

LA OPACIDAD DEL ADMINISTRADOR Y LA INDULGENCIA JUDICIAL: JURISPRUDENCIA Y PRÁCTICA SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN CHILE*

*Jorge Contesse Singh***

Tras las recomendaciones de la Comisión de Ética Pública, constituida en 1994 con el objeto de avanzar en la regulación de la transparencia y publicidad del actuar estatal, se dictó en Chile, en 1999, una legislación que ha incorporado el derecho de acceder a la información pública en poder de los órganos de la Administración del Estado. Hasta que en el año 2002 se diera a conocer una serie de escándalos de corrupción y malas prácticas administrativas en el Gobierno, estas solían encontrarse casi únicamente en las secciones internacionales de la prensa chilena. Frente a los sucesos que ponían en entredicho las calificaciones de probidad que por varios años han hecho que Chile pretenda una suerte de inmunidad ante las acusaciones de corrupción estatal, el Gobierno, en alianza con la oposición política, elaboró un plan de trabajo por el que se acordó llevar adelante una serie de iniciativas en materia de modernización del Estado, transparencia y promoción del crecimiento económico (denominado “Acuerdo para la Moderni-

* El siguiente trabajo es una versión modificada y actualizada de mi artículo “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno” (publicado en González, Felipe (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 201-233). Lo primero, en tanto no hay, como en el mencionado texto, un intento por ensayar desde un punto de vista teórico una justificación del derecho de acceso a la información autónoma o distinta de la libertad de expresión; y lo segundo, porque reviso nuevas sentencias judiciales pronunciadas y conocidas en los años de vigencia del estatuto legal aquí descrito.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

zación del Estado”). Entre los aspectos que figuran en la ‘agenda de transparencia’, en particular respecto de la institucionalidad y probidad, destaca el fortalecimiento del “derecho de los ciudadanos a la entrega de información por parte de la Administración del Estado”, sobre el que este trabajo versa, según explicaré a continuación.

Un rasgo que caracteriza a la democracia chilena es la baja participación que en general tiene la sociedad civil en los asuntos públicos¹. No existen en Chile mecanismos significativos de fiscalización social de la actividad del Estado, por lo que normalmente son las mismas autoridades las que asumen la iniciativa de controlar el poder de otros, decisiones que suelen estar teñidas de cálculos políticos –como ocurre, por ejemplo, con las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados, que frente a algunas situaciones demoran poco en constituirse, mientras que en otras ocasiones su silencio es evidente ejercicio de no ventilar lo indecoroso.

Se carece así de lo que algunos llaman “*accountability social*”², esto es, medios a través de los cuales hacer que las autoridades rindan cuentas, no a otros órganos estatales, sino a los ciudadanos interesados en la conducción de los asuntos públicos. Como señalan Smulovitz y Peruzzotti, uno de los problemas de los sistemas democráticos como el nuestro es que no se puede controlar a los burócratas, sino solo a los políticos³ (por medio del ejercicio del voto, el que tiene, a su turno, problemas intrínsecos como es la facilidad con que se diluye en términos del tiempo que transcurre entre las elecciones y la comisión de faltas por parte de los políticos).

El recurso de protección, acción constitucional chilena para la tutela de algunos derechos fundamentales, es acaso el solo mecanismo que ha tenido impacto en este sentido, constituyén-

¹ Una notable excepción a esto es el trabajo que desde organizaciones no gubernamentales y académicas se realizó en relación con la reforma al sistema de justicia criminal. Véase Valdivieso, Patricio y Vargas, Juan Enrique, “Cambios en el sistema de justicia y sociedad civil en Chile (1990-2002)”, en Justicia y Sociedad Civil: el papel de la sociedad civil en la reforma judicial. Estudios de casos en Argentina, Chile, Perú y Colombia, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, INECIP, Buenos Aires, 2003, pp. 149-244.

² Smulovitz, Catalina y Peruzzotti, Enrique, “Societal accountability in Latin America”, en *Journal of Democracy*, N° 11, The Johns Hopkins University Press, octubre de 2000, pp. 147-158.

³ *Ibíd.*, pp. 150-151.

dose en una forma de control 'vertical' del poder⁴. Con todo, esta acción constitucional presenta serias deficiencias en términos de su eficacia como mecanismo de acceso a la justicia⁵, además de no ser una acción específica dispuesta para dar transparencia al actuar administrativo del Estado y, por esa vía, ejercer control sobre él.

Así es como el derecho de acceso a la información, y, en especial, la acción de amparo por denegación de acceso que existe en el sistema legal chileno, pueden constituirse en una poderosa herramienta de control estatal al servicio de los ciudadanos. La necesidad de que estos cuenten con información sobre la manera como el Estado desarrolla sus actividades es crucial a la hora de llevar a cabo el control del poder, de modo que solo proveyendo acceso a los documentos y antecedentes que obran en dominio estatal, y que sostienen las decisiones que se adoptan, es posible considerar a un régimen como genuinamente comprometido con la erradicación de prácticas de corrupción⁶.

Este trabajo tiene por objeto revisar cuál es la situación del derecho de acceso a la información pública, en los cinco años en que se han conocido casos sobre la materia. Para ello, explicaré, en primer lugar y de manera breve (I), en qué se funda este derecho de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado. Posteriormente, revisaré cómo se configura en el sistema jurídico chileno (II) para, en seguida, analizar la jurisprudencia que ha recaído en estos años sobre el particular (2001-2005). Esta es la sección más larga del trabajo. No hay aquí un análisis prioritario sobre las razones o tendencias que se observan en la Administración del Estado para otorgar (o, como normalmente ocurre, negar) el acceso a la información; el énfasis está puesto, ante todo, en explorar cómo los jueces comprenden los límites, el sentido y el alcance del derecho en estudio. En este apartado, describiré críticamente once casos, los

⁴ O'Donnell, Guillermo, "Horizontal Accountability in New Democracies", en Schedler, Andreas, Diamond, Larry y Plattner, Marc F. (eds.), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Boulder, Colo., 1999, citado en Smulovitz y Peruzzotti, ob. cit., p. 148.

⁵ Véase Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Hechos de 2003, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004, pp. 26-38.

⁶ Rose-Ackerman, Susan, *Corruption and Governance: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 164 y ss.

que dan una completa idea de la forma como el Poder Judicial hace o no lugar a la actividad de control que los ciudadanos llevan adelante. Tras el largo recorrido por los fallos judiciales, daré una breve mirada al entendimiento que del derecho de acceder a la información pública se ha hecho en otros órganos del Estado, particularmente, el Congreso Nacional, actuando como Poder Constituyente y como órgano legislativo, y la Contraloría General de la República, que tiene a su cargo el fiscalizar la legalidad de las actuaciones de la Administración del Estado (IV). Finalmente, plantearé algunas conclusiones (V) para dar paso, a modo de epílogo, a una reflexión sobre el (enorme) impacto que ha tenido la aprobación de las reformas constitucionales de agosto de 2005 sobre la vigencia y práctica de este derecho –a modo de advertencia, valga adelantar que se ha producido la derogación de parte importante de las normas que han fundado la práctica jurisprudencial de estos años. Por esta razón, he querido dejar para el final lo que cronológicamente ha seguido a los pronunciamientos que examino y que da cuenta de la impotencia del Poder Judicial para reparar los vicios en que ha incurrido la Administración del Estado.

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Desde los inicios de lo que podríamos considerar como el proceso de desarrollo de los derechos humanos, la libertad de imprenta y de prensa –hoy, libertad de expresión– ha ocupado un papel protagónico en todas las formulaciones positivas de los derechos⁷. Su conexión automática con el sistema de gobier-

⁷ Así, en 1776, al adoptarse la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, se estipula que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás” (número 12); en términos similares, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala, en su artículo 11, que “[l]a libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre”, sentando, en seguida, el sistema de responsabilidades ulteriores como sanción por los abusos cometidos en el ejercicio de esta libertad. Al enmendarse la Constitución de los Estados Unidos, a través de la inclusión del llamado Bill of Rights (1791), se proscribió expresamente al Congreso la aprobación de leyes que lesionaran la libertad de expresión. Por último, cabe destacar que en la primera manifestación constitucional de Chile (Reglamento de 1812), se importan estos principios comparados –desde luego, con las adecuaciones propias de la realidad nacional de la época–, disponiéndose que “[l]a imprenta gozará de

no democrático y con los principios o ideales que este enarbola explica el importante sitio que ocupa. Se dice que allí donde existe un gobierno comprometido con la discusión pública, con la participación política de sus ciudadanos, un gobierno genuinamente representativo, indefectiblemente ha de haber un amplio espacio para que las ideas, opiniones y críticas de los representados puedan circular y competir, al modo de un libre mercado, según la célebre metáfora del juez Holmes⁸. Un Estado que trata con respeto a sus ciudadanos no puede menos que reconocer y garantizarles este espacio de discusión e intercambio público que supone el derecho a la libertad de expresión, desde que entiende que es el pueblo el que, en definitiva, ha de conducir sus destinos como Nación.

Ahora bien, este progresivo desarrollo del derecho a emitir libremente opiniones, sin autorización ni censura previa, ha erigido naturalmente a la información como un bien jurídico digno de reconocimiento y protección legal. Se comprende que de nada sirve que el Estado reconozca la posibilidad de expresarse libremente desprovisto de una suerte de correlato, el que estaría constituido por la facultad de recibir aquello que otro quiere expresar.

La idea anterior, en cuya virtud la libertad de expresión, como “derecho esencial de la naturaleza humana” –para usar la jerga chilena–, supone tanto el derecho a emitir opiniones sin coacción alguna cuanto el derecho de recibir esas opiniones, tiene consagraciones normativas en diversos instrumentos jurídicos. Así, por ejemplo, la Convención Americana sobre Dere-

una libertad legal; y para que esta no degenera en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país, se prescribirán reglas por el Gobierno y el Senado”.

⁸ En 1919, el juez Oliver Holmes emitió su voto disidente en el caso *Abrams vs. United States* (50 U.S. 616), sosteniendo que “el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la libre competencia del mercado”, afirmación que, como se sabe, ha influido enormemente el desarrollo de la notable jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión. Así, por ejemplo, en *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 967, de 1964), la Corte Suprema de ese país llegó incluso a afirmar que en algunos casos era preferible que se cometieran excesos en el ejercicio de esta libertad antes de ser limitada, a propósito de las críticas a un funcionario público publicadas, como inserción pagada, en el medio de comunicación. En un modo similar razonó la Corte en *Hustler Magazine Inc. vs. Falwell* (485 U.S. 46, 1988), absolviendo al editor de la revista pornográfica *Hustler* –Larry Flynt– del pago de una indemnización pecuniaria por publicar una sátira contra el reverendo Falwell, aduciendo que la sátira era por definición burlesca y unilateral, y constituía, en definitiva, un elemento esencial del lenguaje político.

chos Humanos –también llamada “Pacto de San José de Costa Rica”– y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos disponen que “[e]ste derecho comprende la libertad de buscar, *recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole” (artículo 13.1 y 19.2, respectivamente; las cursivas son mías), idea que se ve plasmada también en numerosas constituciones comparadas⁹.

En este sentido, dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado que cada vez que “se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 [de la Convención] tiene un alcance y un carácter especiales”¹⁰. Así, el derecho a la libertad de expresión, según el organismo internacional, presenta una doble dimensión: por una parte, se constituye como un derecho individual en cuya virtud nadie puede ser “arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento”, y por otra, se configura como un “derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento”¹¹.

Luego, la libertad de expresión presenta una fase colectiva de su ejercicio que implica mirar la situación de este derecho fundamental ya no desde la perspectiva del sujeto emisor –quien es el que eventualmente puede verse impedido de emitir su opinión–, sino del (potencial) sujeto receptor de esa emisión. Así, entonces, podemos ver que el acceso a la información, como derecho, queda configurado como una *dimensión* del derecho a la libertad de expresión. No habría, conforme lo venimos explicando, un derecho autónomo de acceso a la información; se trataría, nada más, de una suerte de (necesaria) prolongación de la libertad de expresión.

⁹ Así, entre muchas, el artículo 14 de la Constitución de la Nación Argentina; el artículo 7º, letra b) de la Constitución Política del Estado de Bolivia; el artículo 5º, IX de la Constitución de la República Federativa de Brasil; el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 2º N° 4 de la Constitución Política del Perú.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/85, sobre la colegiación obligatoria de periodistas. Serie A N° 5, párrafo 30. Anexo A.

¹¹ Ídem.

En un trabajo anterior ensayé una fundamentación diversa a la que tradicionalmente se aduce para este derecho, cual es, el fortalecimiento de la democracia, el derecho de participar que tienen los ciudadanos en los asuntos de interés público y el rol que el acceso a la información, en tanto derecho, juega para la protección de otros derechos fundamentales¹². La tarea que allí emprendiera se justificaba en el intento de dotar al acceso a la información de un carácter (de derecho) autónomo, independiente de la libertad de expresión¹³, y de permitir la posibilidad de que situaciones en las que no son órganos estatales los que se vean involucrados en una solicitud de información, sino particulares, pueda sostenerse un reclamo en base a dicho fundamento (no “democrático”, por así llamarlo). Por razones de espacio y en tanto los casos que revisaré más adelante se refieren a situaciones en las que son órganos del Estado los que rechazan proveer a particulares de información (pública), no reitero aquí las ideas antes presentadas.

Por ahora, parece pertinente considerar, a efectos de lo que se analiza en este trabajo, el marco que el trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha llevado adelante. Así, la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”, aprobada por la Comisión en octubre de 2000¹⁴ da cuenta del vigor que se le ha querido dar al acceso a la información como derecho humano, estableciéndose que “[e]l acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio solo admite limitacio-

¹² Contesse Singh, Jorge, “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, en González, Felipe (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 14, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002 (pp. 201-233), pp. 201-213 y pp. 228-233.

¹³ Así lo entendió, por ejemplo, el ex relator especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de las Naciones Unidas, Abid Hussain, en su Informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos en el 56° período de sesiones, en el año 2000 (E/CN.4/2000/63). En ese documento, señalaba el relator especial que su interés era “reafirmar una vez más que el derecho a buscar, recibir y distribuir información no es solo un corolario de la libertad de expresión, sino un derecho en sí mismo, uno de los que sustentan las sociedades libres y democráticas” (párrafo 42; el destacado es mío).

¹⁴ La Declaración fue elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión del sistema interamericano y aprobada por la Comisión en su 108° período ordinario de sesiones.

nes excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas” (Principio 4).

En el mismo sentido, desde el año 2001, la Relatoría incluye en sus Informes Anuales un capítulo especial dedicado al examen del derecho de acceso a la información, lo que da cuenta del creciente interés y relevancia que el órgano interamericano le asigna a la vigencia y debida protección de este derecho humano¹⁵. Por último, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su 34° período de sesiones (2004), adoptó una nueva Resolución en la que reafirma “que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia” y reitera “que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas”¹⁶.

II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

En esta sección revisaremos cómo está configurado el derecho de acceso a la información en el sistema jurídico chileno, describiendo y analizando su consagración normativa, a nivel constitucional, legal y reglamentario.

La Constitución Política de Chile contempla, como muchas otras, un catálogo de derechos fundamentales (Capítulo III, en particular en el artículo 19) y una serie de valores que informan todo el trazado institucional (Capítulo I). Entre los últimos adquiere relevancia, antes que todo, el precepto que establece que “Chile es una república democrática”, en tanto se dispone allí la base de todo un sistema de responsabilidad institucional del Estado¹⁷. La prescripción que descansa en esta cláusula impo-

¹⁵ Los Informes pueden consultarse en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>

¹⁶ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), Acceso a la Información Pública: fortalecimiento de la democracia, disponible en http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agdoc4360_04corr2.pdf

¹⁷ Contesse Singh, Jorge, “Responsabilidad por la interpretación constitucional”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 11, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 281-293.

ne, como primera cuestión, que los gobernantes se deben al pueblo, y que, consecuentemente, deben rendir cuenta por sus actos¹⁸. El derecho de acceso a la información que comenzamos a revisar es, conceptual y prácticamente, una herramienta que pretende cristalizar la idea de responsabilidad de los actos de la Administración del Estado, según veremos en detalle más adelante. También dentro de las normas generales de la Constitución debe tenerse presente el deber de los órganos de respetar y promover los derechos fundamentales, como es el derecho de acceso a la información. Este planteamiento, a pesar de lo vago que pueda resultar, supone que sobre los funcionarios públicos –cualesquiera que sean– pesa un deber no solo de omisión (respetar los derechos esenciales, vale decir, abstenerse de vulnerarlos), sino, además, una obligación positiva (de promoverlos).

Estas cláusulas generales que contienen mandatos axiológicos –no por ello no vinculantes (ya que el artículo 6° de la Constitución es enfático en señalar que sus normas, todas, *obligan* a los órganos del Estado y a toda persona)– se hacen aún más explícitas en el catálogo de derechos del artículo 19. Allí encontramos, en primer lugar, el derecho de petición a la autoridad que toda persona tiene, para hacer llegar sus planteamientos “en términos respetuosos y convenientes” y, de esta manera, “participar en la vida nacional”, como lo ordena y permite el artículo 1° de la Carta Política. Y, en seguida, en el mismo artículo 19, pero en el numeral 12, se sitúa “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio”, consagrando un sistema de responsabilidades ulteriores en caso de un ejercicio abusivo de esta libertad. Con esta batería de normas constitucionales, sumadas a las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se configuran, primariamente, las bases normativas del derecho de acceso a la información. Al revisar la jurisprudencia, habrá ocasión de detenerse más en detalle sobre cómo interactúan tales normas jurídicas.

Ahora bien, el enunciado que consagra la libertad de información en el artículo 19 numeral 12, como se observa, dista bastante de la formulación que las normas internacionales hacen de este derecho; por lo anterior, una lectura literal de la norma sugeriría que, en verdad, el derecho que la Constitución

¹⁸ Véase, *infra*, notas 50 y 58.

asegura no es más que la libertad de expresión, en un sentido muy estricto (“emitir opinión e informar”), sin incluir el derecho de buscar y recibir la información. ¿Significa lo anterior que estas dimensiones indiscutidas de la libertad de expresión –buscar y recibir la información– no existen en nuestro Derecho? Por cierto que no.

En primer término, si bien la Carta Fundamental no consagra explícitamente estas libertades o facultades inherentes al ejercicio de la libertad de expresión, en virtud de la incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos al orden interno, vía artículo 5° inciso 2°, el “bloque de constitucionalidad” queda configurado o complementado con dichas normas. En efecto, cuando la Carta Política, en el precepto antes citado, señala que la soberanía nacional queda limitada por los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, entendiendo por estos tanto los derechos “garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, lo que quiere decir es que no solo la norma del artículo 19 N° 12 es límite, en cuanto derecho fundamental, al ejercicio de la soberanía, sino, además, el artículo 13 de la Convención Americana, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y así muchos otros¹⁹. Esta es la primera razón que permite explicar el

¹⁹ El inciso 2° del artículo 5° de la Constitución fue introducido en 1989, producto de una profunda reforma que sufrió la Carta con ocasión del advenimiento del nuevo gobierno democrático (1990). Como se sabe, esta norma ha dado motivo a una de las disputas doctrinarias más arduas en el medio chileno: la relativa a precisar cuál es la jerarquía que los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos tienen en el ordenamiento jurídico interno. Frente a esta pregunta, han surgido diversas posiciones, siendo las principales aquella que postula que dichos instrumentos tendrían un rango constitucional (por la naturaleza de sus normas, derechos humanos), y otra, que sostiene que solo tendrían rango legal, ya que, de lo contrario, piensan, se podría llegar al absurdo de modificar la Constitución por una vía no contemplada en ella, cual es, la aprobación de un tratado internacional. Entre estas dos posturas, surge una posición intermedia que sostiene que no son los tratados internacionales los que tienen una cierta jerarquía normativa, sino los derechos que en ellos se consagran, y, así, los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, sin importar si están contenidos en la Constitución o en un instrumento internacional sobre derechos humanos, por el solo hecho de ser tales –derechos inherentes a la especie humana–, constituyen un límite infranqueable al ejercicio de la soberanía, por tanto, son los derechos ahí establecidos los que naturalmente tienen rango constitucional. Un recuento de la bibliografía más importante sobre la materia en Medina, Cecilia, “El derecho internacional de los derechos humanos”, en Medina, C. y Mera, J. (eds.), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales,

sentido amplio que debe dársele a la mezquina norma que contempla la libertad de expresión en Chile.

Por otra parte, avala lo recientemente dicho el fallo del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre un requerimiento presentado por algunos diputados de oposición con motivo de la discusión del proyecto de ley sobre libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo²⁰. Los parlamentarios impugnaban el proyecto de ley por consagrar este, según afirmaban, dos derechos en la legislación que la Carta no consulta, siendo uno de ellos “el derecho a la información”. Argumentaban que respecto de este derecho “no hay un solo precepto constitucional que lo haya establecido, y mal puede, en consecuencia, constituir una exigencia constitucional regular lo que ella jamás dispuso”.

El proyecto citado contemplaba una norma que disponía “el derecho de las personas a estar debidamente informadas sobre las distintas expresiones culturales, sociales o políticas existentes en la sociedad” (artículo 1º, inciso 3º), la cual, en concepto de los requirentes, afectaba diversas garantías constitucionales,

Nº 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 53-84. A estos doce años de disputas doctrinales debe agregarse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional chileno, el que, conociendo de un requerimiento por inconstitucionalidad del Estatuto de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional, ha señalado que “analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmienda la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía” (Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol Nº 346, considerando 74º). Las aseveraciones del Tribunal, sin embargo, confunden las dos dimensiones del problema que tuvo que resolver: parece claro que no es posible –a menos que hubiese una regla expresa– que la Ley Fundamental pudiese reformarse por la aplicación de un instrumento internacional. Sin embargo, la idea de la misma jerarquía sí tiene asidero: lo que las normas sobre derechos humanos contenidas en dichos tratados hacen no es sino complementar las cláusulas constitucionales sobre derechos, de modo que el rango normativo que el tratado –en cuanto instrumento jurídico– tenga es una cuestión ajena a la jerarquía de las normas. Estas son parte de las normas constitucionales, porque ambas se refieren a un mismo objeto: los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en cuanto límites a la actividad del Estado. De lo contrario, ¿qué sentido tiene que Chile suscriba pactos internacionales que mejoran la situación de los derechos fundamentales si ellos no quedan, en cuanto derechos, incorporados al catálogo constitucional, que es el lugar donde están contemplados? Si, como lo estableció el Tribunal Constitucional, los derechos contenidos en ellos tienen simple rango legal, entonces dejan de ser derechos humanos (constitucionales), lo que no significa que las leyes no puedan regular su ejercicio, como de hecho ocurre.

²⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 30 de octubre de 1995, Rol Nº 226.

entre ellas, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad, la libre iniciativa en materia económica, la libertad de expresión y la proscripción de afectar los derechos en su esencia.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, siguiendo una arraigada costumbre de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad echando mano a la denominada “historia fidedigna del establecimiento de la ley” –al igual como ocurrió con el fallo sobre el Estatuto de Roma²¹, y sin considerar valiosos elementos de interpretación formulados a nivel internacional que le servían de justificación, concluye que “si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, este forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales” (considerando 20º). De manera que para el órgano de control, es también claro que el artículo 19 N° 12 de la Constitución tiene un alcance amplio, e incluye el derecho de recibir las informaciones.

Así, es posible sostener que a nivel constitucional, y aun cuando no haya texto expreso, la dimensión colectiva de la libertad de expresión –buscar y recibir información– sí está contemplada en nuestro Derecho. En este mismo sentido, y de acuerdo con la lógica tradicionalmente aceptada –según la cual el *acceso* a la información se funda en las normas que contienen la libertad de buscar información–, debe también considerarse incluido en la disposición constitucional contenida en el artículo 19 numeral 12 el derecho que en este trabajo analizamos.

Ahora bien, a nivel legal, el derecho de acceso a la información sí tiene consagración normativa expresa en nuestro país. En diciembre de 1999, después de varios años de discusión en el Congreso y de las recomendaciones que la Comisión de Ética Pública (constituida por el ex presidente Eduardo Frei) hiciera, entró en vigencia la Ley N° 19.653, conocida como “ley de probidad administrativa”. Se trata de un cuerpo legal que introdujo una serie de modificaciones a diversas leyes, destacando aquella que explicita el procedimiento para ejercer el derecho de acceso a la información en poder del Estado (Administra-

²¹ Analizo críticamente esta cuestión en Contesse Singh, Jorge, “Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, N° 20, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002, pp. 53-93.

dor), fijando, de manera genérica, los casos de secreto y reserva en las actuaciones de la Administración e introduciendo los principios de probidad administrativa, transparencia y publicidad²². Junto con lo anterior, la ley ha contemplado un procedimiento judicial para reclamar por el no cumplimiento de sus normas, el cual ha dado lugar a las decisiones que posteriormente se analizan.

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, “[l]a función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ellas” (inciso 2º) y tanto los actos administrativos como los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial son, como regla general, públicos (inciso 3º), haciéndose extensiva dicha publicidad “a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública” y a las sociedades anónimas en las que la participación que el Estado tenga le permita nombrar uno o más directores, como, asimismo, las empresas del Estado que en virtud de leyes especiales se encuentren sometidas a la legislación aplicable a las sociedades anónimas, “en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma”, de acuerdo con las reglas que más adelante establece (inciso 4º).

La ley prescribe que en los casos en que la información no se encuentre de modo permanente a disposición del público, las personas interesadas tienen el derecho a requerirla, por escrito, al jefe del servicio público respectivo (inciso 5º), agregando que si la información pudiere afectar los derechos o intereses de terceras personas, el jefe requerido debe comunicar tal situa-

²² La ley, que modificó principalmente la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Nº 18.575), existe actualmente como DFL 1/19.653, de 17 de noviembre de 2001 (texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Bases). Además, aquella reformó la Ley Orgánica de Gobierno y Administración Regional (Nº 19.175), la Ley Orgánica de Municipalidades (Nº 18.695), el Estatuto Administrativo (Ley Nº 18.834), el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales (Ley Nº 18.883), la Ley Orgánica del Congreso Nacional (Nº 18.918), el Código Orgánico de Tribunales, la Ley de Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local (Nº 15.231), la Ley de Sociedades Anónimas (Nº 18.046) y la Ley Orgánica del Banco Central (Nº 18.840).

ción a la persona eventualmente afectada, a fin de que esta pueda hacer uso de su derecho de oposición, sin que para ello deba expresar alguna causa (incisos 6° y 7°). La facultad de oponerse a la entrega de información que la ley concede se constituye en un verdadero veto, en tanto el jefe del servicio, recibida la oposición, queda impedido de entregar la información solicitada. Sin embargo, aun cuando la persona no ejerciese su derecho, en un arranque de proteccionismo difícil de explicar, la ley dispone que el jefe del servicio podrá de todas maneras negarse a la entrega de los antecedentes solicitados si estima “fundadamente que la divulgación de la información involucrada afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma” (inciso 8°). La ley establece un plazo de 48 horas para que el jefe del servicio se pronuncie sobre la solicitud de información, sea acogéndola o rechazándola. En este último caso, la denegación de los antecedentes y documentos debe ser fundada y en base a alguna de las causas genéricas dispuestas por la propia ley o, como se verá, por las normas reglamentarias que se dicten al efecto²³.

Los casos generales previstos por la ley para denegar legítimamente el acceso a la información son:

- a) “la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias”;
- b) “el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”;
- c) la oposición de terceros referidos o afectados por la información solicitada;
- d) “el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido”, y

²³ Las normas sobre acceso a la información han sido complementadas por la regulación que la ley sobre procedimientos administrativos (N° 18.880, publicada en el Diario Oficial de 29 de mayo de 2003) ha establecido. Esta nueva normativa, que ha venido a llenar un vacío por mucho tiempo denunciado, dispone el derecho de las personas de conocer el estado de la tramitación de los procedimientos administrativos (artículo 17, letra a), junto con el derecho de acceder a los actos administrativos y sus documentos (artículo 17, letra d). Según veremos en seguida, es importante que esta legislación refuerce el derecho que los administrados tienen a conocer los actos en los que tengan interés.

- e) “el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional” (inciso 11). Finalmente, se precisa que “los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado” serán determinados por uno o más reglamentos (inciso final).

Pues bien, el avance institucional que significa la inclusión expresa al ordenamiento jurídico del derecho de acceder a la información estatal comienza a frenarse, precisamente, en el mismo precepto que lo ha contemplado. Conforme con la primera causal para denegar el acceso a la información, el órgano solicitado puede rechazar la solicitud presentada “en los casos de secreto o reserva”, los cuales pueden ser establecidos por una norma de carácter legal o *reglamentaria*.

Es aquí donde cobra especial relevancia la disposición de la Convención Americana en el sentido de que solo es posible regular los derechos y garantías que allí se establecen –entre los cuales figura el derecho de acceso a la información– por medio de “*leyes* que se dictaren por razones de interés general” (artículo 30; la cursiva es mía), la que tiene su símil en el artículo 19 N° 26 de la Constitución chilena, donde se dispone que los preceptos *legales* que regulen los derechos consagrados en ella no los afectarán en su esencia, ni impondrán condiciones que impidan su libre ejercicio²⁴. Cobra especial relevancia porque, precisamente, la “ley de probidad” autoriza que los casos de secreto y reserva de información puedan ser establecidos por una norma reglamentaria, y no legal, como debe ser de acuerdo con estas cláusulas.

El temor que se tiene frente a las regulaciones por vía administrativa de derechos fundamentales se hace lamentablemente patente en el caso del derecho de acceso a la información. En mayo de 2001 se publica el Decreto Supremo N° 26 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el que, según su artículo 1°, “regula los casos de secreto o reserva aplicables a los

²⁴ Cabe recordar que, en este mismo sentido, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión dispone expresamente que “[e]ste principio [o derecho de acceder a la información en poder del Estado] solo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas” (principio 4; el destacado es mío).

actos administrativos y a los documentos y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”, conforme a las reglas de la “ley de probidad” analizadas²⁵.

A primera vista, pareciera que el Ejecutivo se ha correctamente limitado a cumplir con el mandato impuesto por el inciso final del artículo 13 de la Ley de Bases (o DFL 1/19.653): una o más normas de carácter legal o reglamentario –cual es el caso– regularán los casos de secreto o reserva de los documentos que estén en poder de la Administración. Pero solo a primera vista: es claro cómo el Reglamento en estudio infringe categóricamente su ley fundante y, consecuentemente, la propia Constitución. El deber del Ejecutivo era el de regular “los casos de secreto o reserva de la *documentación y antecedentes*” que estuviesen en poder del Estado, y no, como ocurrió, de normar “el secreto o reserva de los *actos* [administrativos] y documentos”, como lo anuncia el mismo título del Decreto Supremo.

Así, después de reiterar algunas ideas presentes en la Ley de Bases –transparencia en la función pública y publicidad de los actos administrativos, básicamente– el Reglamento comienza a señalar las excepciones a la publicidad anunciada en los artículos previos (párrafo 3º). Es aquí, precisamente, donde comienzan los problemas desde el punto de vista de la juridicidad del acto administrativo.

La primera cuestión, según vimos, es que el Decreto Supremo extiende los casos de secreto y reserva a los propios actos administrativos, sin causa alguna, toda vez que la ley solo autorizaba a regular tales casos para “la *documentación y antecedentes*”, y no para los actos administrativos. En seguida, la norma distingue los casos de “secreto” (aquellos en que los actos o documentos solo son conocidos por las personas a quienes están dirigidos o que intervienen en ellos) y los de “reserva” (en que son conocidos en la unidad del órgano que lo emite). Todos los demás actos y documentos, señala, son públicos.

Posteriormente el Decreto garantiza que “[s]ólo podrán ser declarados como secretos o reservados los actos y documentos cuyo conocimiento o difusión pueda afectar el interés público o privado de los administrados” (artículo 8º), estableciendo, a

²⁵ Decreto Supremo N° 26/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de 7 de mayo de 2001.

continuación, una lista con los criterios que los órganos de la Administración deben utilizar para determinar cuándo se afecta el interés público y cuándo se afecta el interés privado, de manera de denegar legítimamente el derecho de acceso a la información. Este es el mayor problema: pareciera no haber situación que quede fuera de la posibilidad de declararse a su respecto el carácter de secreta o reservada, toda vez que la amplitud de los criterios enumerados es tal, que, en definitiva, el flamante derecho de acceso a la información consagrado en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado –que tenía por objeto revertir la tradición de secreto en el Estado chileno– queda reducido a su mínima expresión²⁶.

Los órganos estatales cuentan con una gama tan amplia de posibilidades para denegar el acceso, no solo a la documentación y antecedentes, sino, además, a los propios actos administrativos, que esta situación solo viene a reafirmar la necesidad de revisar la normativa que la Contraloría General de la República –organismo encargado de ejercer “el control de la legalidad de los actos de la Administración”, conforme lo prescribe el artículo 87 de la Constitución Política– ha dictado para eximir del trámite de toma de razón a ciertos actos²⁷.

²⁶ Entre los criterios señalados en el artículo 8° del decreto supremo, destacan, como posibles de afectar el interés público, los relativos a la defensa y seguridad nacional, política exterior, relaciones internacionales, política monetaria; los relativos al mantenimiento del orden público; aquellos cuya comunicación o conocimiento perjudique el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales o la investigación por los servicios públicos, entre otros. Y entre los que pueden afectar el interés privado, se contemplan los actos “que conlleven o contengan una apreciación de juicio o valor sobre una persona determinada o claramente identificable; aquellos cuya comunicación o conocimiento afecte la vida privada de una persona individualizada o identificable; los expedientes relativos a procedimientos sancionatorios o disciplinarios de cualquier naturaleza” respecto de terceros ajenos a estos, entre otros. Nótese la vaguedad de la regulación del reglamento: actos “relativos” a privacidad, defensa, orden público, etc. La verdad es que, sin mayor esfuerzo, sería posible sostener que un acto o documento es secreto o reservado porque es relativo a la vida privada de una persona o al orden público, invirtiendo la regla de la transparencia que se quiso establecer.

²⁷ La “toma de razón” consiste en la sanción que el órgano hace “de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría” (art. 88 de la Constitución), siempre y cuando estos no se aparten de la ley (en sentido lato). En este caso, vale decir, en el evento que se estime que el acto administrativo es ilegal (o inconstitucional), la Carta Fundamental señala que la Contraloría “representará la ilegalidad de que puedan adolecer [los decretos y resoluciones]”. Sin embargo, el propio organismo contralor ha autolimitado

Si bien debe precisarse que aun queda la posibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia en el evento que el requirente de la información considere que no procede la negación de entrega de esta, no es menos cierto que el éxito de la acción queda erosionado, pues difícilmente el juez se apartará –dada la formación esencialmente exegética de nuestro medio– de lo que está contenido en la norma jurídica para dar lugar a la petición del demandante. Según se verá, los casos que se analizan a continuación confirman plenamente el temor que aquí presento²⁸.

Ahora bien, debe señalarse que el drama no termina aquí. El Reglamento estatuye que los órganos de la Administración del Estado deberán clasificar los actos y documentos como secretos o reservados, de conformidad a los criterios establecidos por las normas analizadas, correspondiéndole al Jefe Superior del Servicio hacer dicha determinación, “mediante resolución fundada” (artículo 9°), los que mantendrán dicho carácter por un plazo de 20 años (artículo 10, letra e). En otras palabras, desde la

su importante labor, apoyándose en el artículo 10, inciso 5° de su ley orgánica (N° 10.336) que le faculta para eximir del trámite de toma de razón a los decretos supremos o resoluciones “que se refieran a otras materias que [la Contraloría] no considere esenciales”. Pues bien, en atención a esta facultad, el órgano estatal ha dictado la Resolución N° 520 de 1996 (“que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón”), invirtiendo la regla constitucional al disponer que, solo excepcionalmente –en los casos previstos por dicha Resolución–, los actos administrativos deberán pasar por dicho trámite. Es dable suponer, entonces, que si esta Resolución no existiera (o, existiendo, tuviese un alcance más restringido) el Contralor General de la República no hubiera prestado su firma para tomar razón del Decreto Supremo N°26/2001 y no tendríamos, consecuentemente, un acto administrativo de semejante ilegalidad regulando el derecho fundamental de acceder a la información (en poder del Estado Administrador).

²⁸ Técnicamente, debe sostenerse que el Decreto Supremo N° 26 adolece de un vicio de nulidad de Derecho público, sanción contemplada en el artículo 7° de la Carta Política chilena, y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales de primera instancia. En efecto, de acuerdo con la Constitución, para que las actuaciones de los órganos del Estado sean válidas es preciso que concurren tres requisitos: a) que los integrantes del órgano estén investidos regularmente de su potestad; b) que actúen dentro de su competencia, y c) que lo hagan “en la forma que prescriba la ley”. Pues bien, desde que “[t]odo acto en contravención a este artículo es nulo”, y, según hemos visto, el decreto incumple el mandato impuesto por la ley, resulta claro que este es nulo, según lo previsto por la Carta Fundamental, por lo que el juez a cuyo conocimiento llegase un reclamo por denegación de acceso a información, estaría obligado a declarar la nulidad del acto estudiado. Sobre la materia, con posiciones contrapuestas, véase Reyes, Jorge, *La nulidad de derecho público*, Ed. Jurídica ConoSur, Santiago, 1998 y Soto, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 1996, pp. 163-244.

consagración normativa que la ley hace, basándose, según mostré, al menos indirectamente en los preceptos constitucionales, se delega en el Administrador la posibilidad de cercenar un derecho fundamental clave para el funcionamiento del sistema democrático, quien, a su turno, ha otorgado carta blanca para que los jefes de los servicios públicos sean los que, en definitiva, determinen el alcance de este derecho.

Así es como en cumplimiento de esta orden de cuestionable juridicidad, se han dictado más de 90 resoluciones administrativas que clasifican los actos y documentos en secretos o reservados, tornándose realidad el fundado temor que anticipáramos más atrás. Los jefes de los servicios públicos –ministerios, diversas reparticiones y hasta municipalidades– han hecho uso de las herramientas que la ley les ha concedido y, con relativa facilidad, han generado un sistema normativo donde reina nuevamente el secreto y la opacidad en el actuar estatal²⁹.

En algunas ocasiones, autoridades de la República han hecho algo de ruido en contra de estas resoluciones administrativas, aunque sin mayor resultado. Con todo, como se verá en la parte IV de este trabajo, se tramita actualmente un proyecto de ley que ha reconocido que la Administración ha convertido en “prácticamente inexistente” el derecho de acceso a la información, a lo que debe agregarse el dictamen de la Contraloría General de la República, de octubre de 2004, que ordena a los servicios públicos reexaminar las resoluciones en que califican de secretos o reservados los actos y documentos administrativos. Con todo, han sido las reformas constitucionales –introduciendo un nuevo artículo 8º– las que han terminado con este sistema. Como se verá al final de este trabajo, sorprende y confirma la tendencia al formalismo de parte del Poder Judicial que haya sido la propia Administración, por empuje de organizaciones ciudadanas y por la ineludible fuerza del nuevo precepto constitucional, quien busque remediar la situación. La deferencia judicial en la materia ha sido demasiado persistente. Sobre esto, como digo, volveré hacia el final de estas páginas.

²⁹ Véase un exhaustivo listado de estas resoluciones en Sánchez, Moisés, “Cronología del Secreto de los Actos y Documentos Públicos: 2001-2004” (en poder del autor). Agradezco muy sinceramente a Moisés Sánchez el proporcionarme esta información.

III. JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Uno de los rasgos que lamentablemente debe decirse del Poder Judicial chileno es que, recobrada la democracia, no se ha caracterizado por tener una fuerte jurisprudencia de protección de los derechos fundamentales³⁰. Como se verá en esta sección, este rasgo parece confirmarse. Las sentencias que a continuación se analizan dan cuenta de una jurisprudencia errática, que suele eludir los problemas más críticos que se han presentado en estos casos, no obstante verificarse algunas importantes excepciones –como el fallo que se revisa a continuación– en que los tribunales han elaborado conceptos por lo general ajenos a la práctica constitucional chilena. Pasemos a revisar once casos que han sido conocidos en los últimos cinco años. El orden que sigo es cronológico.

1) Claude con CONAF

En junio de 2001 se dicta el primer fallo recaído en la acción de amparo consagrada por la nueva legislación analizada más atrás. En esa ocasión, el tribunal de primera instancia obligó a la Corporación Nacional Forestal (CONAF) –una entidad de derecho privado que, no obstante, desarrolla funciones públicas– a entregar a la organización no gubernamental Fundación Terram, ciertos antecedentes que esta le había solicitado, de conformidad con las reglas sobre acceso a la información pública³¹.

³⁰ Véase, al respecto, Informe Anual..., ob. cit. supra nota 5, Capítulo I. En cuanto a la actuación del Poder Judicial durante la dictadura, basta con citar el Informe de la Comisión sobre Prisión Política y Tortura, dado a conocer a fines de noviembre de 2004, para hacer presente una de las omisiones voluntarias más vergonzosas de la Judicatura chilena. Allí se califica la actitud de la Corte Suprema –de no supervigilar los tribunales militares en tiempo de guerra– como una verdadera “abdicación” de sus facultades constitucionales (p. 183), agregando que ella, junto con “ceder el terreno para la acción discrecional de las nuevas autoridades y sus agentes (...) hizo caso omiso de los abusos cometidos contra personas dejadas en total indefensión frente a aquellas arbitrariedades. Y esto, a pesar de que desde el inicio, estas fueron denunciadas con insistencia por los abogados defensores (...)” (ídem).

³¹ La Fundación requería documentos referentes a una investigación que Conaf había instruido, motivada por una denuncia hecha por la propia Fundación Terram, sobre ciertas irregularidades detectadas en planes de manejo e infracciones en las que habrían incurrido ciertas empresas del sur del país.

La sentencia del tribunal, confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Santiago, le da un notable (primer) impulso al derecho en estudio, erigiendo una idea comúnmente ajena al sistema político chileno como es el rol que a los organismos de la sociedad civil les cabe en tanto contralores de la actividad estatal. En su considerando 6° señala, en efecto, que

la labor fiscalizadora de los privados, lejos de representar un obstáculo a la consecución de los fines del Estado o de sus órganos, representa una ayuda, un complemento coadyuvante de notable importancia, lo que se refrenda, precisamente, con la actuación de la actora [Fundación Terram], quien con sus recursos e investigación detectó irregularidades en los planes de manejo desarrollados en cuatro casos (...) ³².

Esta resolución provocó cierto impacto en la opinión pública desde que se trataba de un inédito caso en que un tribunal de justicia se pronunciaba en contra de un órgano que desarrolla funciones públicas, aduciendo directamente normas sobre derechos humanos y refiriéndose a conceptos en general extraños a la labor judicial, como es, según se ha dicho, la idea de control social de los ciudadanos sobre el actuar de las autoridades ³³.

La Corte de Apelaciones, en un escueto fallo, consideró, por una parte, que la CONAF no había acreditado que la divulgación de la información afectase sensiblemente los derechos o intereses de terceros y, por otra,

que la omisión de la Corporación Nacional Forestal de entregar los antecedentes solicitados por la 'Fundación Terram' vulnera el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose

³² Claude Reyes con Director Ejecutivo C.N.F., 29° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 4173-2000, sentencia de doce de junio de 2001 (copia del fallo en poder del autor).

³³ Cierta impacto, en el sentido de que llamó la atención la circunstancia de tratarse de la aplicación de una nueva ley, en que la Justicia se ponía del lado de los ciudadanos y no, como acontece con mayor frecuencia, de parte de los agentes estatales y, por último, teniendo en cuenta que en el contexto chileno un par de editoriales en medios de comunicación escritos califican como (algún grado de) impacto.

de asuntos que tienen como fundamento el interés de la comunidad³⁴.

Las expectativas que se generaron con las sentencias tanto del tribunal de letras, como su posterior confirmación por la Corte de Apelaciones de Santiago, eran altas. En un país con una tradición de secreto y opacidad en la función pública, esta nueva herramienta legal aparecía como una posibilidad cierta para que los sectores interesados de la sociedad civil pudiesen participar en la toma de decisiones públicas y, junto con ello, fiscalizar el actuar estatal, y la respuesta que el Poder Judicial había dado a esta primera acción parecía confirmar esta impresión. La sentencia que revisaremos a continuación, con sus particularidades, se inscribe en la misma línea. Con todo, según se verá en lo sucesivo, este impulso no duraría por mucho tiempo.

2) **Bartucevic con Intendente Regional V Región**

El segundo caso judicial sobre acceso a la información, como se acaba de anotar, presenta cuestiones interesantes toda vez que, al igual que en *Claude con CONAF*, el tribunal recoge las implicaciones democráticas del nuevo derecho establecido, avanzando en consideraciones sustantivas. No obstante ello, la demanda intentada en contra del Intendente Regional de Valparaíso es rechazada, pero ello por cuanto se comprueba que la información requerida, si bien fue entregada fuera del plazo estipulado por la ley, llegó en definitiva a manos del solicitante.

Este, un abogado que había denunciado ante un juzgado del crimen de la ciudad de Viña del Mar y reclamado ante la Contraloría Regional las adulteraciones introducidas a un acuerdo del Concejo Municipal de Concón, requirió, como mandatario judicial, la copia de la resolución administrativa donde constaba la aprobación, por parte del Consejo Regional, del acuerdo municipal. En el momento mismo de la solicitud (verbal) de la información, la Administración se negó a proporcionar los antecedentes solicitados, cuestión que motivó la interposición de la acción de amparo. Sin embargo, al poco tiempo (aunque, como

³⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 5226-2001, sentencia de once de diciembre de 2001, considerando 7° (copia del fallo en poder del autor).

se dijo, fuera del plazo de 48 horas establecido en la ley), los documentos le fueron remitidos.

Por tal razón, el tribunal no hizo lugar a la demanda deducida, no obstante lo cual contribuyó al impulso inicial del derecho de acceso a la información, descartando, en primer lugar, uno de los argumentos esgrimidos por el Intendente en orden a que el abogado recurrente carecía de legitimación activa –vale decir, de habilitación procesal para demandar–, señalando que “el interesado, para adquirir esta condición [de legitimado activo], no necesita ante el órgano administrativo tener que realizar un verdadero acto probatorio del interés requerido”³⁵. Dicho de otra manera, el tribunal sienta que, a objeto de requerir judicialmente información pública de conformidad con las normas estudiadas, basta con tener un interés –por así llamarlo– ciudadano, desechando las exigentes reglas de comparecencia civil, que suelen restringir la posibilidad de intervención de quienes se interesan en un litigio, aun cuando sus efectos puedan recaer indirectamente en ellos.

En seguida, lo más notable de esta decisión es que, rechazando la acción, esto es, pudiendo zanjar el asunto con una simple constatación de no haber más razón para litigar, el tribunal se permite advertir la importancia del derecho en análisis. En efecto, en su considerando 7º, señala que

los órganos de la administración deben consentir, facilitar y otorgar la posibilidad que los ciudadanos que se ven afectados por sus decisiones, accedan al conocimiento de la generación y fundamentos de estas y de los procedimientos conforme a los cuales se han adoptado. Asimismo, [tales órganos] tienen que actuar ejecutando cuanto esté dentro de su competencia para que efectivamente se acceda a dicho conocimiento, por lo que la publicidad se constituye en un principio rector, en virtud del cual los actos de los órganos estatales son públicos y no secretos, ni reservados”.

³⁵ Bartucevic Sánchez con Intendente Regional de la V Región, 7º Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 796-2001, sentencia de quince de junio de 2001, considerando 10º (copia del fallo en poder del autor).

Vale la pena reproducir casi íntegramente el pasaje citado por lo inédito que es este tipo de pronunciamiento en el ámbito judicial chileno. Si esa fuera normalmente la doctrina de los tribunales, no solo los casos sobre acceso a la información, sino muchas otras cuestiones en que están involucrados derechos constitucionales tendrían mejores expectativas. Lo que se debe esperar de la judicatura es, precisamente, fundamentos de sus decisiones, razones justificatorias y no, como suele ocurrir, simples razones explicatorias.

3) **Baquedano Muñoz con Dirección de Relaciones Económicas Internacionales**

El tercer caso que corresponde analizar se inicia con la solicitud de información presentada por un grupo de personas a la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, referente a las negociaciones que, por entonces, estaba llevando y llevaría en el futuro el Gobierno de Chile con el de Estados Unidos, en el marco del Tratado de Libre Comercio (suscrito, finalmente, en 2003 y que entró en vigencia en enero de 2004). Esta decisión, que tampoco fue objeto de apelación, niega la acción intentada, pero, esta vez, por no tener los recurrentes –en concepto del tribunal– derecho a requerir la información que se buscaba al no tratarse de información *pública*.

Los demandantes solicitaban, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia, “[l]a autorización presidencial al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales para iniciar las negociaciones para un tratado de libre comercio con Estados Unidos; los textos conteniendo la posición chilena en las diversas áreas de negociación que la delegación nacional [estaba] utilizando en dicho proceso; el nombre de los responsables en los diversos grupos de negociación, y el cronograma de las negociaciones”³⁶. Además de las normas establecidas en la Ley de Bases, los actores también esgrimían preceptos constitucionales y cláusulas de tratados internacionales a los cuales Chile se ha obligado, todos ellos refe-

³⁶ Baquedano Muñoz y otros con Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, 30° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 3019-2001, sentencia de nueve de agosto de 2001, considerando 3° (copia del fallo en poder del autor).

ridos a la libertad de información y a la libertad de expresión, como fundantes del derecho reclamado.

Cabe detenerse, antes de revisar el razonamiento del tribunal, en algunas de las argumentaciones que el Consejo de Defensa del Estado –organismo que asume la representación judicial del Ministerio demandado– despliega. En opinión del Consejo, “resulta improcedente reclamar por esta vía acerca de los derechos a la libertad de expresión y participación ciudadana contenidos en normas constitucionales y en los tratados suscritos”, ya que, según este, el ámbito legal en que se desenvuelve la controversia se encuentra regido por los artículos de la ley y del Reglamento (por entonces, recientemente publicado). En otras palabras, lo que hay acá es el germen de un argumento que en lo sucesivo será reiterado, a saber, que las normas internacionales y constitucionales, no obstante tener un carácter vinculante para los órganos del Estado, según se explicará, quedan fuera de este tipo de casos, prevaleciendo, en derecho, la regulación legal y reglamentaria (no obstante ir este en contra de la ley y de la Constitución)³⁷.

En seguida, tanto el Consejo de Defensa como la jueza que conoció del litigio adoptan como argumento para denegar el acceso a la información la inexistencia de un acto administrativo. El raciocinio gira en torno a la idea que si no se ha dictado algún decreto que contenga una manifestación final de voluntad, simplemente no existe derecho a pedir algo. Cualquier solicitud de información que quiera hacer un ciudadano, conforme al argumento fiscal (aceptado judicialmente), ha de esperar el momento en que la Administración haya decidido dictar un acto que contenga tal decisión, no obstante la ley no exige ello y, tanto esta como el Reglamento (26/01), permiten acceder al conocimiento de documentos que son complemento “esencial” de un acto, los que evidentemente existen con precedencia al

³⁷ Lo grave es que el tribunal hace lugar a esta absurda pretensión, señalando que “si bien [la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Ley 18.575] hacen referencia a la consagración de la Libertad de Expresión, el Derecho a la Información y el Derecho a Participar, no resultan en modo alguno aplicables a la materia de autos, puesto que las disposiciones legales sobre las cuales debe verificarse el procedimiento especial de amparo solo están contenidas en los artículos 11 bis y 11 ter de la Ley 18.575 (...) y en el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado”. Considerando 5° de la sentencia (énfasis agregado).

mismo. En el sexto caso que se analiza en este trabajo (*Morales*), desarrollo la crítica a este argumento, mientras que en el análisis de la próxima decisión expongo el reproche al argumento expuesto en el párrafo precedente (sobre la no aplicación de las normas constitucionales e internacionales). En el último caso que examino (*González con Gendarmería*) veremos cómo otro tribunal, enfrentado a la misma defensa por parte del órgano requerido de información –de no existir acto administrativo en contra del cual reclamar– sortea el obstáculo, haciendo lugar a la solicitud de información. Cabe ahora dar cuenta de una importante cuestión suscitada en el caso en análisis.

Para denegar la acción deducida, se presenta en este fallo un argumento que, a pesar de la poca diligencia empleada por el tribunal al momento de adoptarlo, tiene asidero. Me refiero a la consideración de que la información solicitada no es pública por tratarse no de un acto *administrativo*, sino de un “acto de gobierno”. De acuerdo con el razonamiento de la jueza, “la decisión de iniciar negociaciones para un Tratado de Libre Comercio es un acto de potestad que emana del solo (*sic*) ejercicio del cargo de Presidente de la República (...), acto que en sí no está sujeto a control jurisdiccional por los Tribunales”³⁸, de modo que los recurrentes no tenían derecho a pedir los antecedentes requeridos. Agrega, a estos efectos, que

el acto de gobierno que motiva la reclamación se ha desarrollado dentro del ámbito de la facultades privativas del Presidente de la República, quien además tiene la atribución constitucional de que, si así lo ameritan las circunstancias, el exigir que las discusiones y deliberaciones sobre estas materias tengan el carácter de secretas; por lo que no resulta reprochable la negativa de los requeridos a entregar la información solicitada (...)³⁹.

En efecto, aun cuando el fallo no cita la norma sobre la cual reposa este argumento, el artículo 32 N° 17 de la Constitución dispone, en su parte final, que “[l]as discusiones y deliberaciones sobre estos objetos [en general, la conducción de las relacio-

³⁸ Considerando 8°.

³⁹ Considerando 9°.

nes internacionales] serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”, por lo que nos encontramos con una regla de carácter constitucional que consagra (eventualmente, “si así lo exigiere”) el secreto de determinadas actuaciones que podrían traducirse en actos formales.

Al respecto, cabe señalar, en primer término, que en la sentencia estudiada no aparecen rastros de que la Dirección haya argüido esta importante facultad presidencial para no otorgar la información solicitada, por lo que no podemos saber si el razonamiento se funda en la defensa fiscal o fue, digámoslo así, creatividad judicial. Si el Presidente efectivamente hubiese hecho uso de su facultad privativa, entonces, por disposición constitucional, los recurrentes, a pesar de lo dispuesto en la Ley de Bases, no tenían derecho a solicitar la entrega de los antecedentes requeridos. Pero, aun sin aducir explícitamente tal atribución, existe acuerdo en que las negociaciones y tratativas para la celebración de un acuerdo de libre comercio no pueden considerarse como ejercicio de la actividad “administrativa” del Estado, toda vez que ellas “no se imputan a la Administración Pública interior, sino al Estado en cuanto sujeto de relaciones internacionales, no estando sometidas por dicha razón al Derecho Administrativo, sino, más bien, a la Constitución y al Derecho Internacional”⁴⁰.

Debe anotarse, con todo, un contrasentido en la forma como el tribunal resuelve el asunto, en tanto, de una parte, excluye las normas constitucionales que se refieren a la protección de derechos fundamentales –como la libertad de expresión y de información y el derecho a participar– y, por la otra, apela a una regla que consagra una facultad privativa del Presidente. Llama la atención que el tribunal, para denegar la acción intentada, sí funde su decisión en normas de la Constitución Políti-

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1981, Vol. I, pp. 27-28. En la misma línea se pronunciaba, hace ya bastante, Altamira, señalando que “el acto de gobierno no se lo puede calificar como función ejecutiva en el mismo sentido que a la Administración, ya que no espera para ejercerse que las leyes ordinarias hayan conferido a su titular una habilitación, sino que se ejerce por razón de habilitaciones contenidas en la misma Constitución, que por lo mismo son superiores a las leyes”. Altamira, Pedro Guillermo, Curso de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1971, p. 343.

ca, no aplicando otras que, al menos, debieran haber sido ponderadas frente a las primeras.

En seguida, es preciso también referirse a la aplicación de la teoría de los actos de gobierno. Ya hemos dicho que el fundamento del secreto de parte de la información requerida puede encontrarse en la regla constitucional que otorga al Presidente, como atribución exclusiva, la conducción de las relaciones exteriores (artículo 32, N° 17). Pero ¿qué ocurre con la parte sustantiva de este argumento?, ¿es cierto que los recurrentes no tenían derecho a solicitar esa información porque, tratándose de antecedentes relacionados con la conducción de las relaciones internacionales, los tribunales tienen vedada la vía del control jurisdiccional?

El fallo aduce, a efectos de limitar su ejercicio de jurisdicción, que la actuación estatal cae bajo el rubro de los actos de gobierno y que, por tanto, el actuar de la Dirección recurrida es inmune a la actividad de control judicial que la Constitución encomienda a los tribunales. A pesar de que tal mención excede con mucho los límites de este trabajo, parece pertinente decir algo al respecto. La posición de la jueza en este caso corresponde a la de un tribunal que se acomoda en “la arcaica, equívoca y peligrosa doctrina de los actos políticos”⁴¹, sin tener necesidad de hacerlo. Y es que, conforme a lo expuesto recientemente, “solo puede excluirse la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando no se trate de verdaderas actuaciones de la Administración, sino de funciones ejercitadas por los órganos políticos superiores en cuanto en los mismos [confluye] (...) el carácter de órganos de la personalidad jurídico-internacional del Estado en su totalidad”⁴², como acontece precisamente en este caso, en que la Dirección de Relaciones Económicas de la Cancillería actúa en representación del Estado de Chile.

Así y todo, no escapa el fallo en análisis al reproche de utilizar acriticamente una doctrina que puede servir a propósitos oficiales de reducir el margen de transparencia y probidad en su actuar y que, por lo mismo, ni aún actualmente en Francia —país donde surgió la teoría de los actos de gobierno, cuando el Consejo de Estado, a comienzos del siglo XIX, “se negó sistemáticamente a conocer de aquellas reclamaciones que hacían rela-

⁴¹ García de Enterría y Fernández, ob. cit., p. 486.

⁴² Ídem.

ción a problemas políticos derivados de la extinción del régimen napoleónico”⁴³ recibe algún tipo de atención por parte de la doctrina^{44, 45}.

Reconstruyendo la decisión judicial, podría argumentarse en favor de la entrega de información (o, al menos, de parte de ella), teniendo en consideración que se está frente a intereses constitucionales contrapuestos pero que reclaman, por partes iguales, aplicación al caso. Existe una tenue línea que delimita el actuar administrativo del político por parte de algunos órganos del Estado –un buen ejemplo es la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales–, de modo que, en una interpretación tendiente a promover los principios de publicidad y transparencia en las actuaciones estatales, los tribunales debieran auscultar con mayor precisión los grados de discreción, secreto y reserva que puede arrogarse el Estado, aun (y precisamente) cuando, para ello, se escude en normas constitucionales.

Finalmente, debe señalarse que, según lo expuesto por el Ejecutivo –no la Administración, conforme lo explicado–, los requirentes sí recibieron parte de la información que solicitaban, como “los nombres de los responsables en los dieciocho grupos de negociación y sus contactos, más el coordinador de los contactos que [podían] utilizar para ello, y por último (...) el

⁴³ *Ibíd.*, pp. 483-484.

⁴⁴ Así, entre otros, Rivero, Jean y Waline, Jean, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2002, 19ª edición; Debbasch, Charles, *Droit Administratif*, Ed. Economica, Paris, 2002, 6ª ed; Chapus, René, *Droit Administratif Général*, Montchrestien, Paris, 2001, 15ª ed. y Dupuis, Georges, Guédon, Marie-José y Chrétien, Patrice, *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 2002, 8ª ed.

⁴⁵ En nuestro medio destaca la opinión de Jorge Reyes, quien define como ‘acto de gobierno’ aquel emanado “de una autoridad política y que permite poner en movimiento el sistema institucional básico o que habilita para regular la acción del Estado frente a otros Estados y que, además, se orienta a establecer directrices básicas de la acción estatal” (Reyes, *ob. cit. supra* nota 28, p. 34). Según la opinión de ex Subcontralor General de la República, en Chile, en tanto no aconteció lo ocurrido en Francia, “y más aún si se considera que ya, desde la vigencia de la Constitución de 1925, la norma programática de su art. 87 no excluía a las autoridades políticas de la jurisdicción contencioso administrativa y más aún con la determinante precisión del precepto del art. 6º de la [actual] Carta Política que obliga a todo órgano del Estado y a toda acción del Estado a sujetarse a la Constitución y a las normas jurídicas que los rigen y debiendo estas últimas conformarse a tal Ley Suprema no cabe sino concluir que las conductas políticas o de gobierno se encuentran dentro del ámbito del principio de juridicidad” (*ídem*).

posible cronograma de las negociaciones”⁴⁶, lo cual da cuenta de cómo el tribunal fue más lejos de lo que incluso pretendía la Dirección recurrida. Esto, junto con el error de recurrir en contra de información “no pública”, pueden interpretarse como razones que desalentaron a los solicitantes de apelar la decisión.

4) Manzur Nazal y otros con S.A.G.

En diciembre de 2001 otro tribunal de letras en lo civil acoge la acción interpuesta por un grupo de personas vinculadas a organizaciones dedicadas al estudio de políticas y medidas de control y fiscalización de bioseguridad, quienes exigían que el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) –organismo público dependiente del Ministerio de Agricultura– les suministrara cierta documentación que, alegaban, era del más alto interés público⁴⁷. Al igual que en otros casos, el Estado alegaba que la divulgación de la información afectaría derechos o intereses de terceras personas, pretensión que fue desestimada por el juez, no por tratarse de una razón que, ponderada frente al derecho alegado, fuera de menor peso relativo, sino por haber sido formulada de manera general y sin que se aportaran antecedentes que permitiesen concluir “que los [documentos] que se han solicitado son de aquellos que se protegen en el artículo 8 del Reglamento de la Ley N° 19.653”⁴⁸. De manera que el tribunal se limitó a constatar una cuestión formal –la

⁴⁶ Considerando 10°.

⁴⁷ Se trataba de información relativa a los cultivos transgénicos en Chile para la temporada 1999/2000 y 2000/2001, en particular, aprobaciones de liberación de cultivos y árboles transgénicos con el nombre de las empresas involucradas, modificación genética y la ubicación exacta de los cultivos y árboles transgénicos (predio, comuna, región) para la temporada 1999/2000 y 2000/2001; la ubicación exacta de todos los sitios donde se hayan liberado cultivos y árboles transgénicos desde 1992 en adelante; medidas de bioseguridad para los cultivos y árboles transgénicos para la temporada 1999/2000 y 2000/2001; la resolución que consigna el levantamiento de la cuarentena de bioseguridad en 1994 a la fecha del maíz y la soya transgénica y las razones para su levantamiento; las actas de las reuniones del Comité Asesor para la Liberación de Organismos Transgénicos (CALT) desde su creación en 1997 con todos sus acuerdos y resoluciones; información sobre la fiscalización del SAG de las medidas de bioseguridad aplicadas para los cultivos transgénicos en las dos últimas temporadas (predios fiscalizados, fecha y personal involucrado) y, por último, el nombre de los expertos consultados por el CALT para la liberación de transgénicos y sus informes.

⁴⁸ Manzur Nazal y otros con Director Nacional S.A.G., 26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 3449-2000, sentencia de siete de diciembre de 2001 (copia del

falta de prueba–, antes que avanzar en consideraciones de carácter sustantivo.

Junto con este argumento, el SAG adujo como justificación del carácter reservado de los antecedentes solicitados una comunicación privada que le remitiera, en 1999, una de las empresas fiscalizadas por el organismo público en la que le señalaba que la información aportada era de carácter confidencial. Sorprende, en primer lugar, que el servicio público acepte la calificación de los antecedentes realizada por los entes fiscalizados y no, como corresponde, por un acto de autoridad pública; y, en seguida, llama la atención aún más que el tribunal no repare en este hecho, concediéndole –aunque desestimando en definitiva– la posibilidad de sostener su defensa con este argumento.

El fallo, sin embargo, fue revocado por la Corte de Apelaciones de Santiago (en diciembre de 2002). Y es que la debilidad del razonamiento judicial en primera instancia era tierra fértil para que un poco de ingenio de parte del SAG (ayudado por la Asociación Nacional de Productores de Semillas A.G., que se hizo parte en el trámite de la apelación), permitiera a la Corte capitalina revertir el pequeño y débil avance registrado en sede de primera instancia.

La sentencia de la Corte, al avanzar –ella sí– en aspectos sustantivos relativos al derecho de acceso a la información (aunque con poca diligencia), merece mayor análisis que el escueto pronunciamiento del tribunal civil. Para revocar la decisión en contra del órgano estatal, la Corte, al igual que el tribunal civil del caso estudiado precedentemente, eliminó “las citas legales al artículo 1º, 4º, 5º, 6º, 12 (*sic*), 14 (*sic*) y 19 N° 2 de la Constitución Política de la República; [al] artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y [al] artículo 3º de la ley 18.575”⁴⁹. Lo anterior implica que la Corte (y el tribunal

fallo en poder del autor). Como puede observarse, el tribunal ya hace alusión al Reglamento que, a esa altura, recién comenzaba a socavar la vigencia del derecho de acceso a la información, pero que en adelante, según se verá, se convertiría en el eje de muchas decisiones.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 1295-2002, sentencia de cuatro de diciembre de 2002 (copia del fallo en poder del autor). Cabe señalar que la decisión de primera instancia no hace referencia ni al artículo 12 (que trata sobre el recurso de reclamación por pérdida de la nacionalidad), ni al artículo 14 (que estipula cómo se regulará el derecho de sufragio de los extranjeros avocindados en Chile) de la Constitución Política. Sí alude, en cambio, a los derechos constitucionales contenidos en el artículo 19, numerales 12 y 14, esto es, la libertad de información y el derecho de petición a la autoridad.

que conoció del caso anterior), a pocas líneas de iniciar su razonamiento, se deshace de todos los elementos normativos donde se recogen los principios y valores en los que descansan las reglas jurídicas sobre acceso a la información.

En efecto, los artículos de la Constitución que la Corte elimina son todos, considerados en su conjunto, una poderosa herramienta de hermenéutica constitucional, consistente en el esqueleto de una interpretación que promueve –como es deber de los órganos del Estado– los “derechos esenciales de la persona humana”. A los tribunales, según puede observarse, parece incomodarles tener ante sí normas constitucionales como aquella que asegura a todos el derecho a participar en la vida nacional (art. 1º, inciso final), que Chile sea una república democrática (art. 4º)⁵⁰, que los derechos fundamentales constituyan un límite al actuar del Estado (art. 5º, inciso 1º), que los tribunales –en tanto órganos estatales– tengan la obligación no solo de respetarlos, sino, además, de promoverlos (art. 5º, inciso 2º), que las normas constitucionales sean vinculantes para ellos, de modo de no poder tratarlas como meras declaraciones programáticas (art. 6º) y que se asegure a todas las personas el derecho a no ser discriminadas, la libertad de información y el derecho de peticionar a la autoridad (art. 19, N°s 2, 12 y 14). Para qué decir de aquellas normas internacionales que, por el hecho de no ser elaboradas en Chile, parecieran consistir en Derecho extranjero, no aplicables a nuestras controversias.

Mientras la justicia constitucional –como es la Corte conociendo de recursos de protección o bien cuando ve, en apelación, casos sobre el derecho fundamental de acceder a la información pública–, o los jueces civiles que actúan, en este tipo de casos, como jurisdicción contencioso-administrativa, muestren tal aversión por las cláusulas más importantes de la Carta Fundamental y de los tratados internacionales, la práctica jurisdiccional seguirá siendo la piedra de tope para el ejercicio de los

⁵⁰ Norma que considero como “una de las frases más relevantes para la práctica constitucional chilena”. Véase Contesse Singh, Jorge, “El parlamento en mora. Algunas reflexiones sobre la función representativa del Congreso Nacional”, en *Revista de Derecho Público*, N° 65, Universidad de Chile, Santiago, 2003, (pp. 284-295), p. 286.

derechos fundamentales (supuestamente) reconocidos a todas las personas⁵¹.

En seguida, el fallo de la Corte avanza, como señalé, en aspectos sustantivos referidos a cómo se configura el derecho de acceso a la información en nuestro país. Así, basándose única y exclusivamente en el artículo 13 de la Ley 18.575 y, sobre todo, en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 26/01, sostiene la obvia conclusión de que

la publicidad y el derecho a requerir la información que no se encuentra a disposición del público de modo permanente solo es aplicable tratándose de actos administrativos y de los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial y *no de cualquier información, antecedente que disponga la Administración o de una actuación o actividad de la misma*⁵².

La conclusión que la Corte infiere del análisis de las dos normas citadas –el artículo 13 de la Ley y el artículo 3° del Reglamento– no es, por así decirlo, una doctrina que requiera de mayor conocimiento técnico. Parece evidente y sensato que el acceso que los particulares pueden legítimamente reclamar, de acuerdo con las disposiciones estudiadas más atrás, no dice relación con “cualquier información o antecedente que disponga la Administración o de [cualquier] actuación o actividad de la misma”, sino con la mayoría de los actos administrativos, así como los documentos y antecedentes que les sirven de sustento o complemento directo y esencial. Las excepciones legales (junto con las desafortunadas excepciones reglamentarias) *son*, como se sabe, los casos en que se puede denegar el acceso a la información, de manera que la frase de la Corte, que compone todo un considerando de su decisión, no aporta mucho al esclarecimiento de los (importantes) límites del derecho en estudio. Es obvio que la información y documentos a la que se tiene

⁵¹ A la lista formada por un tribunal civil y la Corte de Apelaciones de Santiago, debe agregarse nada menos que la propia Corte Suprema. Según he mostrado en otro lugar, revisando un caso de libertad de expresión decidido en 2003, para esta también las normas contenidas en tratados internacionales pueden ser prescindibles. Véase Contesse Singh, Jorge, “Comentario sobre jurisprudencia: el caso ‘Prat’”, en *Gaceta Jurídica*, N° 278, agosto 2003, pp. 50-56.

⁵² Considerando 2° (el énfasis es mío).

acceso responde a ciertos estándares –el interés público, como criterio genérico–, por lo cual la doctrina de la Corte queda obsoleta si lo que se requiere tiene un interés público. Podrá parecer, *prima facie*, información, documentos o antecedentes “cualesquiera”, pero, si ellos son de interés público, entonces no es tan claro, como lo pretendió sentar el tribunal de alzada, que se pueda excluir a los ciudadanos de su conocimiento. Precisamente, lo que se requería (y se requiere) de parte de la Corte era que delimitara si estábamos o no frente a un caso de (información de) interés público. Pero, como señalé, ni un rastro hay en la sentencia de ello.

El tercer argumento desplegado por la Corte de Santiago para revertir la decisión de primera instancia en este caso –y que plantea una restrictiva doctrina– señala, terminantemente, que en razón de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 13, “[l]a acción de amparo (...) no procede en caso alguno respecto a información o documentos entregados a un órgano de la administración por una empresa privada de las que no prestan un servicio de utilidad pública”⁵³. A primera vista, pareciera que la Corte razona en la línea que establece el precepto legal: si no se trata de una empresa privada que presta servicios de utilidad pública, ni de aquellas en las que participa el Estado, entonces no se justificaría el acceso a la información.

Una vez más, el problema se presenta toda vez que la Corte, presa de su interpretación formalista y alérgica a las normas internacionales y constitucionales (que, para ella, no son en realidad *normas*, sino simples declaraciones de buena voluntad política), pone el énfasis en el sujeto y no, como debiera, en (el contenido de) la información. Porque la información requerida no es, como se podría pensar, documentos o antecedentes sobre las empresas en sí mismas, su funcionamiento, factores de competitividad, etc., sino, en rigor, sobre qué es lo que la Administración –el SAG– había hecho o no en relación con ellas. Dicho

⁵³ Considerando 3º. La norma citada establece “[l]a publicidad a que se refiere el inciso anterior [de los actos administrativos y de los documentos que les sirven de sustento o complemento directo y esencial] se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y a las empresas [en que tenga participación el Estado o sus organismos], proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma”, conforme a las reglas legales.

de otro modo, la información que se solicitaba, aun cuando un privado le había advertido en forma personal que era confidencial, obraba en poder del Estado y, desde luego, podía ser complemento directo y esencial de uno o más actos administrativos dictados por el SAG.

En este caso, la Corte parece preocupada en proteger a las empresas privadas de cualquier intromisión ilegítima que los particulares requirentes pudiesen realizar. El propósito es noble, pero debe ponderarse al lado del derecho de acceder a la información *de interés público* que se solicitaba, de modo que lo que el tribunal debía hacer era, antes que espantarse por no tratarse de una de las empresas contempladas en el inciso 4° del artículo 13 de la Ley, considerar *qué tipo de información* era la que se requería. Si hubiese hecho esto, la conclusión a la que habría llegado podría, ciertamente, no haber sido la misma, en tanto conocer las medidas de fiscalización dispuestas y realizadas por el organismo público, las actas de reuniones del Comité Asesor y los lugares exactos fiscalizados no es, como lo consideró, ni información confidencial, ni menos, información de las empresas fiscalizadas.

La doctrina que se deduce de esta decisión judicial importa, como puede verse, que aun cuando se esté en presencia de un acto administrativo, si alguno de los documentos que le sirven de sustento o complemento esencial ha sido “entregado” por un privado (que no preste servicios de utilidad pública o en el que no tenga participación el Estado), automáticamente los ciudadanos pierden el derecho de acceder a su conocimiento, a pesar de que la información, en sí misma, sea el de más alto interés público.

Finalmente, el fallo de la Corte termina apelando a un argumento basado en las disposiciones reglamentarias contenidas en la Resolución Exenta N° 1523 de julio de 2001 dictada por el Servicio Agrícola y Ganadero, la cual dispone la confidencialidad o reserva de la información y de los documentos que se le entreguen al Servicio por los particulares a fin de obtener la correspondiente autorización de internación e introducción de especies modificadas. Este argumento esgrimido por la Corte de Santiago, cabe anotar, puede servir, en primer término, para negar el acceso a determinada información, pero evidentemente no a todos los antecedentes que los recurrentes solicitaban. Si se le da validez a la Resolución Exenta citada –ya diremos algo

con respecto a su cuestionable valor jurídico—, entonces ella solo alcanzaría a la información relacionada con las autorizaciones que el SAG debe otorgar a los privados para introducir especies modificadas, pero la Corte no puede fundar su decisión de revocar el fallo de primera instancia con respecto a todos los demás documentos y antecedentes (v. gr., los relativos a las medidas de fiscalización dispuestas y ejecutadas por el organismo público o las actas de las reuniones del Comité Asesor).

Pero aun es posible criticar que la Corte se base en una mera resolución administrativa (exenta de control por parte de la Contraloría General de la República) para escudar el secreto y la opacidad en el actuar estatal. Si se tiene en consideración la displicencia que el tribunal capitalino muestra por las normas más importantes del ordenamiento jurídico (aquellas cláusulas contenidas en la Constitución y, por consecuencia, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos), fácil es explicar que su razonamiento termine reposando en la Resolución Exenta N° 1523 para negar el ejercicio de un derecho fundamental. En una palabra, allí donde más se requiere control judicial por parte del tribunal, este no hace sino dar la espalda al ciudadano y refrendar el actuar legalista pero inconstitucional de la Administración⁵⁴.

5) Vigneaux con Contraloría General de la República

Este fallo, dictado en julio de 2002, en contra de la Contraloría General de la República, muestra a un tribunal civil erigiéndose como protector de los derechos fundamentales de las personas ante la negativa de la Administración de proporcionar antecedentes que solo tienen por objeto velar por una mayor transparencia en la actuación de quienes detentan el poder⁵⁵.

⁵⁴ Ante la falta de respuesta en los tribunales internos (el procedimiento judicial por falta de acceso a la información no contempla la posibilidad de llegar hasta la Corte Suprema), los recurrentes, en conjunto con el Centro Austral de Derecho Ambiental (CEADA), la Clínica de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU), presentaron, en junio de 2003, una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violaciones a los artículos 1, 2, 13, 23, 25 y 30 de la Convención Americana.

⁵⁵ Vigneaux Bravo con Contralor General de la República, 23° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 32-2002, sentencia de treinta y uno de julio de 2002 (copia del fallo en poder del autor).

En la sentencia, con todo, no se encuentran consideraciones como las que destacan en las dos primeras decisiones analizadas, donde se desarrollan conceptos como el de “control social de las autoridades del Estado” o el deber de los órganos del Estado de promover el conocimiento de sus actuaciones y resoluciones. Se trataba de un arquitecto que había denunciado ante la misma Contraloría irregularidades en el otorgamiento de permisos municipales para construcciones, quien solicitó al ente estatal, sin éxito, que le proporcionara los resultados de la investigación motivada por su denuncia.

A pesar de que se hace lugar a la acción deducida por el particular, el juez solo se limita a reiterar los cargos y descargos formulados en el caso, concluyendo que el recurrido debe entregar la información solicitada y denegada originariamente. Los recurridos, en efecto, se defendían señalando que los sumarios administrativos son por ley reservados, y que no pierden tal calidad ni aún después de concluidos, por lo cual, para acceder a su conocimiento, debía impetrarse el procedimiento judicial establecido en la Ley de Bases. Pero la sentencia, que más parece una minuta de trabajo, no pondera ninguno de los argumentos, sino se limita, como dije, a señalar su decisión sin presentar razones justificatorias.

Se produce aquí una separación entre *Bartucevic* y este fallo: mientras el primero se decide por una cuestión meramente formal –la información requerida ya había llegado a manos del solicitante–, en este caso, aun cuando el tribunal considera que, en el fondo, al requirente se le estaba privando ilegítimamente de su derecho de acceso a la información pública, no hay ninguna mención que permita reconstruir aspectos sustantivos del mismo. Resulta notable, sin embargo, que ni la Contraloría ni los funcionarios municipales involucrados en el mismo apelaron de la decisión.

6) Morales con Subsecretaría de Bienes Nacionales

En seguida, encontramos la sentencia dictada por el 12° Juzgado Civil de Santiago, a fines de 2001, en que un abogado demandó a la Subsecretaría de Bienes Nacionales, por haberse esta negado a entregar información relativa a la fijación de precios de ciertos inmuebles que el profesional estaba interesado en adquirir. Destaca en la sentencia la restrictiva interpretación

que el juez hiciera sobre las normas que hemos venido analizando, influenciada, al igual que muchas otras decisiones, por el (también restrictivo) Reglamento sobre acceso a la información pública. En efecto, en la sentencia se dice que

el derecho consagrado en el inciso 5° de la Ley 18.575 (*sic*), en orden a que se otorgue al público información por escrito del jefe de servicio de que se trata respecto de los actos administrativos y los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial, nace solo una vez que el respectivo Servicio dicte un Acto Administrativo, esto es, una decisión formal que contenga una declaración final de voluntad (...) de manera tal que al no existir dicho acto, no resulta legalmente posible que la demandada entregue la información que le ha sido requerida⁵⁶.

La interpretación hecha por el tribunal se apoya en las normas positivas del Reglamento estudiado. De acuerdo con el fallo, no hay lugar a la acción de amparo intentado desde que no existe (todavía) un acto administrativo contra el cual pueda recurrirse. Para llegar a esta conclusión el juez toma la definición que el Reglamento da de “acto administrativo” y de “sustento o complemento esencial”⁵⁷. La razón por la cual el tribunal hace este análisis radica en que, según el Reglamento, “son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le (*sic*) sirvan de sustento o complemento directo o esencial” (artículo 2°, inciso 2°). De suerte que el tribunal, a efectos de restringir el acceso a la información del particular presuntamente afectado, vinculó la definición de acto administrativo y de sustento o complemento *directo*, pudiendo, si interpretara la situación a favor y no en

⁵⁶ Morales Ramírez con Subsecretaría de Bienes Nacionales, 12° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 3673-2001, sentencia de veintiséis de diciembre de 2001 (copia del fallo en poder del autor).

⁵⁷ El artículo 3°, letra a) del Reglamento define ‘acto administrativo’ como “las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración, en las que se contienen declaraciones finales de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública” y la letra d) entiende que ‘sustento o complemento directo’ (del acto administrativo) son “los documentos que se vinculen necesariamente al acto administrativo en que concurren y siempre que dicho acto se haya dictado, precisa e inequívocamente, sobre la base de esos documentos”.

contra de las libertades públicas, tomar la definición de sustento o complemento *esencial*, no directo, que aparece en la misma norma.

De acuerdo con el Reglamento, en efecto, se entiende por 'sustento o complemento esencial' "los documentos indispensables para la elaboración y dictación del acto administrativo en que concurren, de modo que son inseparables del mismo" (art. 3º, letra e). Pues bien, en la norma nada se dice acerca de la estricta necesidad de que el acto en cuanto materialidad final exista como norma jurídica válida y vigente, por lo que, en un análisis tendiente a garantizar el derecho en estudio –que es la interpretación que ha de animar a los jueces que conocen de causas sobre protección de derechos fundamentales–, no hay inconveniente técnico en acoger la reclamación desde que los documentos (que sirven de complemento o sustento *esencial*, no directo) ya existen: son, justamente, tales documentos los que el solicitante requería a la Administración y, en este sentido, la noción de acto administrativo manejada por el juez (y, primeramente, por el Reglamento) coarta esta posibilidad. ¿Qué sentido tiene esperar a que se emita un acto materialmente si este no es más que la finalización de un proceso complejo que involucra diversas etapas, entre las cuales figura, naturalmente, la producción de estos documentos que le sirven de sustento? Si uno de los objetivos declarados de la legislación sobre acceso a la información pública es asegurar el derecho de los ciudadanos a participar de los asuntos colectivos –cuestión que normativamente existe en la Constitución Política⁵⁸, ¿cómo se podrá participar efectivamente si, de acuerdo con esta doctrina, es necesario esperar que las decisiones sean adoptadas para poder tomar conocimiento de ellas (y de sus fundamentos)? La forma

⁵⁸ El tímido, algo vergonzoso, pero importante artículo 4º de la Constitución –que dispone que "Chile es una república democrática"– contiene, por de pronto, un ideal republicano en cuya virtud "las autoridades que tienen el poder se (lo) deben a los ciudadanos, quienes han decidido libre y voluntariamente por éstas y no por otras personas para ocupar los cargos" (Contesse, ob. cit. supra nota 50, p. 287); y, en el mismo sentido, el inciso final del artículo 1º, contempla, como se explicó, el derecho de todos las personas a participar en la vida nacional. Debe insistirse que estas declaraciones no son, como piensan algunos (entre ellos, la Corte de Apelaciones, según la decisión precedentemente descrita), simples declaraciones sin contenido vinculante: las cláusulas del Capítulo I de la Constitución son normas jurídicas y, consecuentemente, vinculan y obligan.

en que el juez falló se sitúa, como puede verse, en la línea opuesta a la protección de este derecho humano.

Y sobre el pronunciamiento en alzada de la Corte de Apelaciones en este caso, menos debe decirse, desde que se limitó a confirmar la sentencia de primera instancia, sin restar ni agregar ningún comentario⁵⁹. O, en rigor, sí cabe notar la indiferencia exhibida por la Sala que conoció del recurso, en circunstancias que otras Salas han intentado avanzar en el entendimiento de este derecho, aun con dificultades, delineando sus límites e incorporando conceptos jurisprudenciales que hacen de la práctica judicial sobre el acceso a la información una mejor fuente de análisis.

7) Moral con Superintendencia de Energía y Combustible

En este caso, la recurrente, una ciudadana dueña de un predio en el que se constituyera una servidumbre a favor de la empresa Gas Andes S.A., solicita a la Superintendencia de Energía y Combustible (SEC) documentos relacionados con las características de la concesión para transporte de gas natural obtenida por esta. La razón invocada para pedir tales antecedentes era que, a juicio de la actora, la empresa concesionaria se había extralimitado en sus facultades, toda vez que, además del ducto construido para el transporte de gas natural, habría instalado un sistema de comunicación de fibra óptica mediante un biducto sin que se modificara la finalidad de la concesión, razón por la cual la recurrente había iniciado un juicio civil de terminación de servidumbre. La información requerida, en efecto, lo era para ser utilizada en el proceso civil mencionado, lo que da cuenta de la relevancia que, como derecho instrumental, tiene el acceso a la información⁶⁰.

El caso es interesante, en primer lugar, por cuanto la Superintendencia recurrida hace correcta aplicación de las normas de la Ley de Bases. Amparándose en la regulación legal de su

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 1899-2002, sentencia de 16 de abril de 2002.

⁶⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, "El acceso a la información como derecho", en González, F. y Viveros, F. (eds.), Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 10, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000, pp. 197-218.

estatuto orgánico, rechaza la petición de la actora, aduciendo, por una parte, el deber de reserva impuesto a sus funcionarios (artículo 38 de la Ley 18.840), y, por la otra, el que tratándose de información de una empresa prestadora de servicios públicos, y habiendo puesto en conocimiento de Gas Andes S.A. la solicitud de información presentada, esta última, al hacer uso de su derecho de oposición, dejó impedido al órgano estatal de proporcionar los antecedentes reclamados⁶¹. Los argumentos esgrimidos por la SEC para no dar curso a la entrega de información no merecen reproche, toda vez que la excepción a la publicidad de los antecedentes no es resorte de una disposición reglamentaria, sino legal; lo mismo que la facultad que se concede a los terceros para oponerse a la entrega de información por parte del organismo estatal⁶².

La empresa concesionaria, por su lado, también contestó el amparo deducido, aunque con argumentos bastante más débiles que la Superintendencia. En primer término, Gas Andes S.A. sostiene que ella no es una empresa privada prestadora de servicios públicos, a pesar de lo notorio de su función: transportar gas natural para su distribución a los hogares y empresas desde Argentina. En seguida, aduce la no retroactividad del estatuto sobre acceso a la información introducido en diciembre de 1999 a la Ley de Bases de la Administración del Estado, por lo que este no podría “ser invocado en relación a documentos anteriores a su entrada en vigencia”⁶³. En tercer lugar, la creativa defensa de la empresa concesionaria trae a colación el Código de Procedimiento Civil, señalando que, en tanto dicho cuerpo legal no fue modificado por la llamada “ley de probidad admi-

⁶¹ El artículo 13, inciso 8° de la Ley de Bases dispone que “[d]educida la oposición en tiempo y forma el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario (...)”.

⁶² Aunque respecto de esto último, no cabe avanzar sin reparar en la inconveniencia de que la ley (de Bases) permita hacer uso de este derecho de oposición “sin expresión de causa”. Si, como hemos insistido, el sentido del estatuto sobre acceso a la información es promover la publicidad y transparencia en el actuar estatal, en tanto se permiten casos de excepción a esta regla –v. gr., el derecho de oposición–, estos debieran ejercerse fundadamente para existir, de esta manera, certeza de que la situación efectivamente ha de estar fuera del principio general, cual es, el acceso.

⁶³ Moral Puig con Superintendencia de Energía y Combustible, 25° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 2755-2002, sentencia de diecinueve de noviembre de 2002 (copia del fallo en poder del autor).

nistrativa" (Ley 19.653), y los documentos solicitados son confidenciales, "no es posible obligar su exhibición como aparece del artículo 349 del mencionado código adjetivo"⁶⁴. Posteriormente, la empresa recurrida acusa a la solicitante de tener un interés encubierto en el litigio y que, al estar pendiente el proceso por terminación de la servidumbre ante otro juzgado civil, habría una vulneración al principio de radicación contenido en el Código Orgánico de Tribunales, por lo que el tribunal no debiera conocer de la causa, no obstante Gas Andes S.A. "no [opuso] dicha excepción para no caer en la estrategia judicial ideada por la solicitante para obtener sus inconfesados pero inequívocos fines". Por último, agrega que la actora "ni como propietaria del predio sirviente, ni como ciudadana, ni como demandante, en fin, a ningún título, tiene interés, ni público ni privado, en conocer el sistema de telecomunicaciones que haya podido o pueda emplear Gas Andes para los efectos indicados (...) no [siendo] más que un subterfugio para obtener otros fines, eminentemente privados y de carácter económico, pues no le compete en modo alguno conocer y menos fiscalizar el sistema de comunicaciones aludido".

El tribunal, en un razonado fallo, acoge la acción interpuesta por la recurrente, desechando, en primer lugar, y con facilidad, la calidad de empresa privada no prestadora de servicios públicos que pretendía Gas Andes, haciendo aplicable la regla de que la función califica al órgano al señalar que

la aplicabilidad o no de la norma [sobre acceso a la información] radica en la naturaleza del servicio público concedido que presta (...), la que comprende no solo la emanada de los organismos públicos propiamente tales sino también la proveniente de la colaboración de los privados en tanto prestadores de servicios públicos, concedidos –como en la especie– en virtud de decisión de autoridad administrativa basada en una ley autorizatoria que permita concesionar dichos servicios (...). Por lo anterior, no puede quedar ajena a la normativa en discusión desde que la finalidad de

⁶⁴ El artículo 349 del Código de Procedimiento Civil dispone que "[p]odrá decretarse, a solicitud de parte, la exhibición de instrumentos que existan en poder de la otra parte o de un tercero, con tal que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales".

*esta no es otra que concretar el derecho a la información de todo ciudadano, integrante de la comunidad a la que va dirigido el servicio prestado, a fin de calificar si se quiere el desempeño de quienes lo prestan y legitimar así su actuar*⁶⁵.

Con respecto al supuesto carácter de secretos o confidenciales de los documentos que se requerían, la jueza señaló, agudamente, que en tanto la empresa hizo ejercicio del derecho de oposición dispuesto en la ley, reconoció de esta manera que no se trataba de información “no pública”, porque, si tal hubiese sido el caso, antes que *oponerse* a la exhibición de documentos y antecedentes, le habría bastado ampararse en alguno de los casos sobre secreto o reserva, legal (o incluso reglamentariamente) establecidos. Desde que no se acreditó en el proceso lo aseverado por la empresa concesionaria, el tribunal desestimó la pretensión más relevante del caso, esto es, que la información solicitada no era de carácter público. Por la misma razón, la jueza rechazó la aplicación del Código de Procedimiento Civil pretendida por la demandada: en tanto no eran documentos secretos o confidenciales –o, al menos, ello no estaba probado en el proceso–, ni se trataba de una diligencia de exhibición de documentos en un juicio ordinario, el “código adjetivo” nada tenía que hacer en esta disputa sobre acceso a la información.

Aunque no se hace cargo de modo frontal de la oposición relativa al eventual problema de radicación del litigio sobre terminación de la servidumbre, el tribunal sí es categórico en sostener que ella “no resulta suficiente para impedir el acceso a la información requerida desde que dicha situación no está contemplada en el artículo 8° del Reglamento referido, ni aun en su número 6 de la letra a.-, por cuanto solo existe una controversia de carácter civil entre la recurrente de amparo y la oponente (...) no se observa cómo este proceso civil pudiera verse entorpecido por el conocimiento de los antecedentes relativos a la concesión que sirve de antecedente a la servidumbre cuya terminación se discute, sobre todo si se considera que en el mismo las partes se deben al principio de la buena fe para litigar”⁶⁶.

⁶⁵ Considerando 13° (énfasis agregado).

⁶⁶ Considerando 16°. La letra a) del artículo 8° dispone que “[l]a declaración de secreto o reserva basada en la protección de intereses públicos, procederá respecto de los siguientes actos y documentos, N° 6, “[a]quellos cuya comunicación o conocimiento perjudique el desarrollo de procedimientos jurisdiccionales (...)”.

Finalmente, otro de los asertos más relevantes que se encuentran en esta sentencia dice relación con la alegada falta de interés de la recurrente. Recordemos que la empresa de gas demandada señaló que “ni como propietaria del predio sirviente, ni como ciudadana” tenía la demandante interés en el proceso, acusándola de encubrir, con su acción judicial, otros “inconfesados pero inequívocos propósitos”. Al respecto, el tribunal sostuvo que

la ley no conmina al peticionario de dicho derecho a demostrar aquel [interés] ni en sede administrativa ni ante el órgano jurisdiccional, resultando suficiente para este tribunal la calidad invocada por la [recurrente] (...) 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 Gas Andes (...) ⁶⁷.

Destaca el considerando del tribunal por dos razones. De una parte, sienta la importante doctrina según la cual no se requiere *acreditar* ningún tipo de interés “ni en sede administrativa, ni ante el órgano jurisdiccional”, de modo que –y aquí viene la segunda parte del comentario– basta con que una persona aduzca la calidad de “ciudadana interesada” en la actividad de una empresa privada prestadora de servicios públicos –y, *a fortiori*, de cualquier servicio público administrativo imperado por las normas sobre acceso a la información (cuestión discutida, según se verá a continuación)–, para poder impetrar la solicitud de acceso a la información en sede administrativa y la (eventual) demanda de amparo, en sede judicial. En otras palabras, se está frente a la concreción de una genuina acción popular, por medio de la cual los ciudadanos interesados en la “cosa pública” encuentran una herramienta de fiscalización del actuar estatal, normalmente ausente en nuestro sistema jurídico. Es mi parecer que esta sección de la sentencia en comento puede ser, en definitiva, uno de los aspectos más relevantes para la vigencia del derecho de acceso a la información, en

⁶⁷ Considerando 17°.

particular, y, en un sentido más amplio, para una mejor práctica constitucional en materia de derechos fundamentales. Si por medio de este tipo de instrumentos es posible no solo promover el ejercicio mismo del acceso a la información, sino consecuentemente, todos los derechos y valores que de manera instrumental se pretenden cautelar a través de él –*i.e.*, el debido proceso, la libertad económica, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la probidad administrativa o, en un sentido transversal, la libertad de expresión⁶⁸, entonces se robustece la posición que la sociedad civil ha de ocupar en la conducción de los asuntos públicos, avanzando (judicialmente) hacia un sistema democrático más participativo.

La Corte de Apelaciones de Santiago, confirmando esta decisión, refuerza la posición del tribunal de primera instancia en una sentencia que, a diferencia de algunas anteriores, se mueve cómodamente entre las normas constitucionales e internacionales, aunque, según se verá, con más entusiasmo que precisión, al menos con respecto al actuar de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Y es que en primera instancia, la SEC solo es condenada al pago de una multa por su obrar tardío –la demora en entregar la respuesta a la solicitud administrativa de acceso a la información–, no habiendo, de parte de ella, incumplimiento al principio de probidad. La consideración de la jueza *a quo*, debe señalarse, es correcta: la Superintendencia, entendiendo que la información que se le solicitaba debía ser mantenida en reserva por mandato *legal* (no reglamentario), y que se refería a documentos y antecedentes de una empresa privada, había quedado impedida de darlos a conocer desde que esta, Gas Andes, había hecho uso de su derecho de oposición. Por ello, solo se podía reprochar el incumplimiento del deber de dar respuesta en el plazo establecido por la ley, pero no la forma como había hecho aplicación de las normas sobre acceso a la información.

La Corte, confirmando plenamente, como he dicho, la decisión estudiada, funda, con todo, sus propias consideraciones en dos aspectos: el interés de la reclamante y el carácter de utilidad pública de una empresa privada. Con respecto a lo prime-

⁶⁸ Para quienes consideren que el acceso a la información no es sino un corolario de la libertad de expresión, esta frase parecerá una redundancia. Discuto este punto en Contesse, *ob. cit. supra* nota 12, pp. 201-213.

ro, pareciera restringir la doctrina que comentábamos hacia el final del análisis de la sentencia de primera instancia, toda vez que despacha el problema del interés de la recurrente únicamente en relación con el proceso civil sobre terminación de servidumbre donde se pretendían hacer valer los documentos solicitados. En palabras de la Corte,

aunque verdaderamente el objeto o finalidad de la exhibición de documentos solicitada fuera el hecho de servir como medio de prueba en el juicio civil antes aludido, aparece que, no por ello dejaría la señalada publicidad de tener un carácter público, toda vez que aunque el juicio se refiere a un interés privado, como lo son, por lo demás todas la contiendas de carácter civil, no por ello dejan de estar sometidas a un ente jurisdiccional como lo es el juez respectivo que tiene la competencia que le entrega la ley para decidir la contienda y como los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones legales (artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales), también lo son las probanzas que aporten las partes, no pudiendo, en consecuencia, privarse de dicho conocimiento a una de ellas so pretexto de la aludida falta de interés⁶⁹.

Reconstruyendo lo que la Corte confusamente señala en este pasaje —y dejando a un lado la discutible frase de que en todas las contiendas civiles reside un interés privado—, se puede notar que para ella lo que resulta determinante para fijar el carácter público de los antecedentes que la peticionaria solicitaba no es sino el hecho que se harán valer, como probanzas, en un proceso judicial. Y que, en tanto los actos de los tribunales son públicos, también lo son las pruebas que las partes litigantes aportan. El raciocinio es desconcertante: en primer lugar, cabe preguntarse qué tiene que ver el hecho que los actos *de los tribunales* sean públicos; lo que se ventilaba en este caso, no era propiamente el acto de un tribunal, aun cuando la información en disputa influiría en uno, sino la calidad de la información requerida, acaso *ella* era pública o no. Y, en seguida, según se desprende de la doctrina de la Corte, cada vez

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 585-2003, sentencia de quince octubre de 2003, considerando 6° (copia del fallo en poder del autor).

que una solicitud de información administrativa tenga por finalidad ser utilizada como medio de prueba ante un juez, desde que el Código Orgánico de Tribunales dispone la publicidad de los actos de los tribunales, la Administración no podría rechazar la solicitud.

Ello, claramente, carece de todo sentido. Como la Corte no eliminó el considerando de la jueza de primera instancia, que correctamente sentó la idea de que basta un “interés ciudadano” para reclamar (administrativa y judicialmente) el acceso a la información, parece más correcto resaltar dicha doctrina, rescatando del fallo de la Corte, al menos en esta parte, la idea conforme a la cual la información que será utilizada en un proceso judicial tiene una carga particular a favor de su publicidad⁷⁰.

El segundo argumento que la Corte utiliza para desestimar la defensa de la empresa apelante se refiere, como se adelantó, al carácter de prestadora de servicios públicos de Gas Andes que esta insistía en desconocer. Según la empresa, el hecho de que ella solo transportara el gas desde Argentina, pero que no llegara hasta los usuarios finales, no la convertía en prestadora de un servicio público. La respuesta de la Corte ante semejante argumento es escueto pero claro: “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”, de modo que Gas Andes no podía aducir su carácter de empresa privada no prestadora de servicios públicos por referirse la contienda al mero transporte del gas, aun cuando ella misma lo distribuiría finalmente.

Con esas consideraciones, además de las efectuadas en primera instancia que ya comentamos, la Corte rechaza la apelación y confirma la sentencia. Sin embargo, llama la atención que el tribunal de segunda instancia condene a la Superintendencia por “vulnera[r] el legítimo ejercicio del control social

⁷⁰ La parte final del considerando 6° citado dispone que “la obtención lícita de pruebas y la posibilidad de hacerlas llegar al juez natural es uno de los elementos esenciales del debido proceso, que como se ha dicho, constituye una garantía constitucional irrenunciable en todo estado de derecho; y, por estas razones que cautelan la transparencia necesaria para el funcionamiento del denominado orden público económico, forzoso resulta acceder a la aludida exhibición”.

sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad”⁷¹. Como señalamos más atrás, el actuar de la Superintendencia no es jurídicamente reprochable –salvo por la tardanza en su respuesta–, desde que se negó a la exhibición de los documentos y antecedentes fundándose en motivos contemplados por la ley, no obstante en definitiva se determinó, por resolución judicial, que la excepción (legal) de reserva no tenía aplicación y que el tercero cuya oposición impedía la entrega de la información no actuaba conforme a derecho. Dicho de otra manera, no fue la actuación de la SEC la que, *per se*, vulneró el “legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública”, sino el de Gas Andes.

Pareciera que la Corte hace lugar a la pretensión de la defensa de la requirente de los antecedentes, la cual sugeriría que cualquier negativa administrativa de entregar información constituye una infracción al principio de control social sobre los agentes del Estado. Ello no es así, según se desprende del estudio de las normas sobre acceso a la información y de este caso particular: la SEC, con su negativa, sin duda *lesiona* el principio aludido, pero de allí no se sigue, como lo entiende la Corte, que necesariamente lo *infrinja*. Y no lo infringe, desde que, para negarse a la entrega de la información (lo cual sería constitutivo de la lesión al principio) se ampara en preceptos legales, ni siquiera reglamentarios, que le impedirían, en su mejor comprensión, proporcionar los antecedentes solicitados; en cambio Gas Andes, para negarse a la entrega de la información, no obstante aludir a normas jurídicas –no podría no hacerlo en un proceso judicial–, tiene un entendimiento de las circunstancias fácticas que es equivocado: la empresa privada, en efecto, rechazaba su carácter de prestadora de servicios públicos y, además, negaba que una persona, por su sola condición de ciudadana interesada en la labor de quienes tienen a su cargo la prestación de servicios de utilidad pública, pudiese fiscalizar ese mismo actuar. Eso, y no el obrar de la SEC, es lo que infringe el principio erigido por la Corte, cual es, como se ha insistido, el legítimo ejercicio del control social sobre el actuar estatal o privado prestador de servicios de utilidad pública.

⁷¹ Considerando 8°.

De allí que consideremos que es el entusiasmo por levantar una argumentación acorde con los valores y principios constitucionales contenidos en el ejercicio del derecho de acceso a la información lo que lleva a la Corte a incurrir en la imprecisión sobre el interés de la actora y la condena a la Superintendencia. Por las mismas razones que más atrás he criticado la aversión por acudir a las normas más importantes (en razón de su contenido), ahora debe resaltarse el uso que la Corte de Apelaciones hace de ellas.

Desde luego, cabe destacar –particularmente, en el voto concurrente de minoría– el que se reafirme el principio del control social de los particulares sobre las esferas públicas, que la misma Corte sentara en el primer caso sobre acceso a la información (*Claude con CONAF*). No es común ver en las sentencias de los tribunales de justicia chilenos referencias a decisiones pasadas, por lo que esta remisión debe ser aplaudida. En la misma línea, a poco andar, la Corte se separa de lo que ella misma dijera en otros casos –como *Nazur*–, donde eliminaba toda referencia a las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y las cláusulas constitucionales. En efecto, en esta decisión se establece con toda claridad que la normativa sobre acceso a la información está informada por tales normas y que a los tribunales les cabe una especial función en su cautela. Ante lo inédito, cabe reproducir el pasaje donde se dice

[q]ue, el espíritu que informa el procedimiento de amparo de acceso a la información pública se encuentra de acuerdo con lo dispuesto (...) en los tratados internacionales vigentes y, tal como lo afirmara en estrados la defensa de la recurrente, da cuenta del rol trascendental que desempeña la judicatura en la defensa de los principios de probidad y transparencia, cuyo estricto cumplimiento, por lo demás, resulta fundamental para la materialización de otros principios de rango constitucional como son, entre otros, los de igualdad ante la ley y el de debido proceso contemplados en el artículo 19 números 2° y 3° de la Carta Fundamental⁷².

⁷² Considerando 2°.

Por último, para fundar el voto concurrente de minoría, el abogado integrante parte señalando que,

conforme lo señala el artículo 1° de la Constitución Política, es deber del Estado asegurar el derecho de las persona[s] a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, máxima constitucional que expresa un elemento esencial del Estado democrático a que se adhiera el artículo 4° de la Carta Magna y reconoce un derecho esencial de la persona humana, de aquellos comprendidos en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental.

Parece oportuno reproducir íntegramente estos párrafos desde que dan cuenta de una correcta comprensión de la trascendencia de lo que se discute en estos casos: más allá de las reglas legales y administrativas, se está en frente de situaciones en las que se juegan grados de mayor o menor democracia y participación, por lo cual, al fijarse de la manera como lo hace la Corte en *Moral*, el marco en el que han de adoptarse las decisiones judiciales, los tribunales actúan correctamente, toda vez que las interpretaciones que realicen están destinadas a promover y proteger los derechos fundamentales de la personas, dando así cumplimiento al mandato constitucional establecido para todos los órganos del Estado (artículos 5°, inciso 2° y 6°).

8) Claude con Banco Central

El siguiente caso puede ser calificado como uno de lo más importantes y al mismo tiempo interesantes, tanto por la materia que se conoció como la forma en que los tribunales, de primera y segunda instancia, abordaron el asunto. Por tal consideración, ocuparé bastante más espacio que en los anteriores para su descripción y análisis.

En 1995, mientras el recurrente de este caso –el mismo que en *CONAF*– se desempeñaba como jefe de la Unidad de Cuentas Ambientales del Banco Central de Chile, dicha repartición elaboró un estudio sobre proyecciones del bosque nativo chileno en conjunto con la Universidad Austral, cuyas preocupantes conclusiones fueron objeto de una discusión pública que incluyó una declaración oficial del Banco y que diversas autoridades

solicitaran copia del mismo. El Banco accedió a proporcionar esa información, en conjunto con la metodología utilizada y las fuentes consultadas en la preparación del informe, enviándolo incluso a reparticiones que no lo habían requerido formalmente.

El mismo estudio, con todo, provocó la renuncia de Claude al Banco, debido a la falta de apoyo por parte del Consejo del instituto a la paralización de las actividades de difusión y discusión pública del documento (que estaban programadas) y a la intervención de la Unidad a su cargo por el entonces gerente de la División de Estudios (y posterior ministro de Hacienda), Nicolás Eyzaguirre. Según lo explicado por el recurrente, el Banco Central no quería que las conclusiones a las que se había arribado se hicieran públicas, por comprometer el desarrollo sustentable del bosque nativo chileno.

Años más tarde, a mediados de 2002, la prensa publicó las conclusiones de un nuevo informe sobre la misma materia que el mencionado estudio, las que variaban sustantivamente de aquellas contenidas en el informe archivado en 1995. Ante la discordancia en las conclusiones de ambos estudios, el actor solicitó al Banco acceder a los criterios metodológicos, antecedentes bibliográficos y demás elementos de análisis e investigación utilizados para la elaboración del nuevo documento, petición rechazada por el Banco por dos razones.

La primera de ellas decía relación con la normativa específica que rige al Banco Central, la cual le obliga a mantener reserva de las operaciones que efectúe, estipulándose pocas excepciones que, valga advertir, no eran aplicables al caso en comento. El Banco sostuvo, antes que todo, que el estatuto sobre acceso a la información contemplado en la Ley de Bases no le es oponible a él, ya que así lo señala expresamente su ley orgánica⁷³. La segunda razón esgrimida por el instituto emisor

⁷³ La argumentación del Banco se fundaba en el artículo 2°, inciso 1° de su propia ley orgánica que dispone que “[e]l Banco, en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, se regirá exclusivamente por las normas de esta ley orgánica y no le serán aplicables, para ningún efecto legal, las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público”; el artículo 66, que establece el deber de guardar reserva “respecto de los antecedentes relativos a las operaciones que efectúe”, exceptuándose únicamente de esta regla las solicitudes emanadas de órganos fiscalizadores, como la Superintendencia de Bancos, el Servicio Nacional de Aduanas, el Servicio de Impuestos Internos o el Ministerio Público; y el artículo 90, que excluye la aplicación de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado al Banco Central.

para negar la petición del solicitante era que esta involucraba a otro organismo público que había participado en la elaboración del informe (la Corporación Nacional Forestal, CONAF), órgano que había calificado la información como secreta o reservada, de conformidad con las normas del Decreto Supremo N° 26/2001. En esta línea, el recurrido plantea que no era en contra de él ante quien debía deducirse la acción de amparo, sino ante la propia CONAF. Como se observa, el caso es interesante en tanto se debatía la aplicación (o no) del estatuto sobre acceso a la información a un organismo de mucha relevancia, como es el Banco Central. Debía en este caso ponerse especial atención acerca de la mayor o menor extensión que este derecho tendría con respecto a un órgano de la Administración del Estado –al menos en sentido amplio, según se verá– cuya función es de crítica y sensible importancia.

El tribunal de primera instancia acoge la demanda interpuesta, obligando al Banco a proporcionar los antecedentes que se habían solicitado. Para hacer lugar a la acción de amparo, la jueza realiza una construcción dogmática que, según veremos, es insuficiente para sostener su conclusión. Si bien compartimos el resultado final al que llega, el modo como se encamina hacia la decisión merece reparos desde el punto de vista de la interpretación jurídica que, entre otras cosas, permite a la Corte de Apelaciones de Santiago revocar la sentencia, conforme revisaremos posteriormente.

El razonamiento judicial arranca trayendo a colación el DFL N° 1/19.653 (o Ley 18.575), que, en su artículo 1°, inciso 2°, señala que la Administración del Estado se compone por determinados organismos públicos, entre los cuales figura explícitamente el Banco Central⁷⁴. A continuación, el tribunal cita el estatuto orgánico del Banco, el cual prescribe, como se dijo, que a este no se le aplica la Ley 18.575 (artículo 90), y que para el ejercicio de sus funciones y atribuciones, el organismo se rige “exclusivamente” por las normas de su ley, sin que le sean aplicables “para ningún efecto legal” las reglas dictadas o que se

⁷⁴ La norma dispone que “[l]a Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

dicten para el sector público (artículo 2º)⁷⁵. A primera vista, lo que existe en el caso en estudio es una contradicción de reglas jurídicas: de una parte, la Ley de Bases incorpora como un órgano más de la Administración del Estado al Banco Central (lo que algunos denominan ‘concepto *amplio* de Administración’), con lo cual hace aplicable –según mostraré a continuación– al menos las normas de su Título I, y, de otro lado, el estatuto especial que le rige es perentorio en excluir a dicha ley general en su aplicación con respecto al Banco.

Para hacer frente a una situación como la aquí presentada, sabido es que la teoría general del Derecho considera, en general, tres criterios de solución, cuales son, el criterio según el cual la regla posterior deroga la regla anterior; aquel que obliga a aplicar la regla particular antes que otra de carácter genérico, y, finalmente, el criterio de jerarquía, por cuya virtud es la norma jerárquicamente superior la que ha de aplicarse preferentemente. Contrastando la Ley de Bases con el estatuto normativo del Banco Central, debe decirse que solo un criterio no tendría aplicación para concluir que las normas que han de aplicarse, en tanto reglas jurídicas, son aquellas contenidas en este último: estando en choque cuerpos de idéntica jerarquía normativa (todas las normas en conflicto son preceptos legales e incluso –aunque en definitiva sea irrelevante para estos efectos– todas son “orgánico-constitucionales”), debe atenderse a la temporalidad y/o a su grado de especialidad. Y en este examen, la Ley Orgánica del Banco Central de 1989 no solo es posterior al estatuto orgánico de la Administración del Estado, dictada en 1986, sino además es evidentemente específica en cuanto a su materia; la última es, como su nombre lo indica, de “Bases Generales”⁷⁶.

⁷⁵ Cabe plantear la inconveniencia e inadmisibilidad de una regla que pretende congelar la actividad del legislador, disponiendo que ni aun las normas “que se dicten” en el futuro podrán ser aplicadas al Banco Central. Argumentar desde esta perspectiva, como lo hace el Banco, genera altas sospechas de compromiso democrático.

⁷⁶ Aunque, podría argumentarse, a pesar de que las normas sobre acceso a la información que aquí se revisan se sitúan en la Ley de Bases, ellas fueron incorporadas recién en 1999 a dicho estatuto, por lo cual serían posteriores y no anteriores, como recién he señalado. Con todo, la ley de probidad administrativa (19.653) no es un estatuto independiente de los demás cuerpos normativos que gobiernan la actividad de los órganos administrativos. Ella, en efecto, modificó varias leyes y, además, se incorporó a la Ley de Bases. Agradezco a Santiago Montt su discusión sobre este punto.

¿Cómo, entonces, es que resultando claro que las normas que debieran aplicarse son aquellas de la Ley Orgánica del Banco, el tribunal acogió la demanda? Decíamos que la jueza parece advertir el problema, ya que no omite ninguno de los preceptos en conflicto normativo, sin embargo lo resuelve de un modo muy inadecuado. Veamos. Enunciadas las normas jurídicas que se disputan la primacía, el fallo cita las causales que el DFL N° 1/19.653 (o Ley de Bases) establece para denegar la entrega de los documentos o antecedentes solicitados para, a continuación, reiterar los hechos del caso: que el actor requirió la información sobre la metodología utilizada en la elaboración del Informe cuestionado y que el Banco Central, junto con desconocer el imperio de la Ley de Bases, “condicionó la proporción de los informes entregados por CONAF a ‘la autorización expresa de dicha corporación’”⁷⁷. Hecho lo anterior, en un solo párrafo, la jueza determina rechazar las alegaciones del Banco, haciendo lugar a la pretensión del demandante. Es la opinión del tribunal

[q]ue en lo que se (*sic*) dice relación con los fundamentos de las alegaciones a que hizo referencia el Banco recurrido sobre la reserva, est[o]s no fueron lo suficientemente idóne[o]s para tener por acreditada la circunstancia de que en autos se den los presupuestos exigidos por la norma del artículo 66 de la Ley N° 18.840 ya citada, como asimismo lo estipulado por los incisos 6°, 10° y 11° [del artículo 13] del DFL 1/19.653, para que dicha institución pudiese operar, no debiendo por ende, el Banco recurrido haber impedido o de algún modo condicionado el libre acceso a la información sublite por parte del recurrente⁷⁸.

Una vez más nos encontramos con una desconcertante forma de resolver un conflicto jurídico por parte de un tribunal de la República: la jueza, como se ve, aduce la falta de prueba de los presupuestos exigidos por la norma que ordena guardar reserva de las operaciones del Banco (artículo 66 de su Ley Orgáni-

⁷⁷ Claude Reyes con Banco Central, 7° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 19-2003, sentencia de veintitrés de junio de 2003, considerando 12° (copia del fallo en poder del autor).

⁷⁸ Considerando 13°.

ca) y de aquellos establecidos en la Ley de Bases para denegar la información solicitada. Al respecto, surgen algunos comentarios: en primer lugar, la norma que obliga a guardar reserva de la operaciones realizadas por el Banco no prescribe, como piensa la jueza, ningún tipo de presupuesto; ella solo dispone que, como regla general, “[e]l Banco deberá guardar reserva respecto de los antecedentes relativos a las operaciones que efectúe”, excluyéndose únicamente de dicha regla a la persona que haya tomado parte en la operación, su mandatario o representante legal. En otras palabras, los presupuestos existen –como debe ser– para que la excepción tenga lugar, pero no para que proceda la regla⁷⁹. En segundo término, no se entiende por qué se saca de la mesa a las demás normas de la Ley del Banco Central, esto es, aquellas que generaban el problema de inaplicación de la Ley de Bases aplicándose al mismo tiempo –aunque no lo diga– el artículo 13 de esta. Es, en verdad, cuestionable que, junto con inventar presupuestos en el estatuto del Banco para que exista el deber (permanente) de guardar reserva respecto de las operaciones, se sostenga que tampoco se dan los casos que la Ley de Bases contempla para denegar el acceso a la información sin despejar el cuestionamiento que se hace de la aplicación de esta Ley (y que permitió a la Corte revocar la decisión).

La confusión de la jueza es aún mayor cuando refuerza su sentencia recurriendo a la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago sobre el derecho de la población sorda a *recibir* la información de los noticiarios televisivos⁸⁰. El esfuerzo por nutrir su decisión con doctrina judicial anterior debe remarcar, pero resulta difícil de explicar por qué no se acude a alguno de los (pocos) casos que desarrollan sustantivamente el

⁷⁹ Esto no impide que la cláusula del artículo 66 de la Ley del Banco Central, que ordena guardar reserva de las operaciones que este efectúe, sea considerada, conforme a lo dispuesto en la Ley de Bases Generales, un caso de reserva establecido en una disposición de carácter legal (artículo 13, inciso 11).

⁸⁰ Enfatizo el verbo ‘recibir’ porque, como he señalado en otro lugar, en rigor técnico y conceptual, el acceso a la información supone una construcción diversa (y más compleja) que el derecho a recibir información, en tanto este último puede entenderse simplemente como corolario de la libertad de expresión, como su dimensión social, en circunstancias que el acceso a la información, junto con servir como derecho instrumental, supone una actividad diferente tanto de parte del sujeto requirente, como del sujeto requerido. Contesse, ob. cit. supra nota 12, pp. 201-213.

derecho de acceso a la información como un mecanismo de control social de la actividad estatal para sostener su raciocinio (*i.e.*, *Claude con CONAF* o *Moral con SEC*). Finalmente, el tribunal cree traer a colación el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para reafirmar su decisión; “cree traer” porque la cita que hace no pertenece a la Convención que aduce sino al Anexo VI del Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA de 1999⁸¹. Con todos estos elementos, y no otros, concluye la jueza que

el Banco recurrido, con su conducta, privó injustificadamente a este particular de acceder a la información *sub-lite*, vulnerando con ello el derecho a la información pública que no solamente este tiene y puede ejercer, sino que el que, además, poseen todos y cada uno de los ciudadanos, cuya razón central sea el interés de la comunidad, sin obstáculos indebidos o limitaciones injustificadas⁸².

Así, entonces, no solo se utilizan de manera imprecisa fuentes legales, sino, lo que resulta más grave, el fallo en estudio no se hace cargo del problema central del caso –valga la redundancia con el nombre del recurrido: si es que el Banco debe o no sujetarse a la normativa sobre acceso a la información contenida en la Ley de Bases. Recordemos que este es el argumento principal que el instituto emisor planteó y, según vimos, el que mayor asidero tiene en la teoría del Derecho, por lo cual reclamaba de parte del tribunal la mayor atención. La jueza, no obstante lo anterior, señaló que no se daban los presupuestos para que procediera la reserva de la Ley del Banco o la denegación legítima de los antecedentes contemplada en la Ley de Bases, pero, junto con omitir explicar por qué el último estatuto tenía

⁸¹ La frase que se cita dice: “los órganos públicos tienen la obligación de revelar la información y todos los integrantes de la ciudadanía tienen en derecho consiguiente a recibir información” (en Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999, Anexo 6: El derecho del pueblo a la información (principios relativos a la legislación sobre libertad de información, p. 95). El informe, sin anexos, está disponible en www.cidh.org/relatoria. Agradezco a Eduardo Bertoni, relator especial para la Libertad de Expresión, el haberme proporcionado el Anexo citado).

⁸² Considerando 18°.

aplicación preferente al caso, parece sugerir que solo en esta situación particular, ante la falta de presupuestos, el Banco no puede mantener en reserva los mismos. Pero sobre la situación general –cual es la relación de eventual sujeción del Banco a las normas sobre acceso a la información y que es, sin duda, la cuestión jurídica más relevante– ni una sola palabra.

Ante el misterio judicial, cabe avanzar una posible solución a dicho problema. El Banco Central de Chile, ¿es o no sujeto imperado del estatuto general sobre acceso a la información?, ¿lo es en algunos casos o en todos? Si queda obligado por tales normas solo en algunos casos, ¿es posible determinarlos?, ¿cómo? Respuestas a esta clase de preguntas, que el legislador a veces no alcanza a prever, son las que se esperan de parte de los tribunales de justicia; al menos, de aquellos que se ven a sí mismos como un genuino Poder del Estado y no como seres inanimados que solo pronuncian las palabras de la ley, según la desafortunada y a la vez célebre frase de Montesquieu. Cabe analizar, en consecuencia, la situación planteada.

El problema a dilucidar consiste en determinar si la Ley de Bases, específicamente las normas sobre publicidad y transparencia, tienen aplicación o no a los casos en que el Banco Central esté implicado; y, de hacerlo, con qué carácter: general o particular. En mi opinión, el Banco Central, no obstante ser un órgano constitucionalmente autónomo (artículos 97 de la Constitución y 1º inciso 1º de su Ley Orgánica), sí debe quedar sujeto al estatuto general sobre acceso a la información contenido en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, aunque no de modo absoluto⁸³. Lo anterior por dos órdenes de razones: en primer lugar, no es tan claro que las normas de ambas leyes (orgánicas) sean, como se ha dicho hasta ahora, irreconciliables, de modo que la aplicación de una de ellas deba “expulsar” a la otra del sistema, como ocurre cuando se está en

⁸³ Para quienes no aceptan la distinción entre los conceptos amplios y restringidos de la Administración del Estado, esta afirmación es incorrecta: para ellos, el Banco Central, en tanto órgano autónomo, no forma parte de la Administración del Estado ni del Gobierno. Véase, por ejemplo, Fernández, Miguel Ángel, “Acerca del Concepto de Gobierno y Hacia una Nueva División de Funciones”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año LXV, N° 202, Julio-Diciembre 1997, Concepción, pp. 85-91 (quien considera que el artículo 1º de la Ley de Bases debe entenderse derogado por ser, a su juicio, contrario a la Constitución Política).

presencia de un conflicto de reglas⁸⁴. Y, en seguida, según veremos a continuación, de seguirse fielmente la tesis de no aplicación absoluta de la Ley de Bases, debiéramos aceptar ciertas absurdas conclusiones. El análisis que emprendo nos lleva a examinar, de modo no exhaustivo, el concepto de autonomía (constitucional y técnica) del Banco.

Si se observa con atención, la Ley de Bases (general y anterior a la del Banco Central) parte señalando que el organismo emisor *es* parte de la Administración del Estado. El Banco Central, al igual que los Ministerios, las Intendencias, las Municipalidades, la Contraloría General de la República, entre otros, forma parte de la estructura burocrática que compone la Administración (art. 1º, inciso 2º). Por ello, en principio, las normas de esa ley (de “Bases Generales de la Administración del Estado”) debiera aplicársele⁸⁵. ¿Cuál es la razón que el Banco esgrime para excluirse de su aplicación? La existencia de los artículos 2º y 90 de su estatuto orgánico, que disponen, respectivamente, que para ningún efecto legal le serán aplicables otras normas al Banco y que la Ley 18.575 (o de Bases Generales) específicamente no le es aplicable. Sostengo que la contradicción es solo aparente en razón del deber del juez de interpretar la ley de un modo consistente con *todo el sistema jurídico*, y no solo con alguna parte de él, particularmente si con ello puede generarse una tensión con normas de mayor importancia, como son los preceptos constitucionales.

Si las normas que dicta el legislador han de tener algún sentido, entonces forzoso resulta dotar de contenido a la regla que incluye al Banco Central dentro de los órganos de la Administración del Estado, toda vez que la Ley de Bases señala expresamente que las normas de su Título II “no se aplicarán (...) al Banco Central”. ¿Qué significa lo anterior? El Título II se limita a

⁸⁴ Véase, al respecto, Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales (trad. de Ernesto Garzón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss., y Dworkin, Ronald, Los derechos en serio (trad. de Marta Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984, pp. 72 y ss.

⁸⁵ El Banco Central, preocupado (o casi obsesionado) por cuidar su autonomía técnica, consideraría que lo que acabo de sostener es una barbaridad. En una publicación, es categórico en señalar que “el Instituto Emisor no forma parte de la Administración del Estado”, a pesar de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de Bases (véase Banco Central de Chile, Banco Central de Chile: Preceptos Constitucionales, Ley Orgánica y Legislación Complementaria, Banco Central de Chile, Santiago, agosto de 2000, p. 11).

regular “[l]a organización básica de los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” pues, con relación a los demás organismos que, según indica el Título I (artículo 1º), sí forman parte de la Administración pero no caen bajo las reglas del Título II, existen normativas especiales. Así acontece, efectivamente, con la Contraloría General de la República (Ley Nº 10.336), el Banco Central (Ley Nº 18.840), las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (Ley Nº 18.948), los Gobiernos Regionales (Ley Nº 19.175), las Municipalidades (Ley Nº 18.695), el Consejo Nacional de Televisión (Ley Nº 18.838) y las empresas públicas creadas por ley, todos los cuales son excluidos de su aplicación por el artículo 21, inciso 2º de la Ley de Bases, y todos los cuales, como se ve, tienen a su respecto una legislación específica.

Si se estatuye expresamente una regla excepcional de exclusión, *a contrario sensu*, las cláusulas del Título I sí se aplican, como regla general, a todos los órganos de la Administración respecto de los cuales el legislador ha debido dictar legislaciones específicas. De esta manera, la forma correcta en que deben entenderse las normas de la Ley del Banco Central que impiden su regulación por otros cuerpos es limitada: está limitada por la normas comunes a toda la Administración de la Ley de Bases, antes que todo, en cuanto el artículo 2º del estatuto del Banco se refiere al ejercicio de sus “funciones y atribuciones” (particulares), vale decir, el “velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos (artículo 3º), lo cual, como se observa, nada tiene que ver con (la solicitud de exhibir) la metodología y los criterios de investigación para elaborar un estudio sobre cuentas ambientales⁸⁶.

⁸⁶ Enrique Silva considera que “existe, por así llamarlo, el derecho a la publicidad, el derecho a que la Administración del Estado, o en términos más amplios, los órganos que integran el Estado, sean estos del campo administrativo, legislativo o judicial, no pueden operar sobre la base del secreto como norma general, porque, a la inversa, lo que respeta y consagra la Constitución de la República es precisamente el concepto de publicidad” (Silva, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 133-135, citado en Fernández, Miguel Ángel, “El principio de publicidad administrativa”, en Pantoja, R. (ed.), *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Ed. ConoSur, Santiago, 2000, p. 737). Fernández, en efecto, entiende, en un interesante análisis, que el principio de publicidad, aunque no está formulado de manera explícita, sí está contemplado a nivel constitucional (ibíd., pp. 730-742).

Y, en seguida, la obligación de guardar reserva –que, dicho sea de paso, satisface el estándar de estar consagrada en una norma de rango legal y no reglamentario– se refiere, como también parece normal, a “los antecedentes relativos a las operaciones que efectúe” el Banco. Si, como debe hacer el intérprete, se pondera esta frase con el contexto de la misma ley, puede concluirse que este legítimo deber de reserva está concebido para determinadas funciones que cumple el Banco, a saber, las “operaciones”, que razonablemente pueden reclamar dicho ámbito de reserva. Porque en el Título III de la Ley del Banco Central, se detallan cuáles son las *operaciones* que efectúa el Banco –como asimismo, cuáles son sus “atribuciones”–, conteniéndose dentro de las primeras el “otorgar financiamiento y refinanciamiento solo a las empresas bancarias y sociedades financieras” (párrafo 1º), “emitir billete y acuñar moneda” (párrafo 2º), “fijar tasas de encaje (...), ceder documentos de su cartera de colocaciones y de inversiones” (párrafo 3º), regular el mercado financiero y de capitales, entre muchas otras. Si se observa cuáles se consideran “operaciones” del Banco Central, no parece insensata la obligación de reserva que se contiene en el artículo 66: se comprende que se excluya del conocimiento público antecedentes relativos a las *operaciones* más críticas de un banco central; pero de allí no se sigue que respecto de cualquier *actuación* rija este deber de reserva. Y menos aún si se considera que la norma que obliga al Banco a elaborar el tipo de estudios que originó este caso –el artículo 53 de la Ley–, si bien se encuentra dentro del Título III, está bajo el párrafo 9º, relativo a “otras atribuciones del Banco Central” (y no, como debiera ser para que rigiera con absoluto rigor la reserva, otras “operaciones”)⁸⁷. Al hablar sobre la autonomía del Banco, algunas páginas más adelante, volveré sobre este tema.

Decía que el primer orden de argumentos tenía que ver con la no necesaria contradicción entre las normas de las dos leyes en análisis. He intentado mostrar que existe al menos una manera en que ambos cuerpos normativos, que contienen normas aparentemente contradictorias, pueden, a los efectos de promo-

⁸⁷ Poniendo entre paréntesis –solo por un momento– el problema de origen de que adolece el Decreto Supremo 26/2001, debe señalarse que entre las causales de reserva que allí se contemplan se encuentran los actos y documentos relativos a “la política monetaria y divisas” (artículo 8º, letra a), número 3 del Reglamento).

ver el cumplimiento de ambas, conciliarse (aunque de un modo restringido). Pero, junto con este argumento, debe tenerse en cuenta que, de rechazarse de plano y absolutamente la aplicación de la Ley de Bases (salvo, según disposición perentoria, el Título II), se llegarían a absurdos como excluir al Banco Central de la obligación de respetar en su actuar la Constitución y las leyes (artículo 2º), o de observar los principios de responsabilidad, eficacia y eficiencia (artículos 4º y 3º), o abstenerse de realizar actividades políticas (artículo 19). La interpretación de estas normas debe ser una que tienda a darle sentido y aplicación a las mismas y no, como acontecería de seguirse la tesis que critico, a excluirlas del ámbito de aplicación. Particularmente, si se trata de una materia en la que están involucrados derechos fundamentales⁸⁸.

Cabe preguntarse acaso se afecta la autonomía del Banco por el hecho de hacerlo sujeto pasivo de las normas sobre acceso a la información contenidas en el Título I de la Ley de Bases. La respuesta, sostengo, varía según cuál sea la información que se solicita y ello, naturalmente, es una apelación al criterio jurisdiccional que debe ponderar en cada caso particular sus circunstancias específicas. Dicho de otra manera, si lo que está en juego es la aplicación de un derecho fundamental en tensión con un valor constitucional –el derecho de acceso a la información pública y la autonomía técnica del Banco–, entonces su aplicación opera según lo ordena un mandato de optimización⁸⁹. Y en tal sentido, al intérprete le corresponde darle aplicación *en la mayor medida de lo posible* a las normas sobre acceso a la información, estando constreñido por circunstancias fácticas y jurídicas, siendo las primeras aquellas que caso a caso irán variando –como, por ejemplo, el tipo de información que se demanda–, y las segundas, los principios y valores que ordenan una respuesta en sentido opuesto –en este caso, el deber de reserva respecto de las operaciones bancarias y la autonomía

⁸⁸ Por otra parte, una muestra de deficiente técnica legislativa es que la propia ley de probidad administrativa relativiza la perentoria frase del artículo 90 de la Ley del Banco Central, al modificar el artículo 14 de dicho cuerpo normativo (según se verá más adelante), estableciendo que sin perjuicio de lo dispuesto en el mencionado artículo 90, a efectos de la regulación que allí se hace (declaración de intereses de los Consejeros del Banco), se aplica el artículo 61 de la Ley de Bases Generales.

⁸⁹ Alexy, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, pp. 45-47.

constitucional del Banco que ordena su necesaria y legítima independencia en el manejo de la política monetaria y cambiaria⁹⁰.

En el análisis del caso en estudio, la decisión del tribunal de primera instancia de acoger la demanda de acceso a la información tiene asidero, según lo dicho precedentemente. Las circunstancias fácticas del caso nos remiten a la solicitud de la metodología y fuentes bibliográficas utilizadas en el segundo estudio publicado por el órgano estatal que, como se explicó, habían sido incluso difundidas con ocasión del primer estudio, de 1995. Se trata, como he insistido a lo largo de estas páginas, de fijar la vista en el *tipo de información* que se requiere. Y ya sabemos que esta no tenía relación con las operaciones del Banco sino con una cuestión bastante menos delicada (desde el punto de vista de las funciones y atribuciones *propias* del órgano emisor), cual era, el hacer pública la forma como llegó a las conclusiones de su estudio de 2002. Rescatando el fallo de primera instancia, debe decirse que en un pasaje de la sentencia la jueza pareciera advertir esta cuestión, pues señala, en el párrafo reproducido más arriba, que no se dan en la especie ninguno de los presupuestos que le impida a la institución *operar*. Pero lo cierto es que esta es una lectura constructiva de la decisión, ya que lo crítico de su lenguaje dificulta concluir de manera terminante esta afirmación.

Dicho lo anterior respecto del examen que debe hacerse de las circunstancias fácticas de cada caso, y que obligará al intérprete a determinar cuál es el tipo de información que se solicita, resta hacerse cargo de las circunstancias jurídicas que juegan en sentido opuesto a la entrega de la información. Respecto del Banco Central como sujeto pasivo, hemos dicho que puede identificarse en esta dimensión (de circunstancias jurídicas) la norma que obliga a guardar reserva de sus operaciones (artículo 66 de la Ley Orgánica) y a su carácter de órgano constitucionalmente autónomo (artículo 97 de la Carta Fundamental). Sobre la primera, valga lo señalado más arriba.

⁹⁰ Debe tenerse presente que, en general, la discusión sobre la autonomía del Banco suele centrarse en su relación con los demás poderes del Estado. La situación aquí es, evidentemente, otra: se trata de la relación del Banco, como órgano estatal –aún más, como miembro de la Administración del Estado–, con los ciudadanos interesados en el control social del actuar de las autoridades.

En cuanto a la autonomía del Banco, el equilibrio que debe existir entre su membresía en la Administración del Estado y su (insisto, necesario) grado de independencia en relación con el Poder Central aparece como uno de los aspectos de fondo más relevantes, no solo respecto de este caso en particular, sino en general con la forma en que ha de entenderse la autonomía constitucional de ciertos órganos. El modo en que se ha comprendido normalmente esta relación –que tiende a desconocer la necesidad de conciliar una relación que favorezca la aplicación de derechos fundamentales–⁹¹ requiere evidentemente de un estudio más acabado que el que ahora emprendo⁹². Con todo, sí es preciso dar algunas luces al respecto, al menos en cuanto al caso en análisis. Para ello la sentencia del Tribunal Constitucional que recayó sobre el proyecto de ley orgánica del Banco Central y la discusión legislativa de la ley sobre probidad administrativa entregan algunos antecedentes.

En relación con el fallo del Tribunal Constitucional, este tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad de la autonomía que la ley le otorga al Banco, en tanto, se impugnó, ella “cerceñaría facultades que la Constitución confiere al Presidente de la República, específicamente la de ejercer la administración económica del Estado”⁹³. El Tribunal concluyó, sin embargo, que los reparos que se efectuaban no tenían asidero toda vez que la *facultad* de administrar del Presidente “no comprende ni puede comprender a los organismos autónomos que contempla la Constitución, como la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades”⁹⁴. Lo anterior, con todo, no importa que las normas sobre acceso a la información no alcancen al Banco Central, toda vez que la idea subyacente a la decisión del Tribunal es que respecto de los órganos autónomos y el Presidente no puede verificarse la relación de dependencia

⁹¹ Contesse, ob. cit. supra nota 12, pp. 227-228.

⁹² Para ello, puede consultarse Ferrada, Juan Carlos, “La autonomía como técnica de reparto de potestades públicas: el caso del Banco Central de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, Santiago, 1998, pp. 335-344. Según el análisis de Ferrada, quien razonadamente rechaza el carácter de ‘órgano constitucional’ del Banco, este “es el órgano especializado de la Administración del Estado para regular la moneda y el crédito, de acuerdo a las definiciones políticas globales dispuestas por los órganos constitucionales pertinentes” (p. 341).

⁹³ Tribunal Constitucional, sentencia de 20 de septiembre de 1989, Rol N° 78.

⁹⁴ Considerando 13°.

que existe entre este y, por ejemplo, los Intendentes o Gobernadores, ni la relación de supervigilancia y tutela que se verifica entre los órganos descentralizados y el Jefe de la Administración.

Y es que, en efecto, el Tribunal razona sobre la base de la autonomía *económica* o *técnica* que debe tener el Banco Central: para ello, como es común, cita las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, donde queda claro que los comisionados consideraban “entre las medidas correctivas destinadas a lograr el saneamiento económico, la necesidad de crear un órgano autónomo, ajeno a las influencias políticas, encargado de establecer y regular *la política monetaria y cambiaria*”⁹⁵. Enfrentado a la cuestión (que para estos efectos importa definitivamente) sobre la posición que, en general, tiene un órgano autónomo en relación con el Presidente –aunque a nosotros nos importa, como señalé, su relación con un “ciudadano interesado”–, el Tribunal Constitucional concluye que “ninguno [...] de los organismos autónomos que contempla o permite la Constitución puede decirse que estén *plenamente* sometidos al gobierno y administración del Estado que compete al Presidente de la República”⁹⁶, agregando que “pretender que el Banco Central esté sujeto al poder jerárquico del Presidente de la República sería inconstitucional, pues la Constitución lo crea como un órgano autónomo”⁹⁷.

Como se observa, el raciocinio del Tribunal está circunscrito, por una parte, al grado de autonomía económica que se le entrega al Banco y, por otra, a cómo ella se configura en relación con el Poder Central, vale decir, el Presidente de la República, en tanto Jefe de la Administración del Estado. Pues bien, desde que el caso en análisis no dice relación con aspectos de las operaciones de política monetaria o cambiaria del Banco, ni con su relación con el Presidente, sino que se refiere a actuaciones diversas que interesan a un ciudadano, la argumentación que se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional tiene relativa importancia. Aporta algunos antecedentes que permiten sostener la idea que la autonomía técnica que requiere el Banco

⁹⁵ Considerando 14° (énfasis agregado).

⁹⁶ Considerando 18° (énfasis agregado).

⁹⁷ Considerando 19°.

Central debe conciliarse con su carácter de miembro de la Administración del Estado, de conformidad con la Ley de Bases⁹⁸.

Ahora bien, en relación con la discusión que se planteó en el Congreso Nacional cuando se debatía el proyecto de ley sobre probidad administrativa, uno de los temas sobre los que se concentró el debate fue el veto que el Banco hiciera a la norma de dicha ley que incluía entre los funcionarios de la Administración del Estado con obligación de declarar intereses a los Consejeros del Banco. De acuerdo al instituto emisor, era conveniente que la obligación de declarar intereses, que no se impugnaba, no estuviere situada en la Ley de Bases, toda vez que en tanto “órgano de rango constitucional, de carácter autónomo, que no se rige por las disposiciones aplicables a la Administración”⁹⁹, dichas reglas debieran estar en su propio estatuto orgánico¹⁰⁰. El Gobierno accedió a esta petición del Banco e introdujo una indicación sustitutiva al proyecto, proponiendo “sustraer al Banco Central y a sus autoridades de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, *en lo relativo a la declaración de intereses*, y trasladar idénticas disposiciones a la Ley Orgánica del Banco Central”¹⁰¹. Destaco el entendimiento del Ejecutivo de que la exclusión del Banco lo era para los efectos que se discutían, esto es, la declaración de intereses que todo funcionario de la Administración ha de realizar, y no, como estaba presente en la argumentación del Banco, *para todos los efectos legales*.

⁹⁸ Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional que recayó sobre el proyecto de Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Rol N° 39, de 2 de octubre de 1986), es enfática en considerar que tanto la Constitución –en su artículo 38– como el proyecto en estudio incorporan un concepto amplio de Administración, que va más allá de la Administración Pública, “sin perjuicio de que determinadas instituciones u organismos queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, del ámbito de esta ley orgánica constitucional, ya que en tales casos, por su naturaleza especial, la Carta Fundamental regula por sí misma su organización básica como ocurre con (...) el Banco Central” (considerando 6°).

⁹⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, recaído en las observaciones del Presidente de la República al proyecto de ley sobre probidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado (boletín N° 1510-07), sesión de 5 de octubre de 1999, p. 182.

¹⁰⁰ Según este argumento, tampoco debiera incluirse consecuentemente al Contralor General, Alcaldes, Concejales y miembros de las Fuerzas Armadas (tal como lo hace el artículo 57 de la Ley de Bases).

¹⁰¹ Informe de la Comisión de Constitución..., p. 182 (énfasis agregado).

Por último, más atrás dije que volvería sobre la eventual tensión entre las normas de la Ley del Banco Central –que excluyen, en principio, toda otra norma jurídica que pretenda alcanzar al órgano– y aquellas de la Ley de Bases que se refieren al acceso a la información y, en un sentido más amplio, a los principios de publicidad y transparencia. Y señalé que lo haría en relación con la autonomía que el Banco defiende (y que, valga reiterar, no ataco *per se*). En la discusión legislativa es interesante advertir que al momento de votarse la indicación recién comentada en el Senado, el único parlamentario en contra de ella basó su rechazo en que “el criterio general que se sigue en el nuevo artículo 59 de la ley 18.575 [actual artículo 57] es el de incluir a todas las autoridades de los organismos comprendidos en el concepto amplio de Administración del Estado consagrado en el artículo 1º, inciso segundo, de la misma ley, dentro de los cuales no solo se contempla al Banco Central sino que también a otros organismos autónomos, que tienen su propio estatuto orgánico constitucional, como la Contraloría General de la República, las municipalidades y los gobiernos regionales”, agregando que “no puede pretenderse invocar la autonomía en materias como la probidad administrativa”¹⁰².

Y la idea según la cual la autonomía constitucional de un órgano como el Banco Central no puede importar su inmunidad frente a las normas sobre publicidad y transparencia se ve, finalmente, confirmada por la consideración que se tuvo en el Congreso Nacional al modificar el antiguo artículo 18 (actual 21) de la Ley de Bases. Cabe recordar que esta es la norma que establece el concepto *restringido* de Administración del Estado, esto es, excluye determinados organismos, dentro de los cuales se ubica el Banco Central. En un comienzo, el proyecto de ley que discutía el Parlamento, específicamente el Senado después de despachado por la Cámara de Diputados, contenía una norma que reemplazaba el inciso segundo del ex artículo 18, disponiendo que a los órganos excluidos de la regulación del Título

¹⁰² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en las observaciones del Ejecutivo, en segundo trámite, al proyecto de ley sobre probidad administrativa de los órganos de Administración del Estado (boletín N° 1510-07), sesión de 13 de octubre de 1999, p. 544. El voto es del senador de oposición Hernán Larraín (actual presidente del Senado), quien, como se verá más adelante en este trabajo, ha jugado un importante papel en la promoción de la transparencia y publicidad en la Cámara Alta y en su regulación normativa general.

II de la Ley de Bases y que tenían sus propios estatutos normativos, les sería aplicable, con todo, el Título III de dicha Ley, salvo en aquello que expresamente se dispusiera lo contrario¹⁰³. Sin embargo, tal como consta en actas, en la Comisión del Senado se “consideró innecesaria la referencia al Título III hecha al final del segundo inciso del artículo 18, según el texto de reemplazo que [contenía] el proyecto de la Cámara de Diputados, porque si los estatutos jurídicos propios de los órganos exceptuados en dicha disposición no contienen normas sobre probidad, se les aplicarán las de la ley 18.575 con carácter supletorio, ya que solo están eximidos de los preceptos incluidos en el Título II de la misma”¹⁰⁴. Así es como el proyecto que finalmente fue promulgado como ley de probidad administrativa –y que modificó el antiguo artículo 18 de la Ley de Bases– recogió el parecer de la Cámara Alta, y el actual artículo 21, inciso 2º, no contempla ninguna referencia al Título III, por lo que debe entenderse se siguió la opinión de la Comisión del Senado; esto es, que respecto de aquellos estatutos que no contuvieran normas sobre probidad, se les aplicaría *con carácter supletorio* el régimen de la Ley de Bases.

Las normas sobre acceso a la información a las que este trabajo ha dedicado su estudio forman parte, como señalé en la introducción, de la agenda de ‘probidad y transparencia’ que impulsó el Ejecutivo desde la constitución de la Comisión de Ética Pública, en 1994. Ellas se ubican en el Título I de la misma Ley que contiene, en el Título III, las cláusulas sobre probidad administrativa; pues bien, si la Comisión, cuya opinión fue finalmente adoptada, consideró que supletoriamente podían regir las normas sobre probidad del Título III, del mismo modo –o incluso, con mayor razón, desde que el artículo 1º de la Ley menciona expresamente al Banco Central– las normas sobre

¹⁰³ El proyecto de inciso 2º del artículo 18 establecía: “Las normas del presente título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley, los que se regirán por las normas constitucionales pertinentes, por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda, y por las disposiciones del título III de esta ley que no les sean expresamente inaplicables” (énfasis agregado).

¹⁰⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley de la Honorable Cámara de Diputados sobre Probidad Administrativa, sesión de 1 de octubre de 1997, p. 147.

transparencia que se materializan en la regulación del derecho de acceso a la información pública pueden reclamar dicha aplicación en subsidio. Si a ello agregamos que en las reglas sobre publicidad de la Ley del Banco Central –Título V– se dispone como causal de excepción al deber de guardar reserva de sus operaciones (contenido en el artículo 66) el caso en que un antecedente sea requerido “por la justicia ordinaria”, entonces puede concluirse que un juez de letras está facultado para ordenar al Banco –como ocurrió en la primera instancia del caso en análisis– la entrega de cierta información¹⁰⁵. Lo que he querido dejar sentado es que en la comprensión del Senado –cuya opinión prevaleció– las normas de la Ley de Bases sí pueden alcanzar a órganos autónomos como el Banco Central.

En suma, parece posible concluir que en tanto la información que se solicite al Banco Central no diga relación con sus operaciones, no rige el deber permanente de reserva dispuesto por su ley orgánica. Existe, por decirlo de un modo técnico, una prioridad *prima facie* en favor de la exhibición de los documentos y antecedentes solicitados, por lo cual el Banco, en tanto sujeto pasivo, ha de probar que está legalmente habilitado para negarse a la entrega de la información, mientras no se trate de información sobre sus operaciones. Y esto tendrá que hacerlo como cualquier otro órgano de la Administración del Estado, en tanto lo disponen las reglas sobre acceso a la información contenidas en el Título I de la Ley de Bases, la que es aplicable al Banco, si bien no “plenamente”, para utilizar la frase del Tribunal Constitucional, al menos en tanto lo regulado por dicho Título (teniendo como límite, hemos dicho, las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso).

Después de esta larga revisión de la sentencia de primera instancia, debemos ver qué ocurrió en la Corte de Apelaciones (de Santiago), donde la decisión fue unánimemente revocada.

¹⁰⁵ Al tratarse de una excepción al deber de reserva de las “operaciones” del Banco, un juez, conociendo de una solicitud de acceso a la información, podría, siguiendo el argumento, ordenar al órgano exhibir información que hemos considerado más sensible que la referida a la metodología y fuentes utilizadas para la elaboración de un estudio de cuentas ambientales. Considero que sólo una reforma legal podría dar mayor luz sobre este punto; mientras, cabe insistir en que al juez o jueza le corresponderá analizar las circunstancias fácticas del caso para determinar si procede o no invertir el deber de reserva respecto de las operaciones, vale decir, auscultar, ante todo, el tipo de información que se requiere.

La Corte capitalina consideró, en un razonado fallo, que la información solicitada no debía ser exhibida, teniendo su decisión como eje principal la cuestión jurídica debatida más atrás, esto es, que las normas de la Ley de Bases no le son aplicables al Banco Central. Al respecto, la Corte adujo el artículo 13 del Código Civil, el que establece el principio según el cual una ley especial deroga otra general¹⁰⁶. El tribunal de alzada sostuvo, en efecto, que

la norma del artículo 90 de la Ley Orgánica Constitucional [del Banco Central] es una ley especial que prima sobre las contenidas en la legislación general, lo que concuerda con el espíritu de la norma, en cuanto tuvo por expresa finalidad excluir al Banco Central de dicha legislación, dada la nueva institucionalidad que le fijó su Ley Orgánica Constitucional, dictada en cumplimiento de los preceptos de la Constitución Política de la República¹⁰⁷.

Al respecto, puede decirse, en primer término, que no parece del todo correcto la afirmación de la Corte si se tiene presente la decisión del Tribunal Constitucional que hace un rato revisamos. Allí se dice que la legislación genérica de la Administración del Estado no es *plenamente* aplicable, por lo cual, cabe concluir, sí existe una dimensión en la cual el Banco es sujeto imperado por ella. Ya intenté mostrar cuál puede ser dicha área. Lo que me interesa resaltar ahora es que la exclusión absoluta que se desprende de la decisión de la Corte de Santiago no está en sintonía con el examen que hiciera el Tribunal Constitucional del proyecto de ley (y posterior estatuto orgánico) relativo al Banco Central. Debe recordarse que, en esa oportunidad, el Tribunal es enfático en rechazar la idea de subordinación jerárquica del Banco al Presidente, pero no su exclusión total de la Administración del Estado.

¹⁰⁶ El artículo 13 del Código Civil establece que “[l]as disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”.

¹⁰⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso N° 6016-2003, sentencia de veintiséis de septiembre de 2003, considerando 4° (copia del fallo en poder del autor).

En segundo lugar, si bien es cierto la Ley del Banco Central es evidentemente especial frente a la Ley de Bases Generales, tal como lo he indicado más atrás, en tanto no existen normas sobre acceso a la información en aquella, puede comprenderse que dicho estatuto, contenido en el Título I, a pesar de su ubicación en una ley de bases *generales*, sí es especial en cuanto a la materia que regula. Dicho de otra manera, la especialidad no se da, como puede pensarse intuitivamente, por el recipiente de las disposiciones, sino por el carácter sustantivo de las mismas, de suerte que, no habiendo normas que regulen esta situación en la Ley del Banco Central, y siendo este un órgano de la Administración del Estado, las disposiciones sobre acceso a la información son especiales en relación con el estatuto orgánico del Banco. De lo anterior se sigue que el raciocinio sobre la aplicación del criterio de especialidad es bastante menos claro que lo que la Corte asume en su sentencia¹⁰⁸.

La Corte, sin embargo, vigoriza su decisión con otros argumentos que van más allá del despacho de la Ley de Bases vía criterio de especialidad. Así, aduce el criterio de temporalidad para mantener que la ley del órgano emisor “constituye una legislación posterior específica” a la Ley de Bases Generales, por lo que también tendría primacía. Frente a dicho argumento, reitero lo sostenido más arriba, esto es, que si bien en principio podría considerarse como posterior, con mayor atención la ley que incorpora las normas sobre acceso a la información es, a su vez, posterior a la del Banco Central, y por una cuestión de orden técnico, se incorpora ella al estatuto normativo general¹⁰⁹.

El tercer argumento utilizado por la Corte tiene que ver con el carácter de órgano autónomo del Banco Central al que ya nos hemos referido. En opinión del tribunal que revoca la decisión, el órgano emisor “se rige únicamente por las disposiciones de su ley orgánica específica, *no siendo posible insertarlo en la Administración estatal*, a cargo del Presidente de la República, al tenor del artículo 24 de la Carta Fundamental”¹¹⁰. Nuevamente, nos

¹⁰⁸ Este argumento se lo debo a Francisco Cox.

¹⁰⁹ Véase, *supra*, el texto que acompaña a la nota 76.

¹¹⁰ Considerando 5º (énfasis agregado). El artículo 24, inciso 1º, de la Constitución Política señala: “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”.

encontramos con una aserción que requeriría de mayor detenimiento. Que entre el Banco Central, órgano constitucional encargado de fijar la política monetaria y cambiaria, y el Presidente de la República, jefe del Gobierno y Administración del Estado, no exista una relación de dependencia ni de supervigilancia no se sigue, como piensa la Corte, que aquel esté, por ese hecho, “fuera de la Administración del Estado, porque de ser así, entonces en esta sentencia no solo se rechaza la solicitud de información del recurrente, sino además se declara la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Y la Corte, obviamente, no pretende hacer semejante cosa.

En seguida, la Corte sostiene que la conclusión a la que ya ha llegado se ve ratificada por la circunstancia de que el actual artículo 14 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, fue [modificada] (...) por la ley N° 19.653, sobre prohibición administrativa, para hacer aplicable a los Consejeros de esa entidad la misma obligación que recae sobre los funcionarios de la Administración de declarar sus intereses, conforme a lo previsto en los artículos 57 y siguientes de la Ley de Bases Generales”. En otras palabras, y tal como lo explica el tribunal, el hecho de que tuviera que introducirse en la Ley del Banco Central una norma especial sobre la declaración de intereses de los Consejeros en el artículo 14 (a raíz de una indicación sustitutiva del Ejecutivo), sería manifestación de que la regulación genérica sobre declaración de intereses contenida en el artículo 57 de la Ley de Bases Generales no alcanza al Banco Central, “lo que corrobora que no le es aplicable, *para ningún efecto legal*, dicha Ley de Bases”¹¹¹. A esta altura es claro por qué la argumentación de la Corte, si bien debe destacarse en tanto se hace cargo del problema de interpretación que nos ha ocupado, es, al menos, discutible: la Corte señala que la circunstancia de tener que modificar explícitamente la Ley del Banco Central para hacerle aplicable una regla general de la Ley de Bases a funcionarios del órgano emisor es muestra de que esta última no se le aplica *para ningún efecto legal*. Sin embargo, la norma según la cual se debe presentar una declaración de intereses una vez en el cargo está ubicada en el Título III de la Ley de Bases y no en el Título II, que, cabe recordar, es donde se excluye explícitamente al

¹¹¹ Considerando 6° (énfasis agregado).

Banco Central (y a otros órganos) de las normas de la Ley de Bases. No se ve inconveniente técnico en que el legislador haya querido regular de modo especial esta obligación respecto de los funcionarios del Banco Central, pero, es preciso señalar, el Título III –introducido por la ley de probidad administrativa– se extiende a “[l]as autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública” (artículo 52), esto es, a todos quienes se desempeñan en lo que el artículo 1° de dicho cuerpo legal denomina “Administración del Estado”, donde se incluye el Banco Central. ¿O es que acaso quienes trabajan en él están exentos del deber de “dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa”, según lo preceptuado por el artículo 52 de la Ley de Bases? ¿Será razonable exigirle a un funcionario común de una repartición pública cualquiera “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular” y no, en cambio, esperar de un Consejero del Banco Central lo mismo?

Lo cierto es que las consecuencias para el conjunto de la sociedad de que un consejero poco honesto del Banco antepusiera sus intereses particulares al interés general podrían ciertamente llegar a ser más graves que lo que pudiese hacer, digamos, un recepcionista de un edificio de oficinas públicas. ¿Por qué habría de aplicársele a este el deber de probidad en su función y no al primero?

Por último, la Corte cierra su razonamiento con un argumento que ya hemos visto en otras decisiones, a saber, la ausencia de un acto administrativo en los términos definidos por el Reglamento que habilite la solicitud de acceso a la información. La Corte, en efecto, considera que las nociones de acto administrativo contenidas en el Reglamento y la definición que hace de él el profesor Enrique Silva “excluyen la publicación técnica que efectúe un órgano de la Administración con fines informativos de carácter general, cual es, precisamente el caso de la aludida publicación enmarcada dentro de la función del Banco Central de proporcionar estadísticas macroeconómicas de interés público”¹¹². Las críticas que he avanzado más atrás sobre la

¹¹² Considerando 9°.

falta de aplicación de la norma que permite acceder no solo a los actos administrativos, sino también a los documentos que sirven de complemento directo o esencial a un (eventual) acto cobran nueva validez (véase *Baquedano*). El argumento es, además, contradictorio con el propio raciocinio de la Corte, toda vez que en el mismo fallo el tribunal reconoce que “[l]os resultados del Sistema de Cuentas Nacionales [en el que se inscribe el estudio] se utilizan por el Gobierno y sus órganos para la elaboración y confección de las políticas nacionales y sectoriales”, vale decir, reconoce que esta información evidentemente servirá de complemento esencial y directo para la dictación de actos administrativos futuros y eventuales, por lo que sí serían pasibles del derecho de acceso a la información.

Al igual que en *Manzur*, ante la falta de respuesta judicial al requerimiento de información, el recurrente ha decidido llevar el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde habrá que ver, probablemente dentro de bastante tiempo, cómo se desarrolla esta importante materia¹¹³.

9) Olmedo con Director de Aduanas

El siguiente caso se origina en la negativa del Director Nacional de Aduanas de proporcionar al recurrente, abogado y representante del director de un medio de comunicación escrito de Perú, antecedentes sobre una investigación que se siguiera en el servicio público, con motivo de irregularidades

¹¹³ En el primer caso sobre derecho de acceso a la información llevado ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Comisión ha demandado, en marzo de 2005, al Estado de Chile por violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con la Comisión, la negativa del Estado a proporcionar antecedentes relativos a un proyecto de inversión, además de carecer de sustento legal, resulta inadmisibles por cuanto el Estado, en su defensa, señaló que el deber de control a la autoridad no es resorte de la ciudadanía, sino únicamente de las autoridades públicas. Junto con la vulneración a la libertad de información (art. 13 de la Convención Americana), la Comisión estimó que Chile infringió el deber de brindar protección judicial efectiva a los ciudadanos (art. 25 de la Convención). No solo será esta la tercera vez que la Corte Interamericana llame la atención al Estado chileno en materia de libertad de información, sino además, Chile será posiblemente el primer país condenado por un caso de acceso a la información.

en la exportación de un auto de lujo realizada por un congresista peruano, en 1999. El caso, según se relata en la demanda, originó “un importante debate público en Perú”, influyendo en el proceso de fiscalización sobre esa importación e incluso una querrela criminal del parlamentario involucrado por injurias y calumnias en contra del periodista. Según el recurrente, la negativa del Director Nacional de Aduanas, además de contrariar el régimen normativo local, obstaculizaba el derecho de defensa de su representado –nuevamente, el derecho de acceso a la información como derecho instrumental–, “[frustraba] el derecho a buscar y difundir información de [sus] representados que se ejerce ‘sin consideración de fronteras’ garantizado en el DFL 1/19.653 y la Convención Americana de Derechos Humanos, [menoscabando] el trascendental rol de los medios de comunicación social en los esfuerzos por fiscalizar al Estado y el periodismo investigativo a favor de la transparencia, área de intervención crucial del proceso de gobernabilidad democrática regional, esfuerzos a los que adhieren sus representados en Perú”¹¹⁴.

La negativa del Director Nacional de Aduanas se basó en que los antecedentes requeridos habían sido aportados a un proceso criminal seguido en Santiago, el que se encontraba en estado de sumario y con diligencias pendientes, por lo cual, de conformidad al artículo 78 del Código de Procedimiento Penal –que establece el carácter secreto del sumario– y lo dispuesto en la Resolución N° 2.305 del Servicio Nacional de Aduanas, dictada de conformidad al DS 26/2001 para establecer los casos de secreto y reserva de los actos y documentos del Servicio, procedía denegar el acceso a la informa-

¹¹⁴ Cabe notar que la apelación que se hace al DFL 1/19.653, esto es, la Ley de Bases, es imprecisa, en tanto ella no garantiza, como lo señala el recurrente, “el derecho a buscar y difundir información sin consideración de fronteras”. Tal derecho está, en efecto, contemplado en nuestro Derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la denominada “Ley de Prensa” (N° 19.733, que en su artículo 1°, inciso 1°, establece que “[l]a libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley”).

ción¹¹⁵. A pesar de la negativa por los motivos explicados, el Servicio Nacional de Aduanas informó en su respuesta que “la investigación al Agente de Aduanas que intervino en la exportación y a la empresa importadora de la mercancía exportada finalizó sin que se detectaran irregularidades en la exportación”, con lo cual matizaba su propia pretensión de que la información requerida era de carácter reservado.

La argumentación del recurrente de amparo de acceso a la información se basó en impugnar la apelación hecha al secreto del sumario criminal por parte del Servicio Nacional de Aduanas por cuanto el secreto que allí se dispone lo es para las *actuaciones* que se decretan y no, como lo pretendía el Servicio recurrido, para todos los documentos que se hicieran llegar a él, particularmente si estos eran públicos, de conformidad con las reglas de acceso a la información de la Ley de Bases. Asimismo, señaló, la publicidad de los antecedentes no interfería en el funcionamiento del Servicio, por lo cual procedía acoger la demanda. Finalmente, agregó una importante alegación: en el mismo amparo impugnó la constitucionalidad del Decreto Supremo 26 –lo cual, según hemos visto, tiene pleno asidero–¹¹⁶ y de la Resolución N° 2.035 del Servicio Nacional de Aduanas, pidiéndole al tribunal que ejerciera sus facultades de oficio para declarar la nulidad (de derecho público) de tales actos administrativos¹¹⁷.

¹¹⁵ La Resolución 2.305, de 28 de junio de 2002 (publicada en el Diario Oficial de 4 de julio del mismo año), prescribe como reservados, en su numeral 1.1, “los actos relativos o relacionados con denuncias efectuadas por funcionarios del Servicio o por cualquier persona natural o jurídica, mientras los hechos denunciados se encuentren en etapa de investigación”; y, en su numeral 2.1, a “los expedientes referidos a procesos sancionatorios de cualquier naturaleza, respecto a terceros ajenos a dichos procedimientos”. El organismo público consideraba que el primer numeral citado se aplicaba por existir un proceso criminal (no administrativo) pendiente y que el segundo lo hacía porque el solicitante de información era una persona ajena a la investigación efectuada al Agente de Aduana y a la empresa importadora.

¹¹⁶ Véase, supra, parte II de este trabajo.

¹¹⁷ El recurrente basaba su petición en el hecho que tanto el DS 26 como la Resolución del Servicio no eran preceptos orgánico-constitucionales. Para sostener esta tesis, se funda en las consideraciones de Miguel Angel Fernández quien considera que “*los casos de confidencialidad* de los documentos y antecedentes en que se basan los actos de la Administración solo pueden ser establecidos en preceptos legales de carácter orgánico constitucional” (Fernández, ob. cit. supra nota 86, p. 758). No comparto la posición de Fernández –seguida por el recurrente y por Nancy Barra (Probidad Administrativa, Ed.

El tribunal, en una larga sentencia (debido a la reiteración casi idéntica de la parte expositiva en sus considerandos), acoge la demanda. La jueza, considerando que la cuestión jurídica que se debatía, era la de “determinar si la negativa del Servicio Nacional de Aduanas de acceso a documentación pose[ía] fun-

ConoSur, Santiago, 2002, pp. 108-109). Y es que esta, al mantener que las normas que establecen el derecho de acceso a la información son orgánico-constitucionales, infiere que “*las excepciones a dicho principio deben tener también ese carácter*” (ibíd., p. 757). Pero lo cierto es que es perfectamente posible que el legislador ‘no orgánico-constitucional’ establezca casos de secreto o reserva sin violentar, “con rasgo de fraude al Poder Constituyente y a la ley N° 18.575”, como plantea Fernández. Si las excepciones se contemplan en una ley que se refiera a materias orgánico-constitucionales, evidentemente se requerirá el quórum de cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio; pero si se tratase, por ejemplo, de un caso de reserva relativo a documentos del Consejo Nacional de Televisión, desde que la regulación de este órgano se hace por vía de ley de quórum calificado, no se aplica la tesis de Fernández. Su argumentación es corolario, pienso, de su concepción reduccionista del Gobierno (véase Fernández, ob. cit. supra nota 83), pero, debe decirse, si fuera el caso que el legislador (de quórum calificado) dispusiera, siguiendo con el ejemplo, casos de secreto o reserva para documentos del Consejo referido, no se modifica ni excepciona la regla orgánica-constitucional que obliga a regular esta materia por ley (artículo 13 de la Ley de Bases); en rigor, ella se cumple. De modo que el requisito, además de incorrecto técnicamente, es en la práctica más oneroso. En un escenario en el que los casos de secreto y reserva eran establecidas por vía de resoluciones administrativas, parecía menos realista pasar a un plano orgánico-constitucional que a uno (simplemente) legal. Por lo demás, Fernández apoya su tesis en el fallo del Tribunal Constitucional que recayó sobre el proyecto de ley de probidad administrativa (Rol N° 299, de 22 de noviembre de 1999), el que no señala en ningún lugar que las excepciones (en forma genérica) deban establecerse en normas orgánico-constitucionales, es curioso, en efecto, que su conclusión aparezca en letras cursivas y con sangría similares a las que utiliza para citar la sentencia, no obstante es él, y no el Tribunal, quien llega a la conclusión. Por último, la historia fidedigna que el profesor cita (del Proyecto de Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo –“Ley de Prensa”– que, en un comienzo, contemplaba la discusión legislativa sobre nuestro proyecto), más que afirmar su tesis, la relativiza: la Comisión del Senado que estudiaba dicho proyecto –a pesar de que él la refiere como de la Cámara de Diputados– nunca hace mención al carácter de orgánico-constitucionales que deben tener las normas que contemplen casos de secreto o reserva, sino solo insiste en que tal excepción “esté establecida legalmente”, como es correcto. Ver Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento [del Senado], recaído en el Proyecto de Ley sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo, evacuado el 1 de octubre de 1997, citado en Fernández, ob. cit. supra nota 86, p. 758. Con la aprobación de las reformas constitucionales, la disputa queda zanjada (y la tesis de Fernández derogada): los casos de secreto o reserva no requieren tener rango orgánico-constitucional ya que el nuevo artículo 8° dispone que tales preceptos deben ser aprobados con quórum calificado.

damento legal”¹¹⁸, rechaza los argumentos del órgano recurrido toda vez que

de la lectura de la Resolución 2.305 del Servicio Nacional de Aduanas se refiere que ella está referida solo a los actos relativos o relacionados con denuncias efectuadas por funcionarios del Servicio o por cualquier persona natural o jurídica, mientras los hechos denunciados se encuentren en etapa de investigación, tal como se lee del encabezado de la Resolución citada y de su numeral 1.1., y aun cuando pudiere estimarse que se entiende incluida en esta documentación, esa declaración solo dice relación con la investigación de hechos en el Servicio Nacional de Aduanas, no pudiendo invocarse, como base de la negativa, investigaciones que otros entes de la Administración pudieren llevar a cabo, ni menos las realizadas por los tribunales de justicia, a lo que debe añadirse que, en todo caso, si bien obra entre los antecedentes una certificación acerca de la etapa de sumario en que se encuentra el expediente de carácter criminal, en el que se encontrarían agregados los documentos en cuestión, ella data de hace más de un año, lo que hace presumir que si actualmente no está en etapa de plenario, puede hallarse sobreseída o bien concedido conocimiento del sumario¹¹⁹.

La decisión del tribunal, como puede observarse, se basa en tres argumentos. En primer lugar, le basta poner atención a la Resolución que el propio Servicio de Aduanas aduce para rechazar su alegación: tal instrumento es claro en señalar que procede la reserva solo respecto de hechos denunciados que se encuentren en etapa de investigación. Es el propio Servicio quien reconoce que la investigación se hallaba concluida (“sin que se detectaran irregularidades en la exportación” de la mercancía). En seguida, la jueza constata que el argumento del órgano estatal en orden a que no podía accederse a la solicitud de información por estar la investigación radicada en un juzgado

¹¹⁸ Olmedo Bustos con Director Nacional de Servicio Nacional de Aduanas, 3^{er} Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 394-2004, sentencia de nueve de junio de 2004, considerando 5^o (copia del fallo en poder del autor).

¹¹⁹ Considerando 9^o.

criminal también ha de rechazarse, toda vez que la Resolución 2.305 se refiere a investigaciones que se lleven adelante dentro del propio Servicio y no, como ocurre aquí, en un tribunal de la República. Por último, asoma un argumento muy discutible: el tribunal señala que a pesar de la certificación del estado procesal de la causa criminal ante el juzgado santiaguino, por el hecho de que ella tiene más de un año, debe “suponerse” que la causa o bien está sobreseída o bien se ha concedido acceso al sumario. Este planteamiento linda con lo absurdo pues, en primer término, supone que el secreto del sumario sería equivalente a un caso de excepción a la regla general de la publicidad de los actos y documentos *administrativos*, y, en segundo lugar, descansa en una mera especulación sobre el estado de una causa, lo que, junto con ser inadmisibile, es irrelevante. El secreto del sumario no se relaciona con el acceso a la información de los actos de la Administración porque se trata de un escenario diverso (de actuaciones judiciales); y, de seguirse el argumento del tribunal, ¿significa que en el evento de constar que aún no se concede conocimiento del sumario habría mérito para denegar la entrega de la información?

Lo que resulta más grave, a mi parecer, es que la jueza no se hace cargo, al menos no directamente, de dos de las pretensiones del recurrente, a saber, el hecho que la entrega de información no interfería con el debido funcionamiento del órgano recurrido y, la más relevante a efectos de la práctica constitucional involucrada en estos casos, qué ocurre con la constitucionalidad impugnada del Decreto Supremo N° 26 y de la Resolución N° 2.035 del Servicio Nacional de Aduanas¹²⁰. En efecto, la columna vertebral del razonamiento del tribunal es la Resolución cuya validez jurídica estaba en entredicho –la Resolución N° 2.035–, razón por la cual, al sostener en sus normas la decisión, no cabe sino concluir que para el tribunal esta no adolecía de ningún vicio de nulidad.

La sentencia no fue apelada por ninguna de las partes. Podemos especular que la debilidad de los argumentos del Servicio Nacional de Aduanas lo desanimó a proseguir con el proceso y,

¹²⁰ Cabe recordar, que en la demanda se solicitaba al tribunal ejercer su facultad para declarar de oficio la nulidad de estos actos administrativos. Tal cosa, es cierto, parece una contradicción: si el recurrente solicita al tribunal que declare la nulidad de los actos, entonces la eventual decisión no es de oficio, sino a petición de parte.

de parte del recurrente, ante la satisfacción de su pretensión principal –obtener la información a efectos de preparar de mejor manera su defensa en el proceso criminal por injurias y calumnias en Perú–, el interés por la declaración de nulidad de la Resolución y del Decreto Supremo pasaba comprensiblemente a segundo plano.

10) Casas con Director de Aduanas

El mismo tribunal que conoció del caso anterior vuelve a entender de una situación que involucra al Servicio Nacional de Aduanas. Esta vez los recurrentes de información –representantes de una sociedad comercial importadora de artículos de seguridad, como mascarillas antitóxicas utilizadas en procesos industriales y bacteriológicos– solicitaban acceder a los resultados de un proceso de investigación iniciado por Aduanas a raíz de una denuncia interpuesta por ellos mismos ante dicho servicio público. La denuncia se fundaba en que, a juicio de los actores, se observaba una distorsión en los precios fijados por importadores y productores nacionales, lo cual producía “rebajas sustanciales al valor de importación y errores en la rotulación de los productos internados al país por la industria extranjera”.

El Servicio Nacional de Aduanas no dio respuesta a las solicitudes, por lo que intervino la Comisión Asesora Presidencial para los Derechos de las Personas, solicitándole proporcionar la información que los particulares pedían. Fue así que el organismo encargado, entre otras cosas, de fiscalizar la legalidad de las importaciones y exportaciones que se hacen al, y desde el país, señaló, por medio de la Subdirección Jurídica, que los antecedentes cuya entrega se solicitaba tenían el carácter de reservados, “por constituir información de carácter económico y financiero de las empresas denunciadas y [referirse] a operaciones aduaneras individuales de las citadas empresas”¹²¹. Al igual que en el caso anterior, los recurrentes también impugnaron en su demanda la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 26/

¹²¹ Casas Cordero con Director Nacional de Servicio Nacional de Aduanas, 3^{er} Juzgado Civil de Valparaíso, Rol N° 3767-2004, sentencia de diecisiete de marzo de 2005, considerando 2° (copia del fallo en poder del autor).

2001 y de la Resolución N° 2305 que fijaba los actos y documentos secretos o reservados por el Servicio recurrido.

El órgano estatal inicia su defensa solicitando se declare la extemporaneidad de la acción. Lo que en otros casos es una mera alegación formal, aquí debe repararse por un hecho especialmente relevante: al no haber establecido un plazo para la interposición de la demanda que da origen al litigio, el Servicio Nacional de Aduanas sugiere que debe estarse, como regla supletoria para esta situación de falta de norma, al plazo establecido para la interposición del recurso de protección; plazo de 15 días corridos que, se sabe, es inconstitucional¹²². La Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo en segunda instancia, se refiere a esta situación desechando la alegación del Servicio, según veremos en seguida.

En cuanto a la alegación de fondo, el Servicio Nacional de Aduanas se basa en las normas que ya hemos visto para los casos anteriores: el artículo 13 de la Ley de Bases y el artículo 8° letra b), N° 5 del Decreto Supremo N° 26. Pero además, el Servicio trae a colación normas contenidas en la Ordenanza de Aduanas (artículo 6°) y, aun, una norma de carácter internacional (como es el artículo 10 del Acuerdo sobre Valoración Aduanera, de la Organización Mundial del Comercio). Sobre la fuerza de estas normas –que ponen en tensión el reclamo de los recurrentes–, sin embargo, la sentencia de primera instancia nada dirá.

La razón para negar el acceso a la información, sostiene el Servicio de Aduanas, es la sensible afectación de intereses de terceros, al versar los antecedentes sobre cuestiones de carácter “económico y financiero de las empresas denunciadas y referirse a operaciones aduaneras individuales de dichas empresas”. Esta era la defensa principal de servicio público. Sobre la peti-

¹²² La Constitución obliga a que la regulación de los procedimientos judiciales se haga por ley (artículo 19 N° 3°, inciso 5° y 60 N° 2). Yendo en contra de este mandato, la Corte Suprema ha dictado autos acordados regulando el procedimiento por el que ha de tramitarse esta acción constitucional, extendiendo de facto una facultad que tuvo como sustento legal el Acta Constitucional N° 3 de 1976, molde de lo que sería el Capítulo III de la Constitución del 80. En este, sabemos, se dispuso expresamente la competencia del legislador en la materia: “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (énfasis agregados).

ción de que se declarase la nulidad del Decreto Supremo 26/2001, el Servicio planteó que no era este el procedimiento judicial adecuado para conocer de dicha reclamación. El tribunal hizo lugar a esta alegación, sin indicar en todo caso qué procedimiento es el que efectivamente permite impugnar la constitucionalidad del Decreto Supremo.

El tribunal, en tres párrafos, resuelve el problema de la siguiente manera. En primer lugar, señala que de las normas citadas por el recurrido se desprende que su negativa a proporcionar la información es en razón de constituir ella “información de carácter económico y financiero de las empresas denunciadas y referirse a operaciones aduaneras individuales de dichas empresas” (considerando 9°), lo que evidentemente no es un argumento. En seguida, sostiene la jueza que “del análisis de los antecedentes y legislación aplicable, no se puede concluir que la información solicitada tenga el carácter de reservada como lo manifestó el Director Nacional de Aduana (*sic*); que la solicitud solo se ha referido a los antecedentes que se recopilaron y valoraron para emitir la conclusión a la que se arribó en la investigación ordenada por el precitado Director y por la cual, en mayo del 2003, por Ordinario 4552, comunicó al actor la inexistencia de algún antecedente que pudiera sustentar su denuncia. A mayor abundamiento”, advierte el tribunal, “los antecedentes de la investigación serán los que, en definitiva, permitan al actor una mejor defensa de los derechos que sostiene que han sido lesionados” (considerando 10°).

Este es todo el razonamiento que le permite al tribunal “[estimar] que la negativa del Servicio Nacional de Aduanas vulneró el legítimo ejercicio del derecho de acceso a la información” (considerando 11°). Como dije más arriba, la jueza entendió que no correspondía pronunciarse siquiera sobre el lugar donde los recurrentes debían impugnar la constitucionalidad del Decreto Supremo. Llama la atención la poca densidad de la decisión judicial. El tribunal, en efecto, funda su pronunciamiento sobre la base “de los antecedentes y [la] legislación aplicable”, pero, hemos visto, no se hace cargo de las normas legales que el Servicio de Aduanas cita a su favor, y que, naturalmente, exigían de parte de la sentenciadora un examen bastante más complejo que el realizado en los tres párrafos resolutivos. En otras palabras, era necesario que se determinara judicialmente acaso la negativa de la Administración estaba justificada o no al am-

paro de la regla, que es, la afectación sensible de derechos o intereses de terceras personas.

Como ha ocurrido con otros casos aquí revisados, la falta de solidez argumentativa del tribunal de primera instancia no pone mayor obstáculo para que la Corte de Apelaciones –en este caso, de Valparaíso– revoque la decisión. La Corte, antes de entrar al fondo, quiere despejar el asunto relativo al plazo de interposición del amparo, que, recordemos, el Servicio Nacional de Aduanas sugería se aplicara analógicamente el plazo establecido para deducir el recurso de protección. Ante dicha pretensión, la Corte de Valparaíso señala que

este recurso [de amparo de acceso a la información] no puede asimilarse en modo alguno a otros, tales como el de protección, debido fundamentalmente a la existencia de numerosa documentación que debe allegar el recurrente como fundamento de su reclamo, de lo cual se desprende que su interposición deberá efectuarse en un término razonable que no desnaturalice la intención del legislador¹²³.

Ahora bien, en cuanto al fondo del asunto, la Corte hace lo que el tribunal de primera instancia no hizo: revisa *todas* las normas legales que se dan cita en la disputa. No solo las disposiciones relativas a acceso a la información pública que sirvieron para acoger la demanda, sino también las normas de la Ordenanza de Aduanas y del Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC, ambos instrumentos con rango de ley según la Corte. Estas normas, efectivamente, se ponen en tensión con aquellas que favorecen el acceso a la información, pues establecen, como preceptos legales, que la información aduanera es, por regla general, confidencial. La excepción se contiene, precisamente, para “el contexto de un procedimiento judicial”. Por lo mismo, este podría haber sido un mecanismo para confirmar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda.

En tanto la legislación chilena vigente al momento de dictarse la sentencia autoriza al Director Nacional de Aduanas a cla-

¹²³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol de ingreso N° 755-2005, sentencia de veinticinco de mayo de 2005 (copia del fallo en poder del autor), considerando 2°.

sificar los (actos y) documentos como secretos o reservados, la Corte pondera la situación considerando que, en uso de sus facultades, el Servicio de Aduanas se ha limitado a aplicar la ley. Ahora bien, no podemos no detenernos en la débil resolución del tribunal de alzada, que autoriza una suerte de declaración tácita de reserva de actos o documentos. En efecto, el considerando 9º de la sentencia dice lo siguiente:

[q]ue, de acuerdo a la legislación expuesta en los considerandos precedentes, el Director General de Aduanas, en uso de sus facultades legales, calificó *implícitamente* [los antecedentes] como reservados o confidenciales, ante lo cual, se encuentra impedido –por mandato de ley– de dar acceso a la información solicitada en los términos expuestos por el recurrente (el énfasis es mío).

Se trata, sin duda, de un grave precedente. Los casos de secreto o reserva de (actos o) documentos son, como sabemos, la excepción a la regla que es la publicidad del actuar de la Administración del Estado. Por ello, cuando la autoridad entiende que un antecedente debe recibir tal clasificación –de secreto o reservado– debe fundar su decisión y, por lo mismo, la posibilidad de que se haga tal declaración de modo “implícito” resulta inadmisibles. Es la regla general, no la excepción, la que puede ser inferida. Por tal razón, nuevamente nos encontramos con una sentencia que, si bien mejora la calidad de la de primera instancia, no avanza lo suficiente como para estar exenta de críticas.

11) González con Gendarmería de Chile

El último caso que revisaremos dice relación con la negativa de parte de Gendarmería de Chile, a cargo de la administración de los recintos carcelarios del país, de proporcionar información solicitada por el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Con el fin de elaborar su informe anual sobre la situación de los derechos humanos, investigadores del Programa académico requerían contar con antecedentes relativos al número de la población penal, desagregada por regiones, sexo y estado de los procesos criminales seguidos en contra de los reclusos; información relativa a sumarios o inves-

tigaciones seguidas al interior de Gendarmería, y de acciones judiciales deducidas en su contra, así como información estadística acerca del número de muertes al interior de cárceles. Los investigadores habían solicitado en tres oportunidades la información, pero Gendarmería, se explica en la sentencia, no dio siquiera respuesta a las peticiones.

La defensa del órgano del Estado requerido se resume en tres alegaciones: en primer lugar, Gendarmería señala que no existe acto administrativo contra el cual dirigirse, de modo que la interposición del amparo de acceso a la información es improcedente –al no haber acto administrativo, aduce además, tampoco hay documentos que le sirvan de complemento directo o esencial. En segundo lugar, señala que la información que se pide “implica[] un estudio y análisis por parte de este servicio público que se traduce en una investigación científica de datos y estadísticas”, que, explica como último argumento, “no se encuentra dentro de las funciones de Gendarmería de Chile”¹²⁴. Por estas razones, sumado al hecho que Gendarmería siempre ha mostrado la mejor disposición para cooperar con organismos nacionales y extranjeros que realizan investigaciones académicas, solicita que se rechace la demanda de acceso a la información. En otras palabras, Gendarmería, a diferencia de los casos revisados a lo largo de este trabajo, no dice que la información que se requiere sea secreta o reservada conforme a las normas legales y reglamentarias, sino que simplemente no es resorte de dicho servicio público elaborar y procesar la información que se solicita.

El tribunal reconoce que la actora no persigue el conocimiento de un acto administrativo, al tenor de la definición que la ley sobre procedimientos administrativos da de estos¹²⁵. La jueza sugiere que la información contenida es de relevancia suficiente para acoger la demanda, al considerar que “la materia a que ella se refiere constituye sin duda información con la que debe

¹²⁴ González Morales con Gendarmería de Chile, 16° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 12090-2004, sentencia de treinta y uno agosto de 2005, considerando 2° (copia del fallo en poder del autor).

¹²⁵ El artículo 3°, inciso 2°, de la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos señala que “[p]ara los efectos de esta ley, se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizados en el ejercicio de una potestad pública”.

contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones”¹²⁶. Por ello, ordena a Gendarmería entregar todos los datos de que disponga para que el programa académico pueda realizar su investigación.

La sentencia tiene al menos tres elementos de interés. Por una parte, la consideración del tribunal en orden a que la materia sobre la que versa información es de cierta relevancia que, no obstante la ausencia de un acto administrativo en los términos formales de la legislación, de todas formas corresponde hacer lugar a la acción de amparo. Sin duda, un paso adelante en una cultura judicial preferentemente formalista. La jueza *entra* al fondo para ponderar las peticiones de la actora frente a la alegación de la defensa y falla con ese entendimiento: es la información, no las normas habilitantes las que priman al momento de decidir. Por otro lado, llama la atención que la entrega de los antecedentes se haga condicionada, por así decirlo, a que la actora es un centro de investigación académica. En otras palabras, si se tratase de un particular, interesado en la forma como Gendarmería administra y gestiones las cárceles, ¿no podría acceder a esa información pública? No parece plenamente fundada la distinción (no explícita) que a este respecto se hace en la sentencia.

Por último, el caso parecía una buena oportunidad para avanzar líneas jurisprudenciales sobre una cuestión que puede presentarse en otros casos, a saber: ¿qué ocurre cuando el órgano del Estado no tiene la información *procesada*, sino simplemente como dato bruto? ¿Puede el órgano en tal caso desentenderse de la solicitud, como ocurría en este caso, en que Gendarmería no contestó las tres solicitudes que se le hicieran? Si quien busca acceder a la información lo hace con fines académicos, ¿puede siempre requerir información no procesada? Y, de nuevo, ¿qué pasa si se trata de un ciudadano común y corriente? En definitiva, se trataba de fijar el ámbito de obligaciones de los órganos del Estado cuando no disponen inicialmente de la información, *tal como es requerida*. No hay mucho, sin embargo, de dónde extraer directrices en esta materia. En mi opi-

¹²⁶ Considerando 13°.

nión, el tribunal perdió una espléndida ocasión para avanzar en este asunto. Habrá que ver acaso la Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncia o no al respecto¹²⁷.

IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN FUERA DEL PODER JUDICIAL

Este trabajo ha tenido por objeto principal revisar la jurisprudencia sobre acceso a la información que ha emanado de los tribunales de justicia entre 2001 y 2005. Como se verá en la parte final, el saldo en la materia no es positivo. Pocas causas han significado un verdadero aporte a la determinación del sentido y alcance de este derecho fundamental incorporado expresamente a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado y no se ve un entendimiento uniforme en la jurisprudencia analizada.

Antes de hacer el resumen de los casos y presentar algunas consideraciones generales, quisiera detenerme un momento para presentar lo que ha ocurrido fuera de los tribunales en materia de acceso a la información, ya que ello da cuenta de lo obsoleta que resulta la respuesta judicial. La actuación de la sociedad civil en esta materia ha sido, probablemente, la más significativa. No debe extrañar ello, con todo, ya que el derecho en análisis en estas páginas está concebido como una herramienta de participación ciudadana y de control social sobre la labor del Estado. Por ahora, la dejo a un lado para fijar la vista en lo que otros órganos del Estado han realizado (en el epílogo de este trabajo me referiré a la relevancia del actuar de la sociedad civil en estos asuntos).

Al respecto, traigo a colación la reforma constitucional aprobada en agosto de 2005 que introduce un nuevo artículo 8° a la Carta Fundamental, el impulso legislativo que se ha dado con posterioridad a la publicación de la Ley 19.653 y la actuación que la Contraloría ha avanzado sobre esta cuestión a fines de 2004, todo lo cual ha implicado un cambio significativo en la retórica estatal sobre acceso a la información pública. Acaso este cambio impactará o no la práctica desarrollada por los ac-

¹²⁷ Al momento de irse a imprenta este trabajo, la sentencia había sido apelada por Gendarmería de Chile, encontrándose la causa en trámite.

tores sociales e institucionales está aún por verse y deberá ser objeto de futuras investigaciones.

Una de las reformas constitucionales que no encontró la resistencia que otras por largo tiempo debieron enfrentar fue la incorporación de un nuevo artículo 8° a la Constitución que, como he señalado en otro lugar, “se sitúa a años luz de lo que el tristemente célebre precepto disponía durante la dictadura militar”^{128, 129}. La norma que se introduce explicita el principio de probidad para todos los órganos del Estado y, además, dispone expresamente que es la ley (de quórum calificado) –y no el Reglamento!– la que podrá establecer los casos de reserva o secreto de algunas actuaciones, y ello siempre que se afecte “el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Junto con esta importante reafirmación del principio de reserva legal, cuya inobservancia ha significado la merma del derecho de acceso a la información pública, con esta norma “se sientan las bases para un eventual desarrollo legislativo posterior”¹³⁰, que ya comienza a ponerse en marcha.

Efectivamente, antes de haberse aprobado la modificación constitucional precedentemente aludida, a mediados de 2004, el entonces recién asumido presidente del Senado, Hernán Larraín (senador de oposición), junto con promover la apertura de la Cámara Alta en materia de acceso a la información –principalmente, a través de herramientas virtuales–¹³¹, anunciaba la

¹²⁸ Contesse Singh, Jorge, “Las reformas a la Constitución desde los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año LXX, N° 212, Vol. I, Julio-Diciembre 2002, Concepción (pp. 115-127), p. 119.

¹²⁹ El artículo 8°, inciso 1° de la Constitución prescribía que “[t]odo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República”, entregando al Tribunal Constitucional la facultad de declarar como inconstitucionales organizaciones, movimientos o partidos políticos, y de aplicar sanciones en contra de personas naturales que participaran de tales actividades.

¹³⁰ Contesse, ob. cit. supra nota 128, p. 119.

¹³¹ Con anterioridad, el Senado había incorporado a su página web la posibilidad de que los ciudadanos ingresen su parecer sobre diversos proyectos de ley en estado de discusión. A fines de octubre de 2004, al ingresar a “Senador Virtual” (<http://senadorvirtual.senado.cl/>), se podía votar en relación con proyectos tan variados como el de protección al honor y la intimidad de las personas, sobre reforma al Servicio Militar Obligatorio, aumento de penas para reincidentes, establecimiento de la iniciativa popular legislativa, entre otros.

presentación de un anteproyecto de ley sobre acceso a la información pública. La iniciativa, firmada también por el senador oficialista Jaime Gazmuri, fue finalmente presentada como proyecto de ley en enero de 2005¹³² y tiene como propósito central revertir la situación que se ha originado a partir de la dictación del Decreto Supremo N° 26/2001, reconociendo que la regulación administrativa que se ha hecho del derecho de acceso a la información lo ha convertido en “prácticamente inexistente”¹³³.

El anteproyecto inicial consistía en un estatuto general sobre la materia que aun derogaría las normas contenidas en la Ley de Bases, disponiendo, de modo sistemático, el derecho de acceso a la información *administrativa* de carácter público –estuviera esta en manos del Ejecutivo, del Parlamento o de los tribunales. Sin embargo, la moción definitivamente ingresada es menos ambiciosa y solo modifica la Ley de Bases y la Ley Orgánica del Congreso Nacional, pero no se constituye en un estatuto “que regule en forma independiente y orgánica” el derecho de acceso a la información, como señalaba el anteproyecto.

Es interesante que el proyecto pospone pero reconoce la necesidad de regular el derecho de acceso a la información administrativa del Poder Judicial¹³⁴. Lo anterior resulta de la mayor relevancia en tanto se han dado situaciones en que el Poder Judicial ha actuado con poca deferencia hacia el ideal republicano contenido en la Constitución (artículo 4°), ideal que obliga a que el trabajo del Estado se desarrolle, como regla, bajo una vitrina. La adopción de Auto Acordados por la Corte Suprema para evitar

En este tipo de iniciativas, la Cámara Baja no ha querido quedarse atrás y, de esta manera, es posible consultar en internet, por ejemplo, las votaciones de los diputados en los diversos proyectos de ley (<http://www.camara.cl/vt/>).

¹³² Boletín 3773-06, “Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública”, ingresado al Senado el 4 de enero de 2005 (actualmente en tramitación).

¹³³ Ídem.

¹³⁴ En tanto el anteproyecto era un estatuto orgánico y general, señalaba, en su fundamentación, que este “[buscaba] regular parte del derecho a la información, y específicamente al referido al acceso de la información de la Administración del Estado, y a la información de tipo administrativo de los Poderes Legislativo y Judicial, por lo que el proyecto [contemplaba] también disposiciones destinadas a proteger la información personal de los ciudadanos que por una u otra razón se [encontraran] en poder de la Administración”. El proyecto presentado, como no hace más que modificar cuerpos legales vigentes, explica que “solo busca regular parte del derecho a la información, y específicamente el referido al acceso de la información de la Administración del Estado y el Poder Legislativo, quedando pendiente para la discusión parlamentaria la forma de hacer extensivo tales principios a la actuación administrativa del Poder Judicial y los órganos que con ella colaboran” (el destacado es mío).

que los jueces tengan contacto con la prensa, en particular aquellos jueces con criterios progresistas y con causas de gran sensibilidad social es una muestra de ello¹³⁵. Interesa conocer la motivación de los jueces para adoptar tales acuerdos; quiénes lo consideran necesario y por qué. Del mismo modo, y en esto el proyecto avanza modificaciones sustantivas, los acuerdos secretos que se adoptan al interior de las Comisiones de Régimen Interno en el Parlamento –y que han originado incluso la presentación de acciones judiciales (sin éxito) para acceder a su contenido–¹³⁶ son otra manifestación de la necesidad de establecer, vía reforma legislativa, la apertura a la ciudadanía de la labor de las autoridades del Estado. De lo contrario, la tradición de secreto que la Comisión de Ética Pública constatará en 1994 seguirá presente entre nosotros; y, lo que es peor, con más de una década de discusión parlamentaria y el establecimiento de normas jurídicas tendientes a su desaparición.

Junto con lo anterior, se establece el derecho (subjetivo) de acceder a la información; se definen los casos de reserva y confidencialidad, como excepciones a la regla de publicidad y se detallan los casos en que se puede rechazar el acceso a la información, sin remitirse a ninguna norma de carácter reglamentario, como lo hacen las Leyes 19.653 (sobre probidad administrativa) y 18.880 (sobre procedimientos administrativos)^{137, 138}.

¹³⁵ Véase Informe Anual..., citado supra nota 5, p. 216.

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 211-212, e Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2003. Hechos de 2002, Universidad Diego Portales, Santiago, 2003, pp. 235-236.

¹³⁷ La excepción a esto radica en que, tras 20 años de haberse declarado por ley el carácter secreto o reservado de un acto, es posible prorrogar tal carácter mediante un "Decreto Supremo fundado". No sería extraño que en la Administración del Estado se generara la mala práctica de prorrogar tal carácter.

¹³⁸ Cabe anotar que la regulación que se hacía en el anteproyecto general era mucho más detallada que el proyecto en trámite que solo modifica la Ley de Bases. En el primero, en efecto, se autorizaba a rechazar la solicitud de información "cuando se [refiriera] a información reservada, y que por tanto, [pudiese] afectar un interés público superior", contemplando dentro de estos casos, la información que la ley hubiese clasificado como reservada y que dijera relación, entre otras materias, con "política exterior", "decisi[ones] de gobierno" y "sistema bancario y financiero". Tal entendimiento era consistente con lo dicho en los casos Baquedano con DIRECON –donde discutí la posición que ocupan los actos que inciden en la conducción de la política exterior (y que hizo lugar a la aplicación de la teoría de los actos de gobierno)– y Claude con Banco Central, donde planteé que la información relativa a la política monetaria y cambiaria podía legítimamente ser considerada, prima facie, como no pública. Como el proyecto en tramitación solo modifica la Ley de Bases, me remito a lo discutido en las respectivas secciones.

Con todo, el aspecto más interesante de esta modificación planteada al Congreso es que se le otorga al Poder Judicial un rol fundamental en la elaboración de los estándares que gobernarán la entrega de información pública. Lo anterior en tanto se establece un “examen de interés público” que determinará acaso puede legítimamente restringirse el acceso a los documentos en poder del Estado. Tal examen está definido en el proyecto de ley como justificación para la declaración de reserva que se haga de algún documento: el proyecto señala que será lícito restringir su entrega “solo si el peligro de daño sobrepasa el interés público que promueve la transparencia y publicidad de los actos y documentos de la administración”. Y esta ponderación, que deberá ser hecha por los funcionarios de la Administración del Estado, estará sujeta a revisión judicial. De allí la importancia de que los tribunales de justicia elaboren una jurisprudencia consistente y protectora de este derecho fundamental, determinando los criterios pertinentes para restringir el acceso a la información pública. Como se ve, el legislador le encarga a los jueces la difícil tarea de fijar estándares que permitan la vigencia de este derecho, teniendo que ponderar las relaciones de precedencias condicionadas que se verifiquen entre los principios opuestos: por una parte, el “peligro de daño” (que incluye el entorpecimiento a las labores del órgano; la afectación de la vida privada de una persona, así como de intereses comerciales o económicos, la seguridad nacional y la seguridad pública) y, por otra parte, “el interés público que promueve la transparencia y publicidad de los actos y documentos de la administración o en poder de esta”¹³⁹.

Finalmente, decíamos que en cuanto a lo acontecido fuera del Poder Judicial nos referiríamos a la actuación de la Contraloría General de la República. Al respecto, cabe hacer alusión al Dictamen que acoge la presentación que impugnó la legalidad de partes de la resolución N° 388/2003 de la Comisión Nacional de Medio Ambiente, junto con la legalidad de 49 resoluciones dictadas por diversos órganos de la Administración del Esta-

¹³⁹ Para un análisis de la relación de precedencia condicionada como criterio de solución de conflicto de principios y valores constitucionales, véase Contesse, supra nota 21.

do¹⁴⁰. En él, el órgano contralor, si bien no ataca la juridicidad del Decreto Supremo 26/2001, establece que

las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9º del decreto N° 26 de 2001, deben decir relación exclusivamente con actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter [agregando que] de lo expuesto no se sigue que los antecedentes que no constituyan actos administrativos o documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial sean secretos o reservados, sino tan solo que ellos no pueden ser solicitados haciendo uso del procedimiento previsto en el artículo 13 de la ley N° 18.575¹⁴¹.

De esta forma, a pesar de que el examen de legalidad se realiza basándose en el Decreto Supremo 26/2001, la Contraloría ordena a todos los órganos de la Administración que han dictado resoluciones basándose en el artículo 9º del Reglamento aludido, a que “las reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento”¹⁴². Se trata, sin duda, de una relevante y notable actuación en defensa de los derechos de los administrados, frente a la inacción que de parte del órgano llamado por definición a corregir estas ilegalidades –el Poder Judicial– hemos podido constatar.

El proyecto de ley que revisábamos más arriba, en efecto, recoge los planteamientos de la Contraloría, por lo que se abre para los ciudadanos la posibilidad de impugnar en otros frentes

¹⁴⁰ Contraloría General de la República, Dictamen N° 049883, de 4 de octubre de 2004. El dictamen se origina en la presentación efectuada por las organizaciones “Defendamos la Ciudad” y “Cívika, Derechos Ciudadanos”, Edgardo Condeza, en calidad de ciudadano interesado, y patrocinada por Moisés Sánchez (a quien agradezco el haberme informado oportunamente de la decisión de la Contraloría).

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 4.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 10.

la juridicidad de los actos de la Administración que contrarían no solo normas nacionales sino también disposiciones a las que el Estado de Chile se ha obligado. Esto último ha sido levantado por el propio Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el que recomendó a Chile, en su informe de 6 de febrero de 2004, la modificación de la ley y de la norma reglamentaria¹⁴³. Si a esta manifestación agregamos la preocupación que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos muestran hacia el comportamiento de Chile en la materia, la conclusión no puede ser auspiciosa.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo he presentado un cuadro de lo que ha ocurrido con la jurisprudencia sobre acceso a la información pública en Chile. Para ello, expliqué cómo está estructurado este derecho, implícitamente en la Constitución Política y de manera expresa en la denominada “ley de probidad administrativa”, que modificó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Señalé que la vigencia de este derecho se ha visto distorsionada por la dictación, a partir del Decreto Supremo 26/2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de numerosas resoluciones administrativas que califican como secretos o reservados no solo documentos, sino también actos administrativos, infringiéndose la Ley de Bases, la Constitución y tornando al derecho en una herramienta con menor utilidad que la presupuestada. Después de estas consideraciones finales, señalaré en qué medida es de esperar un cambio en la práctica de este derecho tras la aprobación de la reforma constitucional que elevó a dicho rango el principio de probidad en la función pública y que ordena expresamente al legislador (de quórum calificado) establecer los casos de secreto y reserva en atención a los criterios allí enunciados.

Para criticar la forma en que se ha dado vigencia a este derecho fundamental, he revisado los casos que han recaído entre 2001 y 2005 sobre la materia. Al respecto, cabe señalar que del

¹⁴³ El informe puede consultarse en http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_ron1_inf.htm

total de once casos analizados, solo se registran cuatro decisiones judiciales *definitivas* en las que se hace lugar a la acción de amparo deducida de conformidad con el procedimiento contemplado en la Ley de Bases¹⁴⁴. Ahora bien, de estas cuatro ‘victorias judiciales’, únicamente dos de ellas contienen aportes sustantivos relevantes (*Claude con CONAF* y *Moral con SEC*). En las otras dos, o no se avanza ninguna consideración sobre el derecho en disputa (*Vigneaux*), o bien, haciendo lo anterior, el examen es apegado a las normas de las resoluciones administrativas cuya juridicidad es impugnada y el tribunal no aborda esta cuestión jurídica, sin duda, la más relevante a largo plazo (así, por ejemplo, en *Olmedo*). En esta misma línea, debe consignarse además que los dos casos en los que se encuentra un desarrollo jurisprudencial sobre el sentido, alcance y límites de este derecho son las únicas sentencias favorables decididas en tal sentido tanto a nivel de tribunal de primera instancia cuanto de Corte de Apelaciones (en ambos casos, de Santiago)¹⁴⁵.

Paralelamente, encontramos que en otro caso (*Bartucevic*), a pesar de que la acción de amparo es rechazada –por cuestiones formales (la información ya había sido obtenida al momento de decidirse el caso)–, el tribunal sí se inscribe en la línea de dotar de mayor significado al derecho de acceso a la información, incorporado a la Ley de Bases. Junto con él, en *González con Gendarmería*, el tribunal no se contenta con la interpretación formalista de lo que es un “acto administrativo” y, aun cuando no había de por medio acto en contra del cual reclamar, la jueza considera que la pertinencia de la información y la posición del requirente alcanzan para ordenar la entrega de información. Con esto, tenemos que de los once casos analizados, solo en cinco el Poder Judicial avanza interpretaciones en orden a fortalecer la posición de los ciudadanos requirentes de información frente a los órganos de la Administración del Estado –aunque en *González*, debe decirse, el avance es relativo, pues el tribunal hace lugar a la demanda, entre otras razones, por tratarse el actor de un centro académico. Resulta curioso lo difícil

¹⁴⁴ Tales casos son *Claude con CONAF*, *Vigneaux con Contraloría*, *Moral con SEC* y *Olmedo con director de Aduanas*, todos ellos estudiados en la parte III de este artículo. En *González con Gendarmería de Chile* si bien se hace lugar a la demanda interpuesta, al momento de cerrar este trabajo no ha habido pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, por lo cual el fallo (favorable) no puede ser considerado como “definitivo”.

¹⁴⁵ Las sentencias de los casos *Vigneaux* y *Olmedo* no fueron apeladas.

que es trazar una tendencia a nivel jurisprudencial, ya que los dos primeros casos resueltos sobre la materia daban pábulo para pensar que los tribunales se erigirían como guardianes de la probidad, transparencia y publicidad administrativa (*Claude con CONAF* y *Bartucevic con Intendente de la V Región* son, las dos, decisiones de 2001). Pero entre estos fallos y *Moral* transcurren cuatro sentencias más, las que junto con poner incertidumbre en el curso que los tribunales tomarían en la materia, comienzan a aludir explícitamente a la reglamentación administrativa que hemos criticado y que solo ha sido enmendada por la presión de la sociedad civil y la aprobación de las reformas constitucionales de 2005. Así, entonces, es claro que mientras la ley regía sin disposiciones reglamentarias que la “ejecutaran” (antes que “la pusieran en ejecución”), los jueces tenían mayor flexibilidad para desarrollar conceptos que no suelen encontrarse en la práctica constitucional chilena, impulsando de manera notable el ejercicio de este derecho fundamental.

Entre estos avances jurisprudenciales encontramos la idea de que la sociedad civil cumple, a través del ejercicio de este derecho, un importante rol de contralor social de los órganos del Estado en un sistema democrático (*Claude con CONAF*, *Bartucevic* y *Moral*); que para determinar si un órgano es pasible o no de la reclamación (administrativa y judicial) de acceder a información, antes que atenderse a su naturaleza o estructura jurídica, corresponde determinar qué función cumple (*Claude con CONAF* y *Moral*). Si las funciones que desarrolla pueden calificarse como ‘públicas’, entonces debe sujetarse las normas sobre acceso a la información estudiadas. Que aun cuando no exista un acto administrativo en los términos de la ley, todavía es posible ordenar la entrega de información si esta es de relevancia y la posición del requirente lo justifica (*González con Gendarmería*). Por último, aunque con menor intensidad, deben destacarse las pocas pero importantes referencias que se hacen a las cláusulas constitucionales y a los estándares internacionales que regulan la materia (*Moral con SEC*), pues uno de los aspectos negativos que se constata es la actitud errática que, en general, muestra el Poder Judicial para lidiar con tales normas y, en particular, el tratamiento dispensado a los casos sobre acceso a la información en cuanto a tales estándares normativos (*Baquedano con DIRECON*).

Junto con esta pseudoaversión por el Derecho Internacional –y, en algunos casos, el propio Derecho Constitucional (que, con todo, parece revertirse con la decisión emanada de la Corte

de Apelaciones de Santiago en *Moral con SEC*)– los rasgos más criticables de la actuación de los tribunales en referencia al derecho de acceso a la información pueden sintetizarse en tres direcciones. En primer lugar, el descanso que se hace en las normas reglamentarias (tanto el Decreto Supremo 26/2001 como las resoluciones posteriormente dictadas) para negar las solicitudes de acceso a la información, no obstante su cuestionable validez jurídica (*Manzur con SAG, Morales con Subsecretaría de Bienes Nacionales y Olmedo*). En la misma línea se inscribe el problema de la falta de respuesta cuando explícitamente se le ha solicitado a los tribunales pronunciarse sobre la materia (*Olmedo con director de Aduanas y Casas con director de Aduanas*). Lo que se observa aquí es que permanece una lectura exegética de la ley, apegada a lo que las normas establecen, sin considerar, en primer lugar, que se está en presencia de la interpretación de un derecho fundamental y no de un derecho subjetivo *privado* y, en seguida, una mala práctica por parte de la Administración, que parece asociarse con los tribunales en la tarea de restringir (ilegítimamente) el derecho de acceso a la información.

En segundo lugar, aparece como un elemento negativo que obstaculiza la promoción y protección de este derecho –que, valga reiterar, es deber de los jueces en tanto órganos del Estado (artículos 5º, inciso 2º, y 6º de la Constitución Política)– la doctrina según la cual la inexistencia de un acto administrativo anula por completo la posibilidad de requerir documentos y antecedentes a un órgano público. Mediante la incorporación de la ley sobre procedimientos administrativos, con todo, se abre una posibilidad de que esta persistencia judicial sea enmendada –ya que ella concede expresamente el derecho de las personas de acceder a los actos administrativos y sus documentos, así como conocer el estado de tramitación de los procedimientos que conducen a la dictación de un acto. La forma en que el tribunal que conoce en *González* es solo parcial, pues se aparta de la definición formal que dicha ley da de “acto administrativo”, pero lo hace solo para los efectos de ese caso en particular. En otras palabras, no hay allí rastros de una doctrina judicial fuerte de donde arrancar reclamos de acceso a la información *en ausencia* de actos administrativos.

Por último, como tuvimos (larga) ocasión de revisar, un problema importante en cuanto a la extensión de este derecho se produce en los casos en que órganos autónomos son comprendidos (o no) como sujetos pasivos de este derecho (*Claude con*

Banco Central). No voy a reiterar los argumentos que mencioné más arriba –según los cuales existen razones para que este órgano en particular (y los demás entes constitucionales autónomos que existen en nuestro sistema) sean, *en la mayor medida de lo posible*, imperados por este estatuto¹⁴⁶; solo agregaré que el solo hecho de que algunos de estos órganos, como son las municipalidades¹⁴⁷, hayan dictado resoluciones administrativas de conformidad con el DS 26/2001 incorpora otro elemento para cuestionar que su autonomía constitucional sirva de escudo para repeler estas normas cuyo objeto es, entre otros, el de permitir precisamente a los ciudadanos participar de los asuntos públicos¹⁴⁸.

Así las cosas, parece necesario, de una parte, promover la aplicación del bloque de constitucionalidad conformado no solo por las cláusulas de la Carta Fundamental que contienen principios, valores y derechos subjetivos, sino también por las

¹⁴⁶ Consciente de que la expresión ‘en la mayor medida de lo posible’ resuena a frases e intervenciones poco loables en la reciente historia constitucional de nuestro país, cabe advertir que, en este trabajo, ella no consiste en una renuncia ex ante al fortalecimiento del derecho en análisis, sino que se refiere a la forma técnica en que debe abordarse la cuestión sobre el alcance de las normas sobre acceso a la información frente a órganos que reclaman grados de autonomía constitucional (véase, en la parte III, Claude con Banco Central).

¹⁴⁷ La Constitución define a las municipalidades como “corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna” (artículo 107, inciso 4°).

¹⁴⁸ Entre las resoluciones dictadas por municipalidades, se encuentra el Decreto Alcaldicio N° 1313 de la Municipalidad de Lo Espejo (publicado en el Diario Oficial de 30/09/03), el Decreto Alcaldicio N° 2746 de la Municipalidad de Quillota (publicado en el Diario Oficial de 29/10/03), el Decreto Alcaldicio N° 1480 de la Municipalidad de Lo Prado (publicado en el Diario Oficial de 12/12/03), el Decreto Alcaldicio N° 205 de la Municipalidad de Santiago (publicado en el Diario Oficial de 02/03/04), el Decreto Alcaldicio N° 593 de la Municipalidad de Pucón (publicado en el Diario Oficial de 17/03/04), el Decreto Alcaldicio N° 336 de la Municipalidad de Padre Las Casas (publicado en el Diario Oficial de 17/05/04) y el Decreto Alcaldicio N° 3.828 de la Municipalidad de Coronel (publicado en el Diario Oficial de 13/10/04). Tras la dictación de la Ley N° 20.033 (de 1 de julio de 2005), que modificó, entre otras leyes, la Ley Orgánica de Municipalidades –disponiendo que “[l]a información y documentos municipales son públicos”, detallando a continuación una serie de documentos y antecedentes que deben ponerse a disposición permanente del público–, sirvió para que la Municipalidad de Santiago, a petición de una organización ciudadana, declarara que se ha producido “la derogación tácita del Reglamento Municipal N° 205, sobre Actos y Documentos Declarados Secretos o reservados”. Es dable suponer que las otras municipalidades aludidas realicen lo mismo en el futuro ya que la base normativa de dichos Decretos ha dejado de existir.

normas (y aun los instrumentos no normativos) de los órganos internacionales que han desarrollado (y siguen desarrollando) un importante entendimiento del derecho de acceso a la información, como la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Chile no puede pretender integrarse con las demás naciones de manera parcelada, como acontece cuando solo se vuelve la vista hacia los aspectos financieros o económicos de los acuerdos internacionales. La posibilidad de ser un referente a nivel comparado e internacional en materia de protección de derechos fundamentales y combate a la corrupción tiene, en la labor del Poder Judicial, una deuda y una potencialidad muy relevante. Con el fortalecimiento de la actuación de los tribunales en esta materia, además, se promovería el uso de una parte del sistema jurídico que, a pesar de su mayor trascendencia, suele estar ausente en los razonamientos de los jueces de letras. Me refiero, como es obvio, a la Constitución¹⁴⁹.

Paralelamente, cabe apoyar la reforma legal que se pretende realizar en tanto el legislador reemplazará la regulación (inconstitucional) que por vía administrativa el Ejecutivo realizaba, haciendo desaparecer lenta y persistentemente el derecho de acceso a la información, a tan pocos años de haberse incorporado a nuestro sistema jurídico. En esta línea, como señalé algunas páginas más atrás, se vislumbra una significativa responsabilidad de parte del órgano jurisdiccional para establecer los criterios con arreglo a los cuales se informará la regulación cotidiana de este derecho.

Como he insistido, se trata de una herramienta concebida para la sociedad civil, para las personas que, interesadas en la forma como el Estado ejecuta su mandato (de ponerse “al servicio de la persona humana”, como dice de manera algo incoherente la Carta Fundamental), hacen o pretenden hacer realidad el ideal republicano del artículo 4º. A través de solicitudes de acceso a información pública es posible construir un monitoreo

¹⁴⁹ Podría uno preguntarse acaso esta afirmación da pie para la constitución de un sistema de control de constitucionalidad difuso (esto es, realizado por todos los tribunales de justicia, sin que se concentre, como ocurre actualmente, según la opinión tradicional, en manos de la Corte Suprema). La respuesta es afirmativa. Sí creo que existen argumentos normativos para sostener la existencia de este tipo de control en nuestro sistema, aunque obviamente no puedo desarrollarlos ahora (véase, con todo, Ríos, Lautaro, “El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”, en *Ius et Praxis*, Vol. 8, N° 1, 2002, pp. 389-418).

del actuar estatal poco común en nuestra cultura legal, en que ha predominado una tradición de secreto y oscuridad que busca mantener a los ciudadanos a un margen de las decisiones públicas. El derecho de acceso a la información, bien regulado y debidamente interpretado por el sistema judicial, puede servir como una herramienta para erradicar prácticas de corrupción que hoy son, quizá no más comunes, pero ciertamente más visibles para la ciudadanía. Solo un Estado que no entiende su deber de responsabilidad frente a quienes justifican su constitución puede escudarse en instrumentos legales para alejar a las personas de sus decisiones. Y en un régimen en que los gobernantes son responsables, la posibilidad de que el Poder Judicial se ponga al lado de la ciudadanía que reclama acceder a los documentos y antecedentes públicos en poder de la Administración es, a no dudarlo, una valiosa herramienta. De no satisfacerse las legítimas expectativas cifradas, con todo, se corre el riesgo de permitir que prácticas no democráticas echen nuevamente raíces en una tierra que aún exhibe la huella de un trecho en que la democracia no era más que una lejana aspiración.

A MODO DE EPÍLOGO: ¿HACIA UN NUEVO TRATO EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA?

Al iniciar este trabajo, señalé que dejaría para el final una reflexión sobre el impacto que ha tenido la aprobación del nuevo artículo 8° de la Constitución en la retórica y práctica del derecho de acceso a la información pública. Y es que en la mayoría de los casos que examiné más atrás, parte importante de las dificultades de avanzar en una jurisprudencia que diera real protección a este derecho fundamental la atribuí a la existencia del Decreto Supremo N° 26/2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que permitió a los servicios públicos restringir este derecho hasta tornarlo irreconocible.

En una cultura judicial y legal apegada a las formas, mientras esta normativa no existió, y solo estaba en vigencia la (por entonces, nueva) ley de probidad administrativa, la actuación de los jueces fue notable. Se levantaron conceptos progresistas, como el de control social por parte de los ciudadanos, y se alcanzó a asomar un germen de control judicial de las actuaciones de la Administración inusual para nuestro medio jurídico,

tanto a nivel de tribunales de letras como Cortes de Apelaciones. Sin embargo, la opacidad del Administrador no duró en llegar y, aprovechando la torpeza legislativa –que permitió la regulación de este derecho por vía reglamentaria–, se dio inicio a un proceso de secretismo y reserva que volvía las cosas al estado anterior al estatuto sobre acceso a la información pública, vale decir, de oscuridad y falta de transparencia en los asuntos públicos. Ello, con la gravedad de que ahora existía un cierto nivel de conocimiento sobre lo pernicioso de estas prácticas, lo que hacía aún más inaceptable este estado de cosas. Para hacer de la situación algo peor, se sumó a esta actitud de la Administración un Poder Judicial indulgente, que no asumió su rol de juez constitucional, obligado a dar la debida protección a los ciudadanos frente a los abusos e ilegalidades cometidas (en este caso) por el Ejecutivo. Primaron los formalismos y, aun en los casos en que su intervención fue expresamente solicitada –*e.g.*, cuando se le pidió la declaración de nulidad del DS 26–, su mirada se volcó hacia un lado, dando la espalda a las peticiones de actores sociales.

Tanto es así, esto es, tanta lejanía marcó el Poder Judicial frente a este tema que no fue él, sino la Contraloría y el Congreso Nacional (actuando, principal aunque no exclusivamente, como Poder Constituyente) quienes han revertido la situación. Estos actores, con todo, no hicieron la tarea solos. La misma ciudadanía que ha demandado de la Justicia tutela de sus derechos –y que ha debido, por caso, recurrir ante instancias internacionales frente a la negativa persistente encontrada en Chile– fue la que buscó insistentemente enmendar el rumbo que llevaba la práctica sobre acceso a la información. Como han sugerido algunos, la brecha entre la “cultura constitucional” –radicada en los entendimientos de la ciudadanía interesada en los asuntos públicos, que demandaba (y sigue demandando) mayor apertura del aparato estatal– y el “derecho constitucional” –pronunciado por los tribunales de justicia en relación con las normativas administrativas restrictivas de dicha apertura– era evidente¹⁵⁰.

Como señalé en mi trabajo del año 2002, habiéndose dictado el Decreto Supremo 26 y cuando la práctica de secretismo aún no se instalaba en el país, de no invertir Contraloría la regla en

¹⁵⁰ Post, Robert C., “The Supreme Court, 2002 Term – Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law”, en *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2003, pp. 4-112.

cuya virtud muchas, sino la mayor parte, de las resoluciones administrativas están “exentas” del trámite de toma de razón –por el cual se revisa la legalidad (en sentido amplio) de los actos administrativos– existían pocas posibilidades de que este tipo de situaciones no acontecieran¹⁵¹. Ahora bien, la Contraloría General de la República no ha modificado sustancialmente sus criterios de revisión de legalidad, pero, en lo que concierne a esta materia, debió conocer la petición que diversos ciudadanos le hicieran para que se pronunciara acerca de la legalidad de numerosas resoluciones administrativas que declaraban como secretos o reservados actos administrativos y documentos. Así es como se gestó lo que posteriormente sería el importante Dictamen N° 049883, de cuatro de octubre de 2004, que dispuso que todas las reparticiones públicas que hubiesen dictado resoluciones invocando el artículo 9° del Decreto Supremo 26/2001 tendrían que revisarlas, de modo de adecuarlas a los criterios fijados en dicho Dictamen¹⁵². Como ya señalé, podemos suponer que, de haber conocido en trámite de toma de razón de muchas de las resoluciones que posteriormente se impugnaron, la Contraloría hubiese puesto coto a la avanzada de secretismo y opacidad que reinaba en la Administración.

Pero sin duda que el hecho (jurídico) más determinante en esta historia lo marca, como lo he adelantado a lo largo de este texto, la incorporación de un nuevo artículo 8° a la Constitución

¹⁵¹ Entonces sostuvo: “si esta Resolución [N° 520 de 1996, que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón] no existiera (o, existiendo, tuviese un alcance más restringido) el Contralor General de la República no habría prestado su firma para tomar razón del Decreto Supremo N° 26/2001 y no tendríamos, consecuentemente, un acto administrativo de semejante ilegalidad regulando el derecho fundamental de acceder a la información (en poder del Estado Administrador)”. Contesse, ob. cit. supra nota 12, p. 220 (nota al pie 28).

¹⁵² El análisis de Contraloría puede sintetizarse en los siguientes párrafos: “las resoluciones que dicten los jefes de servicio destinadas a declarar secretos o reservados determinados instrumentos, emitidas al amparo del artículo 9° del decreto N° 26 de 2001, deben decir relación exclusivamente con actos administrativos y documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, siendo improcedente que se refieran a antecedentes que no revistan ese carácter. Por otra parte, de lo expuesto no se sigue que los antecedentes que no constituyan actos administrativos o documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial sean secretos o reservados, sino tan solo que ellos no pueden ser solicitados haciendo uso del procedimiento previsto en el artículo 13 de la ley N° 18.575”. Junto con sentar esta doctrina, el órgano de control realizó un examen de qué debe entenderse como acto administrativo y qué puede ser considerado como documento que sirva de complemento directo o esencial a un acto administrativo, declarando que muchas de las resoluciones impugnadas efectivamente iban más allá del ámbito que la ley (y el Reglamento) establecían.

Política. La nueva norma que hace explícita la necesidad de que sea el legislador (de quórum calificado) el que determine los casos de secreto o reserva ha significado para la Administración el fin del (llamémoslo así) *ancien régime* en materia de acceso a la información. En efecto, solo tras enmendarse la Constitución, el Administrador parece haber caído en cuenta acerca de la ilegalidad en la que ha vivido en estos años. Para qué decir el Poder Judicial que, desde la soledad de sus despachos, ha debido observar, quizá sin siquiera enterarse, cómo la cultura constitucional evoluciona demandando mayor transparencia y probidad. La reforma constitucional, acompañada por el proyecto de ley actualmente en trámite, han significado la respuesta *de derecho* a lo que los actores sociales han venido sostenidamente haciendo presente por diferentes vías.

De esta manera, el mismo Ministerio que en 2001 inaugurara la larga lista de resoluciones que determinarían una práctica legal de trabas al acceso a la información pública, en agosto de 2005 comunica a las reparticiones estatales que con la aprobación de la reforma constitucional, unida a la tramitación del proyecto de ley de los senadores Gazmuri y Larraín, “Chile habrá dado un paso decisivo en materia de acceso a la información, eliminando definitivamente de nuestro sistema, los secretos o reservas reglamentarios”¹⁵³. Como se ve, tuvo que mediar una reforma constitucional (más la tramitación de un proyecto de ley sobre acceso a la información) para que la opacidad del Administrador buscara rehabilitarse. En otras palabras, no fue el Poder Judicial el que, pudiendo (y debiendo) hacerlo, se erigió como guardián de los derechos fundamentales, sino que los propios órganos políticos han reaccionado ante la persistencia de la demanda por un Estado más democrático.

Futuras investigaciones sobre este tema deberán dar cuenta de la forma como se lleva adelante esta nueva retórica. ¿Habrá, ahora sí, un nuevo trato entre ciudadanos y funcionarios públicos, de modo que estos comprendan la irreemplazable labor de control que la ciudadanía puede y debe ejercer sobre los asuntos de interés público? Sin duda, se tratará de una práctica no

¹⁵³ ORD (DJ) 914 de 02/08/2005, Ministerio Secretaría General de la Presidencia (“Comunica orientaciones en material de transparencia y publicidad de los actos de la Administración”). Para un exhaustivo relato del proceso por el cual se logró el cambio de orientación en las políticas de la Administración, con documentos pertinentes, veáse <http://cronologiadelsecreto.blogspot.com/> (última visita: septiembre de 2005).

exenta de problemas, especialmente si se considera que sobre los hombros del legislador está el fijar los estándares de secreto o reserva con carácter genérico. Ya no será (solamente) el Poder Judicial el que deba escrutar las actuaciones de los poderes públicos –sí tendrá que hacerlo, desde luego, conociendo de las reclamaciones que se hagan de conformidad con la Ley de Bases. Con la nueva regulación, que pone en manos del Tribunal Constitucional el deber de revisar que los preceptos legales –entre ellos, las leyes de quórum calificado– se ajusten al bloque de constitucionalidad, habrá espacio para nuevas disputas; esta vez referidas, por ejemplo, a la debida ponderación o balanceo entre los intereses que necesariamente se contraponen en estas situaciones, como la seguridad nacional o los derechos de terceros, frente al legítimo derecho a saber. Pero sobre esto, ya he dicho, habrán de versar futuras investigaciones. Es el examen sobre la práctica conocida hasta antes de esta nueva etapa lo que motivó este trabajo.