios".

VI. Conclusiones

La Constitución contempla, tras la reforma introducida por la Ley N° 20.050, en texto expreso, el principio de publicidad de todos los actos estatales, de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen. Asimismo, reserva a la ley de quórum calificado declarar los casos de secreto o reserva, la cual sólo puede hacerlo en caso de hallarse en alguna de las cuatro situaciones taxativamente contempladas en la norma constitucional. Ello sin perjuicio de que, conforme a otras disposiciones de la Carta Fundamental, dicha declaración deba corresponder a una ley de quórum orgánico constitucional.

Consecuencia de lo anterior, es la derogación de todos los preceptos reglamentarios que en la actualidad declaran la confidencialidad de actos del Estado, así como de las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso, de inferior jerarquía que éstos.

En fin, la aplicación del principio constitucional de publicidad, para que los interesados accedan a los actos estatales, puede hacerse por medio de los recursos que protegen o amparan los derechos constitucionales o mediante las acciones y arbitrios

generales, contemplados en nuestro ordenamiento jurídico, a objeto de darle eficacia a la norma así contenida en las Bases de la Institucionalidad, en virtud del principio de fuerza normativa o aplicación directa que impera en nuestro constitucionalismo, como ha venido ocurriendo, a raíz de la incorporación del principio de publicidad en la Ley N° 18.575, e, incluso recientemente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.