

**Universidad de Valparaíso  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Escuela de Derecho**

**EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA  
DEVENIR DE SU CONCEPTO Y PERSPECTIVAS A PROPÓSITO  
DE UN FALLO**

Autor: Mauricio Fuentes Díaz

Profesora Guía: Alejandra Zúñiga Fajuri



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>4</b>	
<b>CAPÍTULO I</b>		
<b>CONCEPTO, FUNDAMENTO Y DEVENIR DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.....</b>		<b>8</b>
1. Ubicación conceptual del derecho de acceso a la información pública.....	8	
2. La consagración del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico chileno.....	14	
- La reforma constitucional de 2005 y la ley 20.285.....	17	
<b>CAPÍTULO II</b>		
<b>PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. NOTAS A PROPÓSITO DE UN FALLO.....</b>		<b>27</b>
1. Algunas cuestiones previas.....	27	
2. Explicación del fallo. Argumentos de las partes. Razonamiento de la Corte Suprema.....	47	
3. Análisis del fallo.....	51	
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>59</b>	
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>61</b>	

## INTRODUCCIÓN

*“La democracia se puede definir de las más diversas formas, pero no hay definición de la misma que pueda dejar de lado la inclusión, entre sus características, de la visibilidad o la transparencia”.*

**Norberto Bobbio**

El control de los actos de la Administración resulta ser, en nuestros días, un asunto de indiscutible relevancia. Buena prueba de ello consta en la muy frecuente referencia que respecto a este tema es posible encontrar en los medios de comunicación social cuando informan acerca del control administrativo, parlamentario y judicial sobre los órganos del Estado si éstos actúan fuera de sus competencias o, en ciertos casos, derechamente en la ilegalidad. La referencia a estos mecanismos es del todo preferente en relación a un tipo de control cuya emergencia en las sociedades latinoamericanas es reciente, y respecto del cual aún resta mucho camino por recorrer para lograr que efectivamente pueda operar como un factor de vigilancia de los actos de la Administración. Me refiero al control social de dichos actos, para cuya eficacia es requisito indispensable el reconocimiento y puesta en práctica del derecho de los ciudadanos a acceder a la información de los órganos del Estado. En efecto, el reconocimiento a nivel legal de este derecho en América Latina ha tenido un auge evidente: del total de 65 leyes en todo el mundo sobre la materia, 13 han sido promulgadas en los últimos años en Latinoamérica.<sup>1</sup>

El desenvolvimiento efectivo del derecho de acceso a la información pública presenta una serie de beneficios de enorme trascendencia: eleva los estándares de eficiencia de la Administración, haciendo visible a los ojos del público las actuaciones que al ser secretas podrían ejecutarse displicentemente, contribuye a dotar a los órganos públicos de una legitimidad creciente, colabora a que los ciudadanos puedan tomar decisiones informadas y, en definitiva, les permite tener una visión más certera de lo que ocurre tras esa suerte de velo de que tradicionalmente se sirve la Administración para mantener en privado lo que debiera ser público. Se puede advertir entonces que algunos de los problemas que cotidianamente tienen que ver con la, a veces, conflictiva relación entre los ciudadanos y sus representantes derivan de cuestiones como las que se señalan. Un buen ejemplo de ello tiene que ver con la cantidad de personas en edad de votar inscritas

---

<sup>1</sup> DARBYSHIRE, Helen: “El derecho a la información en América Latina”, En: *Anuario de derechos humanos 2006*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006, página 258.

en los registros electorales: a 2008, de 11.965.990 personas en edad de votar se hallaban inscritas 8.110.265, cifra que se mantiene muy similar a la de quince años atrás, en que el universo de personas en edad de votar era de 9.052.632. Considerando que para 2010 habrá aproximadamente 12.100.000 chilenos en edad de votar, y manteniéndose estable la tasa de inscripción de las últimas décadas, uno de cada tres de ellos no estará inscrito en el padrón electoral.<sup>2</sup> Es posible sostener entonces, a primera vista, que la consagración y desenvolvimiento del derecho de acceso a la información pública, aun cuando por sí solo evidentemente no puede resolver éste y otros problemas, constituye un buen punto de partida para permitir una mejor y más activa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, entre cuyas manifestaciones más relevantes se encuentra el ejercicio del derecho a sufragio.

¿Es posible distinguir al derecho de acceso a la información pública del derecho a la libertad de expresión? ¿Tiene la información un valor jurídico propio o es más bien un medio para conseguir fines socialmente deseables? ¿El derecho de acceso a la información pública puede ser un factor que colabore en la democratización de los países que la consagra? La primera parte de este trabajo se ocupa de dar algunas luces sobre esos temas, al cabo de lo cual se describe el camino por el que este derecho ha transitado en el ordenamiento jurídico nacional, desde el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política hasta la reforma de 2005 que lo consagró explícitamente en su artículo 8 inciso 2, dando cuenta de las observaciones formuladas al momento de la discusión de los términos de la reforma y de las trabas que, incluso dentro del Senado, se opusieron a ella, y a las críticas que la doctrina ha formulado en relación a la redacción definitiva de su texto. Para comprender el sentido y alcance de la nueva norma constitucional es preciso referirse también a la ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, que introduce modificaciones a la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, y de los errores que dificultaron su aplicación, para luego examinar algunos aspectos de la ley 20.285, denominada Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, que actualmente se ocupa de esta materia en forma exclusiva, creando al efecto la institucionalidad necesaria para cumplir con sus propósitos, sin perjuicio de referirse también al muy sensible aspecto de las causales de excepción al principio general de transparencia que en la ley se contienen, y que desarrolla el catálogo que a este respecto la norma constitucional contempla.

Puesta en evidencia la relevancia que el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública implica, y de las dificultades que ha debido sortear su

---

<sup>2</sup> NAVIA, Patricio: “¿Quién quiere sufragio universal?”, En: *Revista Capital*, Número 211, 24 de Agosto de 2007.

consagración, la segunda parte de este trabajo se propone explicar y luego analizar el único fallo existente hasta el momento en la jurisprudencia nacional en que la Corte Suprema debió pronunciarse acerca de la negativa de información de un órgano de la Administración fundada en la causal de interés nacional, y cómo es que la Corte bien pudo tener en cuenta una serie de parámetros de interpretación que optó por no considerar en su fallo. Para ello, considerando que el máximo tribunal del país fue requerido a propósito de la aplicación de un principio jurídico, en primer lugar se exponen someramente algunos rasgos que dan cuenta del carácter particular de la interpretación que debe realizar el juez constitucional, a partir de la diferenciación entre éstos estándares y las reglas de derecho. En ese sentido, se explican luego ciertos elementos de hermenéutica propios de la jurisdicción constitucional. Esos factores permiten resolver, junto con los lineamientos de interpretación tradicionales del derecho común, las controversias que derivan de la, en ocasiones, conflictiva interacción entre normas constitucionales.

A continuación, se exponen los argumentos que las partes hicieron valer ante la Corte Suprema, relevándose la circunstancia de que el principal parámetro que las partes invocaron en sus alegaciones, como es el principio de proporcionalidad, no fue tenido en cuenta finalmente en la sentencia, y cómo es que este principio bien pudo operar en la controversia, refiriéndose para ello a los subprincipios de la proporcionalidad y a aquel elemento de ponderación frecuente en materias de excepción al régimen general de publicidad, como es la prueba de daño. Con ello, se devela en definitiva cómo es que el factor conforme al cual la Corte fundamenta su sentencia al parecer carece de la entidad argumentativa que le permita restringir un derecho fundamental, como es el derecho de acceder a la información que emana de los órganos del Estado.

Por último, se sostiene que es posible que dichos parámetros puedan ser utilizados por el Consejo para la Transparencia, órgano que desde abril de 2009 se ocupa del conocimiento de las reclamaciones por denegación de información, toda vez que se trata de un organismo especializado en la materia, creado para aplicar los lineamientos específicos que existen a este respecto, que relevan una serie de características que no sólo ponen de manifiesto los rasgos particulares de las normas sobre derecho de acceso a la información pública, sino también del creciente valor que éste tiene en las sociedades modernas. En efecto, algunos de esos elementos, conforme a los cuales hoy se resuelven este tipo de controversias, han sido divulgados por los miembros del Consejo para la Transparencia, factores a través de cuya aplicación es posible, en

definitiva, satisfacer la pretensión de elevar los estándares de publicidad y transparencia de la función pública.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, el consejero Alejandro Ferreiro expuso en “El Mercurio de Santiago”, de 16 de Noviembre de 2008, cuerpo D, página 13, que: “todos tienen derecho a la información, no hay que invocar ningún interés especial para solicitarla... la carga de la prueba va a estar en quien niega el acceso, (el órgano que niegue la información) tendrá que demostrar porqué se aplica la causal de excepción que invoca”.

## CAPÍTULO I

### **Concepto, fundamento y devenir del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico nacional.**

#### **1. Ubicación conceptual del derecho de acceso a la información pública.**

Resulta correcto apuntar que el derecho de acceso a la información pública aparece, en un primer momento, íntimamente ligado al derecho a la libertad de expresión. Y es que ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19, se señala que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir opiniones e informaciones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Normas de similar redacción se ubican en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 13)<sup>4</sup>, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19)<sup>5</sup>, que consideran al derecho de acceso a la información como parte integrante de la libertad de expresión e, incluso, de la libertad de pensamiento.

No obstante la consagración aún embrionaria de este derecho en los mencionados instrumentos internacionales, es necesario señalar que tratándose, en primer lugar, del derecho a la información y, luego, del derecho de acceso a la información pública, es posible advertir ciertos elementos diferenciadores que permiten, sino separar, al menos distinguir a estos derechos. Esta diferenciación es aun hoy objeto de discrepancias: algunos autores siguen sosteniendo que el derecho a la información carece de una entidad propia que le permita erigirse como un derecho autónomo, en tanto otros señalan que éste efectivamente presenta caracteres que lo diferencian de su antecedente inmediato, de tal suerte de dotarlo de autonomía conceptual.<sup>6</sup> Siguiendo a Jorge Contesse, es posible encontrar ciertos elementos que dan cuenta de que ambos derechos, si bien comparten rasgos similares, como el carácter de derecho de doble vía que más adelante se señalará, presentan también una serie de diferencias que podrían llegar a fundamentar una separación conceptual que justifique la consagración del derecho a la

---

<sup>4</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13 señala que: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>5</sup> El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en su artículo 19, que: “2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

<sup>6</sup> COLOMBARA, Ciro y OLMEDO, Juan Pablo: “*El derecho a acceso a la información pública*”, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999, página 5.

información como un derecho autónomo y ya no como un apéndice del derecho a la libertad de expresión.<sup>7</sup>

En primer lugar el derecho a la información -sobre todo cuando el objeto de éste es aquella que se encuentra en poder de los órganos del Estado- es un derecho de carácter colectivo, toda vez que no actúa como un factor de autorrealización personal, como ocurre tratándose del fundamento de la libertad de expresión, concebida en el marco de los denominados derechos de libertad o derechos-autonomía, sino como un mecanismo de control social de los actos de la Administración y de la debida rendición de cuentas de las autoridades de gobierno, factor clave en las democracias en forma, con lo que adquiere un matiz de bien público o colectivo indispensable para la puesta en práctica de la transparencia como elemento propio de los Estados modernos.<sup>8</sup> Una segunda observación que develaría el carácter autónomo del derecho a la información tiene que ver con que la consagración de éste impone al Estado obligaciones distintas que aquéllas que derivan de reconocer el derecho a la libertad de expresión. En este caso al Estado le corresponde permitir el libre flujo de las manifestaciones de la libertad de expresión, pero tratándose del derecho a la información -cuando éste se refiere a la información pública- con su reconocimiento el Estado se obliga a entregar la información, a sistematizarla y hacerla inteligible a los ojos de la ciudadanía, de tal modo que, como señala Muñoz Wilson, tratándose del acceso a la información pública, su consagración impone una serie de obligaciones positivas distintas y mayores que aquéllas que derivan del derecho a la libertad de expresión.<sup>9</sup>

Una tercera observación se relaciona con que, no obstante sostener que el derecho a la información puede ser concebido como un derecho distinto al derecho a la libertad de expresión, es preciso señalar que éstos comparten una característica que los asemeja, cual es el carácter de derecho de “doble vía”, rasgo que, como afirma Ernesto Villanueva, se traduce en que el derecho a la información incluye el derecho a atraerse información, el derecho a informar y el derecho a ser informado. En primer término, el derecho a atraerse información comprende las facultades de acceso a los archivos, registros y documentos públicos, y la decisión sobre qué medio se lee, se escucha o contempla. En segundo lugar, el derecho a informar se compone de las libertades de expresión e imprenta y el de constitución de sociedades y empresas informativas. Por

---

<sup>7</sup> CONTESSE SINGH, Jorge: “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, En: González, Felipe: *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Número 14 (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales), Santiago, 2002, página 211.

<sup>8</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: “El acceso a la información como derecho”, En: *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Serie Publicaciones Especiales Número 10 (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales). Santiago, 2000, página 198.

<sup>9</sup> MUÑOZ WILSON, Alex: “Chile y el acceso a la información pública. Comentarios sobre un nuevo fallo adverso de la Corte Interamericana”, En: *Anuario de derechos humanos 2007* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Santiago, 2007, página 157.

último, el derecho a ser informado implica las facultades de recibir información objetiva, oportuna, completa y de carácter universal, esto es, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna.<sup>10</sup> Estas características dan cuenta de que este derecho no sólo dice relación con el sujeto activo de dicha información, que es quien informa, sino también, y de manera muy importante, con el sujeto pasivo de este derecho, los receptores de la información, quienes pueden reclamar de los primeros cierto tipo y calidad de ésta. Así lo ha resuelto la Corte Suprema colombiana, en un fallo que destaca el profesor Humberto Nogueira.<sup>11</sup> Dicho fallo, de septiembre de 1992, señala que “...el de la información es un derecho de doble vía en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento o declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones, y, más aun, como ya se dijo, las normas constitucionales tienden a calificar cuales son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas”.

Así conceptualizado el derecho a la información, y reseñado su carácter de derecho de doble vía, es preciso referirse al derecho de acceso a la información pública, concebido ya no como sinónimo del derecho a la información, sino como un ingrediente esencial de aquél, que faculta a los ciudadanos a acceder a todo tipo de registros, documentos o datos que obren en poder de entidades públicas, salvo las excepciones que, fundadas en causales previstas por el legislador, denieguen el acceso a esa información en virtud de una resolución fundada emanada de un órgano competente.

Una de las claves para conceptualizar al derecho a la información pública dice relación con el deber que la consagración de uno y otro derecho impone al Estado. Y es que tratándose del derecho a la información, éste obliga a los órganos públicos a abstenerse de limitar el acceso a la información de los ciudadanos, información que emana preferentemente de los medios de opinión pública y de comunicación social, reconociendo que a éstos les corresponde una función esencial en la formación de una conciencia ciudadana dispuesta a participar en los temas de interés público. A su vez, tratándose del derecho a la información pública, teniendo presente que el objeto de dicha información está constituido por documentos que obran en poder precisamente de los órganos de la Administración, parece correcto apuntar que el deber que la consagración de este derecho impone al Estado es más fuerte, habida cuenta que a

---

<sup>10</sup> VILLANUEVA Ernesto: *El derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2003, página 17.

<sup>11</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto: “El derecho a la información en el ámbito del Derecho Constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, En: Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel: *Derecho a la información y derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie Doctrina Jurídica N° 37, Ciudad de México, 2000, página 22.

diferencia del derecho a la información, en que debe abstenerse de obstaculizar el libre tránsito de información desde los medios de comunicación a los ciudadanos, en el derecho de acceso a la información pública debe proveer oportunamente a los ciudadanos de la documentación que éstos soliciten, reconociendo el valor que ésta, en manos de la ciudadanía, representa para la toma de decisiones informadas y responsables, factores claves para el desenvolvimiento de la democracia y de la debida rendición de cuentas de las autoridades .

¿Cuáles son los fines que la consagración del derecho de acceso a la información pública persigue? Siguiendo a Abramovich y Courtis, es posible distinguir tres corrientes que intentan explicar el valor de la información que emana de los órganos del Estado.<sup>12</sup> En primer lugar, aquélla que concibe a la información como bien jurídico directo: ello implica que ésta es un bien en sí mismo con independencia de los efectos que su entrega origine, lo que tendría cabida, por ejemplo, en el llamado “derecho a la investigación”, a cuyo respecto al Estado le correspondería cooperar entregando la documentación que le sea solicitada sin importar el objetivo que con dicha investigación se persiga, o, incluso, tendría relación con el denominado “derecho a la verdad”, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violaciones de derechos humanos en que, restaurado el régimen democrático, no se ha logrado esclarecer el paradero de personas desaparecidas.<sup>13</sup>

Una segunda concepción acerca del valor del derecho a la información consiste en señalar que éste tiene un valor instrumental, subordinado al cumplimiento de una serie de fines socialmente deseables, expresados en el cumplimiento de valores, principios o derechos que sólo es posible satisfacer en tanto la información que emana del Estado sea entregada por éste oportunamente. Así, la entrega de información opera como un mecanismo de fiscalización de la autoridad, de los planes o programas que ésta lleva a cabo, sirve como un factor que favorece la participación, en el entendido que funciona como un elemento que permite un voto informado, y además actúa como un presupuesto

---

<sup>12</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: “El acceso a la información como derecho”, Ob. cit., página 200.

<sup>13</sup> La Corte ha declarado que “... incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de reconocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”. En este sentido, ver: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, de 29 de julio de 1988. Otro ejemplo de esta concepción de la información como bien jurídico en sí mismo tiene que ver con el denominado habeas data: aquella figura que permite a los ciudadanos proteger sus datos de carácter personal que obren en poder de organismos estatales o de empresas, regulado en Chile por la Ley 19.628, y a cuyo respecto la ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, establece en su artículo 33, que señala las funciones y atribuciones del Consejo para la Transparencia, que será el propio Consejo quien debe “velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

del ejercicio de otros derechos, como ocurriría por ejemplo con la norma que contempla el Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblo Indígenas y Tribales en Países Independientes, que señala la obligación de los Estados de consultar a las comunidades indígenas acerca de cualquier medida que pueda afectar su tierras, consulta a la que precede la entrega de información sobre los proyectos o medidas planeadas para ese territorio. La entrega de dicha información sería entonces, en el ejemplo, requisito esencial para el ejercicio colectivo del respeto a la identidad cultural de las comunidades indígenas.

Una tercera concepción acerca de los fines que se persiguen mediante la entrega de información que obra en manos de la Administración sostiene que ésta cumple con los dos caracteres descritos: opera como un valor en sí mismo y, a la vez, tiene un valor instrumental que favorece el cumplimiento de otros derechos, sin importar si éste es concebido como un derecho individual, como acontece en la redacción del ya mencionado artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la mayoría de los instrumentos internacionales que lo reconocen, o como un derecho colectivo, expresión del principio de publicidad de los actos de gobierno y como un factor de fiscalización de ellos.

Por mi parte, creo que el derecho de acceso a la información pública se aviene de mejor manera con aquella teoría que reconoce su valor propio y a la vez su valor instrumental, toda vez que la sola entrega de la información por parte del Estado, cuanto mejor si ésta es espontánea, mejora sus niveles de legitimidad y da cuenta de un Estado moderno y con altos estándares democráticos. No obstante, dicha información evidentemente tiene también un valor instrumental al operar como condición necesaria para la debida rendición de cuentas de las autoridades, de la evaluación que la ciudadanía hace de las actuaciones de los gobernantes y como un mecanismo que favorece y legitima las relaciones entre los ciudadanos y el poder.

En relación a ello es posible sostener que, tradicionalmente, se ha concebido que la mejor forma de controlar el poder es a través de su separación, mediante aquél sistema de “pesos y contrapesos” conforme al cual los órganos de poder se vinculan entre sí por una relación de control mutuo y vigilancia recíproca de sus actos, cuestión que puede ser eficaz siempre que dicha relación de fiscalización no se determine por influencias de la política contingente, como frecuentemente ocurre, a modo de ejemplo, con las comisiones investigadoras a cargo de la Cámara de Diputados, pero presenta el inconveniente de excluir en ese control a los ciudadanos que, en el peor de los casos, sólo intervienen en la elección de las autoridades elegidas democráticamente, pero abandonan su función de control precisamente durante todo el período en que transcurre

el mandato de las autoridades electas. Ello fomenta las malas prácticas de la Administración, favorece la corrupción y vacía a la democracia de su contenido al reducirla a una mera cuestión sacramental en que periódicamente se eligen representantes cuyas actuaciones son desconocidas.<sup>14</sup>

El control ciudadano o social es, con todo, un control que debe estar previsto y garantizado por los ordenamientos jurídicos, sin perjuicio de compartir hasta cierto punto la observación de Luis Cordero, quien señala que, tratándose del control social de los actos de la Administración, el papel que le corresponde desarrollar al Derecho es menos intenso que aquel que le cabe tratándose del control político de esos actos.<sup>15</sup> Si bien es cierto que el veredicto que a los ciudadanos les corresponde emitir respecto de las actuaciones de sus representantes no se ve influenciado directamente por el Derecho, y que además dicho control social es desformalizado en comparación al control político, no es menos cierto que a éste le corresponde establecer, mediante sus normas, las condiciones básicas que permitan ejercer las facultades de control de manera informada. Esas condiciones básicas incluyen la consagración, idealmente a nivel constitucional, del derecho de acceso a la información pública, y del establecimiento de la institucionalidad requerida para que ese derecho pueda hacerse valer por la ciudadanía.

Esta tarea no es, evidentemente, una cuestión irrelevante. La ausencia de control por parte de los ciudadanos sobre las actuaciones de la Administración crea el escenario necesario para las prácticas de corrupción. Ella posee un doble cariz, cada uno igualmente peligroso: por un lado, la ineficiencia del aparato estatal, el desvío de fondos públicos, las asignaciones desiguales de derechos, entre otras malas prácticas, y por otro, la corrupción daña directamente a la democracia cuando restringe lo que Warren denomina su “norma básica”: la inclusión que otorga poder a aquellos afectados por acciones y decisiones colectivas.<sup>16</sup> Esta regla básica es lesionada cuando la corrupción actúa en contra de ese poder, operando como un mecanismo que dificulta el acceso de los ciudadanos a participar en la vida pública cada vez que éstos no están dispuestos,

---

<sup>14</sup> Dichas consideraciones han sido recogidas incluso por fallos internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de fallar el emblemático caso *Claude Reyes Marcel y Otros Vs. Chile*, expone, en los párrafos 86 y 87 de la sentencia, que “... el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”. Ver: Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Claude Reyes y Otros Vs. Chile*, de 19 de Septiembre de 2006.

<sup>15</sup> CORDERO VEGA, Luis: *El control de la Administración del Estado*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, página 41.

<sup>16</sup> WARREN, Mark: “La democracia contra la corrupción”, en *Revista de Ciencias Políticas y Sociales*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), Ciudad de México, Número 193, página 114.

por simple desconocimiento, a juzgar el desempeño de sus representantes al carecer de la información necesaria que haga transparente el ejercicio de sus funciones. Señala Warren que, por naturaleza, la corrupción se vale del engaño. Ella provoca exclusión, debilitando con ello los incentivos provistos por la distribución democrática del poder a través de la política de la deliberación. Por ello es que el reconocimiento del acceso a la información pública tiene valor y sentido en las democracias, sobre todo en aquellas jóvenes en que, talvez como consecuencia de gobiernos autoritarios, subsisten resabios de secretismo; opera fortaleciendo a ésta toda vez que, en primer lugar, actúa como un factor que colabora en la eficiencia de la Administración al hacer visible sus actuaciones a los ojos de la ciudadanía, lo que impone hacia ésta un deber de eficiencia más alto en el desempeño de sus funciones y, en segundo lugar, permite a los ciudadanos conocer y luego evaluar el desempeño de las autoridades elegidas democráticamente, proveyendo con ello de mayor sustancia al ejercicio electoral que cada cierto tiempo tiene lugar .

## **2. La consagración del derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico chileno.**

La Constitución Política de la República contempla en su artículo 19 número 12 el derecho a la información pero, en rigor, su redacción poco se aviene con el carácter de derecho de doble vía que se ha señalado, toda vez que recoge la libertad de opinión y de información, esto es, reconoce el derecho a emitir opiniones y a informar, pero poco dice respecto al derecho a recibir informaciones, y nada respecto al derecho a recibir informaciones que emanen de la Administración.<sup>17</sup> Por ello es que, tratándose del derecho a acceder a la información pública, dicha norma es del todo insuficiente para establecer, por sí sola, el principio de publicidad de las actuaciones de la Administración. Ello, sin embargo, no fue obstáculo para que el Tribunal Constitucional, en una contienda de constitucionalidad planteada por diputados de los partidos de oposición durante la tramitación del proyecto de ley sobre "Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo", señalara que, sin perjuicio de la ausencia de una norma constitucional que establezca el derecho a recibir informaciones que emanen del Estado, éste "forma parte natural (de los derechos a la libertad de opinión e información ) y se encuentra implícito... (en ellos)...porque de nada sirven

---

<sup>17</sup> El citado artículo, en su primera parte, establece "la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de Quórum calificado".

estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”.<sup>18</sup> Sostiene luego el fallo, citando a los autores Pfeffer, Verdugo y Nogueira, que “tres son los aspectos que comprende esta garantía: el derecho a emitir opinión- facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree- ; la libertad de información, para hacer partícipe a los demás de esa opinión, (que )se presenta como un complemento de aquélla; y, por último, el derecho a recibir información, que, como se explicará, queda comprendido bajo el concepto de libertad de información”. Luego, la sentencia sostiene que “... (La) historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades (de opinión e información) comprenden también el derecho a recibir informaciones”.<sup>19</sup>

Es evidente el valor de la sentencia cuyos párrafos se transcriben, pero en rigor, y atendida la materia específica en cuyo contexto el Tribunal Constitucional se pronunció, cual es la del derecho a la información cuando éste recae sobre información emanada por medios de comunicación social, es preciso señalar que, hasta 2005, era patente la ausencia de una norma que a nivel constitucional reconociera el derecho a acceder a la información, no sólo a aquella que emana de los medios, sino también respecto de la información que obra en poder de los órganos de la Administración, sin perjuicio que, tal como sostiene Jorge Contesse, podría llegarse a él por aplicación de los tratados internacionales suscritos por Chile, en particular del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>20</sup> No obstante esta carencia, con anterioridad a la honda reforma constitucional de Agosto de 2005 que entre otros asuntos se ocupó de consagrar derechamente el derecho de acceso a la información pública, se promulgaron diversas leyes que, sin perjuicio de las deficiencias que dificultaban gravemente su aplicación, constituyen un avance en esta materia.

Dicha consagración a nivel legal tiene como antecedente directo la creación, en 1994, de la Comisión Nacional de Ética Pública, a instancias del entonces Presidente de la República Eduardo Frei Ruiz-Tagle. La comisión evacuó, dentro del plazo de 100 días que le fue concedido para ello, un informe con una serie de recomendaciones destinadas a favorecer la probidad y la transparencia de la función pública, relevando que “(con) la ausencia de disposiciones, mecanismos e instrumentos que hagan exigible la transparencia, la probidad pública no puede ser sometida al escrutinio ciudadano y, en

---

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, requerimiento de constitucionalidad durante la tramitación del proyecto de ley sobre “Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo”, de 30 de octubre de 1995.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> CONTESSE SINGH, Jorge: “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, *Ob. cit.*, página 214.

consecuencia, su mera enunciación es letra muerta”. Sostiene además la necesidad de adoptar medidas a objeto de que todas las decisiones de los órganos del Estado sean públicas, y de los necesarios cambios culturales que favorecen la normativa que a ese respecto ha de dictarse. Estas consideraciones dieron inicio a la tramitación de una serie de leyes destinadas a elevar los estándares de transparencia de la función pública, largo proceso que culminó con la promulgación de la Ley 19.653, que modifica la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta ley contiene el primer esbozo para establecer el derecho de acceder a la información pública de manera explícita en la legislación nacional, pero, luego de proclamar la publicidad como regla general, consagra un amplio catálogo de excepciones, elenco tan vasto que podría afirmarse incluso que la excepción era la publicidad y el secreto de los actos de la Administración la regla general.

Dentro de esas causales llama la atención aquella que dispone que el secreto o reserva de información puede ser establecido por disposiciones legales o reglamentarias, lo que confiere a la autoridad administrativa la facultad de dictar reglamentos a través de los cuales puede sustraer cierta documentación o antecedentes de la aplicación del principio general de publicidad, permitiendo con ello que el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública, esto es, la Administración, pueda eludir este imperativo dictando para ello un reglamento que establezca las causales de secreto que estime convenientes a sus intereses.<sup>21</sup> Ello se hace patente al promulgarse luego el decreto 26-2001 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, destinado a regular la publicidad y secreto de “los actos y documentos” que estuviesen en poder de los órganos del Estado, estableciendo nada menos que 14 amplísimas causales en cuya virtud los jefes de servicio de los órganos de la administración del Estado podrían denegar, por resolución fundada sustraída del trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República, el acceso a los actos y documentos públicos, adquiriendo éstos la calidad de secretos durante el plazo de 20 años. Esta facultad conferida a los jefes de servicio fue terreno fértil para la dictación de 83 resoluciones exentas a través de las que se eludió, en sede administrativa, el propósito de publicidad de la actividad de la administración.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> La ley 19.653, en su artículo 13 inciso 11, disponía que “las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

<sup>22</sup> CORDERO, Luis: “Vida, obra y muerte del acceso a la información administrativa, o cómo implementar inadecuadamente una regulación legal”, en *Gaceta Jurídica*, N° 309, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Marzo 2006, página 10.

La mencionada ley 19.653 se ocupa además de establecer un procedimiento conforme al cual los órganos de la Administración deberán pronunciarse acerca de las solicitudes de información que reciban en un plazo breve (48 horas), y designa también, como se ha señalado, las causales que la facultan para negar la entrega de información, en cuyo caso, y siempre que la causal invocada no sea la de interés nacional o seguridad de la Nación, podrá recurrir el requirente al juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, solicitando se inicie el procedimiento de amparo al derecho de acceso a la información que contempla el artículo 14 de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado. Tratándose de aquellos casos en que la causal de denegación invocada por la Administración sea la de interés nacional o seguridad de la Nación, el procedimiento ha de iniciarse directamente ante la Corte Suprema.

Consagrado este procedimiento, la jurisprudencia emanada preferentemente de juzgados civiles, obligados a resolver una contienda que escapa a las materias que frecuentemente conoce un tribunal de esa naturaleza, tal como señala Contesse, favorece no obstante el derecho de acceso a la información pública. El citado autor sostiene incluso que “la ley (19.653) está funcionando, en general, correctamente... lo que supone, a todas luces, un importante avance en la consolidación de la democracia en Chile”.<sup>23</sup>

#### **-La reforma constitucional de 2005 y la ley 20.285.**

La promulgación en agosto de 2005 de las reformas constitucionales, luego de un arduo debate iniciado con los Boletines 2.526-07 y 2.534-07 del Senado, ambos de 2000, constituyen sin dudas un avance en el proceso de democratización, entre cuyas notables innovaciones es posible distinguir la consagración, ahora a nivel constitucional, del derecho de acceso a la información pública en el nuevo artículo 8 de su texto.

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

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido

---

<sup>23</sup> CONTESSE SINGH, Jorge: “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, Ob. cit., página 224.

cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Esta norma establece a su vez una serie de diferencias con aquella que se encontraba vigente, la ley de Bases Generales de la Administración del Estado, reformada por la ley 19.653. Siguiendo a Hernández Emparanza, dichas diferencias dicen relación, en primer lugar, con la asimilación que la norma constitucional hace de los conceptos de publicidad y transparencia, en contraposición a la dispuesto en la ley, que distinguía entre ambos conceptos señalando que la publicidad radica en la obligación de los órganos del Estado de dar a conocer sus actos, en tanto la transparencia atañe a los procedimientos, contenidos y fundamentos de esos actos. Una segunda diferencia radica en la omisión que la norma constitucional hace de la publicidad de los “documentos que sirven de sustento o complemento directo o esencial” a los “actos y resoluciones” de los órganos de la Administración, pero en rigor incluye en la publicidad a dichos actos preparatorios al incorporar en este principio a los “fundamentos y procedimientos” que anteceden a la dictación de un acto administrativo terminal. Una tercera diferencia radica en que, bajo el imperio de la ley 18.575, sólo los órganos de la Administración del Estado se encontraban regidos por el principio de publicidad, excluyendo a los entes constitucionalmente autónomos, a diferencia del régimen que consagra el artículo 8 constitucional, que amplía su vigencia también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de la Justicia Electoral y a cualquier ente constitucionalmente autónomo. Por último, quizás la diferencia más relevante radica en el régimen de excepción que la norma constitucional establece al principio general de la transparencia, toda vez que ésta señala que sólo una ley de quórum calificado podrá ocuparse de detallar las causales de reserva en virtud de las hipótesis genéricas que la propia norma constitucional describe.<sup>24</sup> Ello constituye un notable avance, puesto que sustrae de la autoridad administrativa la potestad de dictar reglamentos que restrinjan por esa vía el principio general de la transparencia, cuestión que, como se ha señalado, tornaba ineficaz en la práctica su aplicación.

No obstante la flamante redacción de la nueva norma, y a modo de reseñar que en ocasiones sus mismos autores hacen lo posible por evitar a su respecto la aplicación de éstas, se produjo una interesante discrepancia en el Senado a propósito del nuevo artículo 8 de la Constitución y el Reglamento Interno de esa corporación. Dicha discrepancia se origina a propósito de la postulación del, hasta entonces, ministro de la

---

<sup>24</sup> HERNANDEZ EMPARANZA, Domingo: “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, En Nogueira Alcalá, Humberto: *La Constitución Reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2005, página 31.

Corte de Apelaciones de Santiago, don Sergio Muñoz, a ocupar el cargo de ministro de la Corte Suprema, nominación que, en conformidad al artículo 53 número 9 de la Constitución, debe ser aprobada por el Senado en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto conforme de dos tercios de los senadores en ejercicio. Se produce entonces una discusión en torno a determinar si el Reglamento del Senado, en particular su artículo 159, que describe en qué casos el Senado podrá convocar a sesiones secretas, mantiene su vigencia no obstante lo preceptuado por la nueva norma del artículo 8 constitucional.<sup>25</sup> La propia presidencia del Senado sostuvo que la norma constitucional prima, evidentemente, por sobre la norma reglamentaria, que pierde entonces su eficacia impidiendo que la deliberación de los senadores sea secreta. Sosteniendo la tesis contraria, el senador Juan Antonio Coloma, en un artículo publicado en la página web del Senado, sostiene que, en rigor, el artículo 8 en “ninguna parte hace referencia a su primacía sobre la norma reglamentaria, de modo tal que ésta sigue vigente”. Señala que el espíritu de la reforma constitucional plasmada en el artículo 8 está en la consagración de la probidad de la actuación administrativa, cuestión que nada tiene que ver con el Reglamento del Senado, que “está absolutamente vigente..., que dice que serán siempre secretas las votaciones de asuntos de interés particular que afecten a personas determinadas. Y esto no lo hace para afectar o vinculado al tema del secretismo; lo hace para cautelar la independencia tanto de los que toman decisiones como de aquellos que pueden ser objeto de toma de decisiones”. Por último, argumenta que el reglamento sigue vigente también en virtud de la disposición cuarta transitoria de la Constitución, que establece que “se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

En abono de la tesis de la Presidencia, el senador Guillermo Vásquez sostiene, también en un artículo publicado en la página web del Senado, que “hay que recordar que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado -lo cual es cierto-, pero también así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Y el procedimiento que nosotros íbamos a utilizar en la sesión especial del martes 4 de Octubre para pronunciarnos sobre la designación del ministro Sergio Muñoz, como integrante de la Corte Suprema, era la votación y, en consecuencia, la votación debe ser pública”. Se refiere además a que la disposición cuarta transitoria de la Constitución no tiene aplicación en esta materia, toda vez que ella se refiere a leyes orgánicas

---

<sup>25</sup> El mencionado artículo 159 del Reglamento de Senado dispone que “serán siempre secretas las votaciones de los asuntos de interés particular que afecten a personas determinadas, tales como nombramientos, rehabilitaciones de ciudadanía, y otorgamiento de nacionalidad por gracia”.

constitucionales o de quórum calificado, por tanto, el Reglamento del Senado evidentemente no puede regir al ser contrario a la Constitución.<sup>26</sup>

No cabe sino compartir el razonamiento tanto de la Presidencia del Senado como del senador Vásquez. Lo contrario implicaría torcer el espíritu de la norma constitucional y eludir su cumplimiento pasando por alto la clara redacción de la disposición cuarta transitoria, que en ningún caso menciona a los reglamentos, como sí hace tratándose de las leyes de quórum calificados y orgánicas constitucionales, además de trasgredir claramente el principio de supremacía constitucional, consagrado en el artículo 6 de la carta fundamental, y las reglas sobre jerarquía de normas. Sostener la postura del senador Coloma implicaba dejar abierta la puerta para que una vez más, por vía reglamentaria, se obstruyera el acceso a la información pública, ahora reconocida por una flamante norma constitucional y protegida al consagrarse causales de excepción sólo susceptibles de ser establecidas mediante las leyes de más alto quórum en el ordenamiento jurídico nacional. Finalmente, en una decisión ecléctica, se optó por discutir en sesión pública la nominación del ministro Muñoz, para luego votar, en forma secreta, cada senador aprobando o rechazando la propuesta de su nombramiento.

Con todo, y transcurrido ya un tiempo desde la promulgación de la reforma constitucional, es necesario reafirmar el valor que ésta contiene en materia de transparencia. Tal como describe Contesse, los términos en que fue redactado el nuevo artículo 8 provocaron incluso que el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, órgano encargado en su momento de establecer por vía reglamentaria una serie de amplísimas causales que impedían el desenvolvimiento del derecho de acceso a la información pública a través del polémico y ya mencionado Decreto 26-2001, emitiera, en agosto de 2006, un oficio a todas las reparticiones públicas explicando el alcance de la reforma y relevando que ella “va dirigida en pos del perfeccionamiento del sistema democrático, tarea en la que resulta esencial alcanzar mayores niveles de participación ciudadana responsable en todos los ámbitos de la gestión pública. Para el desarrollo de tal participación, han sido determinantes los instrumentos normativos y políticos dispuestos para reforzar la apertura y publicidad de la actividad de los organismos de la Administración”.<sup>27</sup> Señala luego que con la reforma constitucional, “Chile habrá dado un paso decisivo en materia de acceso a la información del Estado, eliminado definitivamente de nuestro sistema, los secretos o reservas reglamentarios”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Las columnas de los señalados senadores están disponibles en la página Web: <http://www.atinachile.cl/node/4610>.

<sup>27</sup> CONTESSÉ SINGH, Jorge: “La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile”, en González, Felipe: *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, página 197.

<sup>28</sup> Oficio ORD (DJ) N° 914-2005 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

Por otro lado, vale la pena referirse a ciertas críticas que a la redacción de la señalada norma constitucional se han formulado, críticas que, incluso, fueron expuestas en la discusión de los términos en que el nuevo artículo 8 había de ser concebido. Llama la atención la opinión del senador Nelson Ávila, quien sostuvo que “el texto de la disposición en debate retrata nuestra idiosincrasia, pues es común que en la legislación chilena en un acápite se sostenga con firmeza una cosa y luego, en el siguiente, la misma se diluya hasta el punto de ser negada por completo”. Sostiene, luego, que a propósito del régimen de excepciones que al principio general de transparencia se ha establecido, éstas “anula(n) totalmente la intención primitiva, pues permite(n) que cualquier órgano del Estado, bajo determinadas circunstancias, esgrima algún fundamento que le otorgue la posibilidad de convertir en secreto lo que debe ser público”, “si el Senado desea hacer un gesto retórico, una suerte de exhibición simbólica de un propósito que no se cumplirá, está bien, pero justo y legítimo parece dejar constancia para la historia de la ley que se incurriría en una contradicción constitucional”.<sup>29</sup>

Dichas aprehensiones fueron compartidas por el senador Alberto Espina, quien sostuvo que las excepciones a la publicidad son de tal extensión que podrían dificultar la aplicación del principio de la transparencia, aun cuando esas excepciones sean establecidas por intermedio de una ley y no por vía reglamentaria.<sup>30</sup> Frente a estas observaciones es preciso señalar que la confrontación entre el principio general de la transparencia y las excepciones que a su respecto se consagran es sólo aparente, toda vez que no es tarea de la sola norma constitucional ocuparse de resolver de una vez y mientras ésta permanezca vigente todos y cada uno de los conflictos que sobre este asunto puedan suscitarse. En efecto, normas de similar redacción encontramos en todos los países que, la mayoría de ellos muy recientemente, han recogido este derecho. Por ello es posible sostener que, al constatar que el artículo 8 se ubica dentro de los principios rectores de las Bases de la Institucionalidad, la aplicación de éste y otros que en este sitio de la Constitución se ubican dependerá, en primer lugar, del tenor de las leyes que complementando dichos principios hayan de dictarse y, de forma muy relevante, de la interpretación que el juez constitucional haga de esas normas para, en un conflicto constitucional, resolver equilibrando los principios que aparezcan en pugna.

Otra crítica que se ha formulado a la redacción del actual artículo 8 inciso 2 de la Constitución ha sido descrita por el profesor Eduardo Aldunate, quien acusa, en primer lugar, una impropiedad terminológica en la norma al advertir que “la redacción de esta

---

<sup>29</sup> MUÑOZ MORALES, Marcelo (editor): “*Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación*”, Senado de la República, Valparaíso, 2006, página 54.

<sup>30</sup> *Ibidem*, página 55.

habilitación es extremadamente infeliz. En efecto, tras el enunciado de un principio general, la expresión disyuntiva que establece la posibilidad de una excepción debió haber sido una sola. ‘Sin embargo, una ley de quórum calificado...’ o ‘Sólo una ley de quórum calificado...’ La expresión ‘Sin embargo, sólo’ es, en esta oración redundante e imprecisa, demostrativa de la falta de cuidado que se tuvo en la redacción final de la reforma”. Para el mencionado autor, la incorrecta formulación de la norma es demostrativa de la “falta de importancia que a la Constitución se le asigna”, cuestión que se vería refrendada al constatar otra falencia en ella. Ésta consiste en que “a primera vista parecería que, efectivamente, se consagra el principio de publicidad, desde el momento en que para hacer una excepción a este principio el legislador de quórum calificado se ve constreñido por ciertas hipótesis como son la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación... Sin embargo, cuando se examina el último criterio habilitante se devela la función meramente simbólica del principio. Si el legislador puede establecer la reserva o el secreto para actos, resoluciones, fundamentos o procedimientos de los órganos públicos cuando afecten el interés nacional, ¿qué parámetro jurídico existirá para realizar el control de una ley que así lo haga? La referencia al interés nacional permite márgenes extremadamente reducidos de control a un Tribunal Constitucional, cuya función no lo habilita para sustituir al legislador en la definición de dicho interés, definición de naturaleza eminentemente política”.<sup>31</sup>

No cabe sino entender y, hasta cierto punto, compartir las señaladas observaciones. Pero vale la pena también sostener que, en relación a la primera crítica expuesta, la redacción de la norma tal vez se justifica en la intención del constituyente de relevar la circunstancia de que “sólo” una ley de quórum calificado puede establecer causales de excepción, requiriéndose entonces para ello el altísimo quórum que para estas normas se exige, eliminando con ello la polémica facultad que residía en la Administración de dictar normas de carácter reglamentario que excepcionaran el principio de transparencia. En relación a lo segundo, es efectivo que la norma impone al Tribunal Constitucional el difícil examen de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley que se ocupe de detallar las hipótesis de excepción que ella señala, pero también es preciso concluir que el tribunal, requerido acerca de la constitucionalidad de las leyes que sobre este tema haya de dictarse, deberá fundar su sentencia valiéndose de los parámetros de interpretación de que dispone y de los que ha hecho referencia en sus

---

<sup>31</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley N° 20.050”, En Zúñiga, Francisco: *Reforma constitucional 2005*, Lexis Nexis, Santiago, 2005, páginas 67-79.

fallos, de modo tal que la competencia que le ha sido entregada no le es en ningún caso extraña.

Transcurridos casi 3 años de la mencionada reforma constitucional, en Agosto de 2008 se publica en el Diario Oficial la Ley de Acceso a la Información Pública, ley 20.285. Dicha ley y su Reglamento, vigentes desde Abril de 2009, se encargan, entre otras cosas, de ahondar lo preceptuado por la norma constitucional que les sirve de antecedente, elevando los estándares de publicidad que deben seguir los órganos de la administración y estableciendo un procedimiento en virtud del cual los ciudadanos pueden presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia en el evento que las solicitudes de información que hubieren presentado a cualquier órgano de la Administración sea denegado. Evidentemente que al tratarse de normas de reciente vigencia es aún muy pronto para adelantar un juicio sobre si es posible que éstas satisfagan los fines que se han propuesto, pero esa circunstancia no impide comentar su articulado. A objeto de exponer algunos lineamientos que permitan evaluar la redacción de la mencionada ley 20.285 y su Reglamento es pertinente valerse de los parámetros que Mendel ha sugerido al momento de ponderar una disposición sobre esta materia, parámetros que podrían resumirse en 4 condiciones: la consagración expresa del principio general de máxima publicidad, el establecimiento de un procedimiento claro de acceso a la información, la determinación precisa de las causales en cuya virtud el principio general reseñado es susceptible de ser exceptuado, y, por último, el derecho de recurrir ante una autoridad independiente en el evento que el derecho de acceso sea denegado.<sup>32</sup>

En relación a la primera de las condiciones reseñadas, es preciso señalar que la ley viene en reiterar lo que, a grandes rasgos, había establecido la reforma constitucional de 2005, sin perjuicio de relevar la circunstancia de que el imperativo de publicidad establecido por el artículo 5 y reforzado por el amplio elenco de principios que señala el artículo 11 de la ley, principios que favorecen la publicidad y facilitan el acceso a la documentación requerida, abarca a todos los órganos de la Administración del Estado, haciendo mención expresa de que éste incluye a las “autoridades, cualquiera que sea la denominación con las designen la Constitución y las leyes” (artículo 4), tornando aplicable sus disposiciones a “los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad y los organismos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función

---

<sup>32</sup> MENDEL, Toby: “Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información”, En: *Derecho Comparado de la Información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Número 8, 2006, página 9.

administrativa” (artículo 2), sin perjuicio de establecer que la Contraloría General de la Republica, el Banco Central, las empresas públicas y del Estado, los tribunales del Poder Judicial, especiales u órganos que ejercen jurisdicción, al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, órganos de Justicia Electoral y el Congreso Nacional se regirán por las normas especiales de la ley (artículo 2 del Reglamento), que modifican además las leyes orgánico constitucionales de esos organismos estableciendo con ello el deber de publicidad que también debe satisfacer esos órganos. Luego, elevan los estándares de publicidad al consagrar, bajo la normativa del Título III de la ley y Título VI del Reglamento, denominado “De la Transparencia Activa”, la exigencia a estos órganos de la publicación mensual, en sus respectivos sitios electrónicos, de la información relativa a su personal, a su actividad financiera, presupuestaria, contractual, a su marco normativo, etc. (artículo 7) sin mediar solicitud alguna, de modo que esa información estará a disposición permanente de la ciudadanía, sin perjuicio de que la ley se ocupa además de establecer el procedimiento de Transparencia Pasiva, que es aquel que se inicia con el requerimiento de información hacia los órganos de la Administración.

En cuanto a la segunda condición, relativa al establecimiento de un procedimiento de solicitud de información, éste aparece consagrado entre los artículos 12 y 20 de la ley 20.285 y Título III del Reglamento, iniciándose mediante una solicitud escrita, debiendo cumplir el solicitante con el señalamiento de su individualización, del tipo de información requerida y el órgano ante el cual se requiere. Proveída la solicitud se otorga al órgano requerido el plazo de 20 días hábiles para la entrega o denegación de información, prorrogable por otros 10 días en el evento que ésta sea de difícil recolección, al cabo de los cuales deberá procederse a la entrega de la documentación, salvo que el órgano manifieste su negativa a entregar la información en conformidad a alguna de las causales que señala el artículo 21, o que se haga efectivo el derecho de oposición que establece el artículo 20, que se activa cuando la documentación o antecedentes solicitados contengan información que puedan afectar los derechos de terceros, en cuyo caso éstos podrán oponerse a la entrega de los documentos solicitados dentro de los tres días siguientes desde la notificación que les haga llegar el jefe superior del órgano requerido. Deducida la oposición, el órgano no podrá proporcionar la información solicitada, salvo resolución en contrario del Consejo para la Transparencia.

En cuanto al tercer parámetro reseñado, relativo a la determinación precisa de de las causales en cuya virtud el principio general de la transparencia es susceptible de ser exceptuado, éstas se encuentran señaladas en el artículo 21 de la ley y 7 del Reglamento, causales que exceden las hipótesis del artículo 8 constitucional, toda vez

que contemplan, en su numeral 1, manifestaciones que parecen ir más allá del encabezado que les da sentido, que faculta a la denegación de información cuando ésta “afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”. Los ejemplos que proporciona la ley rebasan el régimen normal de excepciones, en particular aquel signado con la letra b, que permite la reserva cuando se trate de “antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos un vez que sean adoptadas”. Dicha hipótesis, a mi parecer, excede el marco deseable del estatuto de excepciones, más aun cuando ésta aparece como un ejemplo de una causal genérica, de tal forma que parece ser que el legislador, más que aclarar el ámbito de aplicación mediante la utilización de un ejemplo, pretende ampliar dicho campo. Ello origina un problema que habrá de ser resuelto en su oportunidad, pues al momento en que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la ley 20.285 declinó examinar su artículo 21, toda vez que éste trata materias propias de una ley de quórum calificado, y aquella, en cambio, es una ley orgánico constitucional. Es por ello que parece ser necesario revisar esta hipótesis de inconstitucionalidad que, en mi opinión, resulta ser evidente.

Por último, en lo relativo al cuarto parámetro señalado, el derecho de reclamar ante una autoridad independiente en el evento que el derecho de acceso sea denegado se haya previsto al consagrarse el derecho a recurrir ante la negativa de información ante el Consejo para la Transparencia, concebido como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Las funciones del Consejo aparecen detalladas en el artículo 33 de la ley, entre cuyas más relevantes están las de resolver los reclamos por denegación de información, perfeccionar el cumplimiento del principio de la transparencia, establecer estándares conforme a los cuales los órganos de la administración deban actuar en este ámbito, etc. El procedimiento de reclamación aparece contemplado en el artículo 24 y siguientes de la ley y 42 y siguientes del Reglamento, debiendo resolver el Consejo acerca de la procedencia de la calificación de información secreta, resolución que será susceptible de ser conocida por la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante mediante un reclamo de ilegalidad.

La instauración del mencionado Consejo para la Transparencia no puede sino ser interpretado como un notable avance en los mecanismos de resolución de los conflictos derivados del derecho de acceso a la información pública, toda vez que sustrae el conocimiento de estos asuntos de la jurisdicción ordinaria de primera instancia para radicarlos en dicho organismo especializado, tratándose además de un órgano técnico con competencias exclusivas que se ha propuesto elevar los estándares de publicidad en la actividad de la Administración. A propósito de ello resulta posible dar un buen

ejemplo de las fallas del sistema judicial de ponderación de derechos tratándose del ejercicio del acceso a la información pública. Dicho ejemplo deriva de la causa Rol 1380-07, seguida ante la Corte Suprema, en que ésta, pronunciándose acerca de la admisibilidad del derecho a acceder a información en poder del Ministerio de Relaciones Exteriores, evade el juicio de interpretación constitucional que el juez debe realizar con miras a resolver conflictos de esta naturaleza, y prefiere aplicar en cambio una resolución internacional por sobre la norma del artículo 8 constitucional. De la explicación de ese fallo y de los parámetros de interpretación constitucional que bien pudieron haberse considerado en él es que trata el siguiente capítulo de este trabajo.

## CAPÍTULO II

### Perspectivas del derecho de acceso a la información pública.

#### Notas a propósito de un fallo.

##### 1. Algunas cuestiones previas.

En la primera parte de este trabajo se ha hecho referencia al concepto de derecho de acceso a la información pública, su justificación, la relevancia que su consagración y puesta en práctica importa para las sociedades democráticas y el devenir de su reconocimiento constitucional y legal, tránsito que culmina con la promulgación de la ley 20.285, cuerpo normativo que junto a su Reglamento se haya en vigencia desde abril de 2009 y que radica en el Consejo para la Transparencia el conocimiento de los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados en conformidad a la mencionada ley. En este sentido, y a objeto de advertir los avances que esta nueva normativa pretende instalar, es necesario referirse a la forma en que con anterioridad a esta regulación legal se resolvían los conflictos derivados del derecho de acceso a la información pública.<sup>33</sup> En efecto, la segunda parte de este trabajo tiene por objeto la explicación y análisis del único fallo existente hasta el momento en la jurisprudencia nacional en que la Corte Suprema, requerida a propósito de una denegación de información fundada en la causal de interés nacional, rechaza el recurso de amparo sobre el derecho a la información pública. Esta controversia presenta ciertos elementos que, al ser analizados, permiten realizar una serie de observaciones acerca de la forma en que la Corte razona y argumenta su decisión, de tal suerte de proponer luego algunos lineamientos de interpretación que bien pudieron tenerse presentes al momento del fallo. Estos elementos, de haber sido aplicados, pudieron constituir un importante precedente en relación al modo en que el órgano requerido para resolver una contienda debe ponderar los factores en juego, para luego recurrir a ellos al momento de la argumentación judicial.

---

<sup>33</sup> Con anterioridad a la ley 20.285 a este respecto era aplicable lo dispuesto por la ley 18.575, modificada por la ley 19.653, que establece el procedimiento conforme al cual ha de reclamarse en sede jurisdiccional ante la negativa de información emanada de la Administración. El artículo 14 i) de la ley otorgaba a la Corte Suprema la competencia para conocer de la reclamación por denegación de información cuando ésta se funde en las causales de seguridad de la Nación o interés nacional, en tanto que ante la negativa de entrega de información o ante la denegación por otras causales radica el conocimiento de la reclamación en el juzgado civil del domicilio del órgano requerido.

Antes de exponer los argumentos de las partes es preciso realizar una serie de observaciones y alcances. Se trata, evidentemente, de una cuestión de relevancia el advertir cómo es que el juez constitucional, en este caso la Corte Suprema, puesta en el deber de resolver acerca de la aplicación del principio general establecido en el artículo 8 constitucional, debe equilibrar dicho principio con una causal de excepción, como es el interés nacional, que parece tener una entidad argumentativa de tal magnitud que debe ser probada a objeto de poder justificar que en un caso concreto pueda operar como mecanismo de restricción de una garantía establecida en favor de los ciudadanos. Es el complejo tema del razonamiento judicial, y de la operación posterior a aquél, consistente en la justificación que respecto a la sentencia debe emanar del órgano jurisdiccional, una materia que escapa al propósito de este trabajo, pero resulta pertinente reseñar ciertos elementos de ambas etapas a objeto de examinar de mejor manera la sentencia a que se hace referencia.

Siguiendo a Squella, es posible concebir al razonamiento como aquel proceso mediante el cual es posible discurrir razones, esto es, llegar a formarse razones a favor de la verdad de algo o de la corrección de una preferencia, decisión o curso de acción determinado.<sup>34</sup> Esta operación adquiere un cariz particular para el razonamiento que deben realizar los jueces, toda vez que requiere necesariamente de una labor interpretativa acerca del material de que disponen para decidir una controversia, material que se conforma por las normas en cuya virtud ella debe ser resuelta. Tratándose, a su turno, del juez constitucional, dicha operación presenta un aspecto que complica un tanto más esa tarea interpretativa, toda vez que éste no sólo dispone de normas jurídicas redactadas bajo la forma de reglas de derecho sino que, además, debe recurrir a la aplicación de principios jurídicos, estándares frecuentemente presentes en las cartas constitucionales y a cuyo respecto la labor hermenéutica es, como se ha dicho, algo más compleja.

Esta diferenciación entre principios y reglas fue advertida en primer lugar por Ronald Dworkin en sus comentarios a la obra de H.L.A Hart, quien, en su concepción positivista del derecho, sostiene que éste se compone exclusivamente de reglas que el autor denomina primarias o secundarias. Reglas primarias son aquellas que imponen deberes a los sujetos de derecho, de tal forma que prescriben que “los seres humanos hagan u omitan ciertas cosas, lo quieran o no”. Reglas secundarias por su parte son aquellas que confieren potestades públicas o privadas; con ello es posible, cumpliendo ciertos requisitos, introducir nuevas reglas primarias, extinguir o modificar reglas

---

<sup>34</sup> SQUELLA, Agustín: *¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, página 65.

anteriores y determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación.<sup>35</sup> Ambos estándares a su vez se encuentran ligados por lo que Hart denominó “regla de reconocimiento”, elemento que les otorgaría validez al constatar que unas y otras fueron creadas por el órgano legislativo o por los jueces que las formularon para casos particulares, estableciéndolas luego como precedentes para el futuro.<sup>36</sup> Por otra parte, y en relación a la forma en que éstas reglas de derecho han de tener aplicación a casos particulares, deberán utilizarse a la manera de “todo o nada”: con ello, una regla es una norma válida del sistema jurídico aplicándose al caso que se trate, o por el contrario carece de validez al no concurrir sus supuestos de hecho descartándose entonces por completo su aplicación a una hipótesis en particular.<sup>37</sup>

La crítica de Dworkin a la teoría de Hart se origina cuando éste reconoce la existencia de zonas grises en que las reglas de derecho adquieren una textura abierta que requiere necesariamente de una operación interpretativa destinada a esclarecer su alcance y sentido. Esta operación debe ser desarrollada preferentemente por los tribunales quienes, actuando discrecionalmente, asumen entonces una función productora de reglas asemejándose con ello al ejercicio de un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de ley.<sup>38</sup> Dworkin señala, a su vez, que en este contexto el intérprete antes que recurrir a su discrecionalidad debe aplicar ciertos estándares que Hart parece haber olvidado. Estos estándares, denominados principios jurídicos, han de ser observados no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>39</sup> Ello ampliaría el espectro de las normas jurídicas, de tal forma que podríamos ubicar dentro de ellas no sólo a las reglas sino también a los principios, concebidos ya no como normas aplicables bajo el señalado esquema de “todo o nada” propio de las reglas de derecho, sino como hipótesis normativas que deben ser objeto de un ejercicio de ponderación a objeto de evaluar su efectiva aplicación a un caso en particular.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> HART, Herbert L. A.: *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, página 101.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Editorial Ariel Derecho, Buenos Aires, 2002, página 94.

<sup>37</sup> CARRIO, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, página 218.

<sup>38</sup> HART, Herbert L. A.: *El concepto de Derecho*, Ob. cit., página 169.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Ob. cit., página 72.

<sup>40</sup> Con todo, suscribir la referida distinción entre principios y reglas no implica, necesariamente, vincular derecho y moral. En efecto, como sostiene Alfonso García Figueroa, los principios jurídicos pueden ser morales pero también de otra naturaleza, de tal forma que el derecho está compuesto por reglas y principios de diversos tipos, sin que éstos tengan necesariamente un fundamento moral. En este sentido, ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso: *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, página 47. Por su parte Hart, en su respuesta a las críticas de Dworkin, señala a su vez que “aun cuando puede haber muchas y diversas conexiones contingentes entre Derecho y moral, no hay conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del Derecho y la moral; por ende, las disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”. Ver: HART,

En la legislación nacional, en efecto, es frecuente la presencia tanto de reglas como de principios jurídicos. En la normativa laboral, por ejemplo, se establecen una serie de requisitos y etapas que deben cumplirse sucesivamente para que pueda desarrollarse la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores. Esos requisitos operan de la forma en que lo hacen las reglas de derecho, esto es, disyuntivamente, con lo cual no podría ser válido un contrato colectivo de trabajo (producto del proceso que, talvez con un carácter indiciario, el Código del Trabajo denomina negociación colectiva reglada) en que no se hayan respetado las estrictas normas de quórum, representación o plazos que sobre este respecto establece la legislación laboral. A su turno, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen además la existencia de una serie de principios jurídicos que informan ese ordenamiento. Uno de ellos, denominado principio protector, garantiza al trabajador una debida tutela jurídica de sus derechos, atendida la situación de desprotección en que se encuentra frente al empleador, quien detenta la dirección y el poder económico en la empresa. Dicha protección, sin perjuicio de irradiar todo el ámbito de las relaciones laborales, no es una garantía absoluta que no reconozca excepciones que hagan disminuir su intensidad. En efecto, presenta una mayor aplicación en aquellos casos en que el empleador haya incumplido sus obligaciones, otorgándole al trabajador el derecho de demandar las indemnizaciones que a ese respecto procedan, pero cede de mayor o menor manera en aquellas hipótesis en que es el trabajador quien ha desatendido sus funciones o, incluso, ha causado intencionalmente un perjuicio al empleador. En cualquiera de estos casos el principio de protección que el derecho del trabajo propugna garantizar al trabajador sigue vigente, sin perjuicio de que su aplicación a un caso concreto presenta, en la práctica, diversos grados de intensidad.

A propósito de reglas y principios es posible advertir entre ambos estándares una serie de diferencias.<sup>41</sup> Ello es así pues, tratándose de las reglas, requieren de una interpretación binaria, lo que implica que éstas o se cumplen o son inobservadas de tal forma que su posibilidad de cumplimiento es siempre disyuntiva: en consecuencia, ante la ocurrencia de sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyen su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adoptan como tal base el

---

Herbert: "Postscriptum", En: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez, (traducción de Magdalena Holguín) Editorial Siglo del Hombre, Bogotá, 1998.

<sup>41</sup> Hay autores que niegan la posibilidad de trazar una distinción fuerte entre principios y reglas. Aarnio señala que ambos serían sólo normas con un grado más o menos mayor de inexactitud, de tal forma que no sería posible separarlos en categorías distintas. Luis Prieto Sanchís, a su turno, sostiene que los principios constitucionales se expresan sólo a través de enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de derecho, como leyes o sentencias, o representan una práctica social verificable, como las costumbres, de tal forma que los principios sólo se expresan mediante éstos mecanismos, careciendo entonces de una entidad propia. Al respecto, ver CIANCIARDO, Juan: "Principios y reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Número 108, Septiembre- Diciembre 2003, páginas 891-906.

contenido de la regla de que se trate.<sup>42</sup> Los principios jurídicos, en cambio, operan de modo distinto, pues no establecen condiciones que hagan necesaria su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente de ellas. En rigor están concebidos en la forma que Alexy denominó mandatos de optimización, lo que implica que éstos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de tal suerte que pueden ser cumplidos en diferente grado dependiendo para ello no sólo de las posibilidades de hecho que permitan su aplicación en mayor o menor medida, sino también de las circunstancias jurídicas determinadas por los principios o reglas opuestos.<sup>43</sup>

A partir del mencionado carácter graduable de los principios es preciso referirse a los mecanismos de solución de eventuales colisiones entre estos estándares. Entonces surge nuevamente una diferencia entre éstos y las reglas, puesto que los principios deben ser objeto de un ejercicio de ponderación o balance con miras a determinar la prevalencia de un principio sobre otro, debiendo preferirse a aquel que alcance el más alto grado posible de satisfacción en consideración a las circunstancias fácticas y jurídicas de un caso concreto.<sup>44</sup> Por su parte, tratándose de las reglas, y a objeto de resolver la incompatibilidad que resulte de la aplicación de una de ellas por sobre otra, el juez debe valerse de los criterios de temporalidad, especialidad o jerarquía que le permiten preferir la aplicación completa de una regla, descartando con ello de modo absoluto la aplicación de otras reglas que se encuentren en conflicto.<sup>45</sup> Ello implica que, tal como señala Squella, citando sobre el particular al profesor Ricardo Salas, “las normas se aplican todo o nada, es decir, tal como se enciende o apaga la luz valiéndose de un interruptor convencional, mientras que los principios se aplicarían al modo de esos dispositivos que es preciso hacer girar con los dedos para que vayan dando o restando gradualmente la luz”.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, En: *Revista Doxa*, (Universidad de Alicante), Alicante, Número 10, 1991, página 111.

<sup>43</sup> La categorización de los principios jurídicos como mandatos de optimización ha sido objeto de críticas. Atienza y Ruiz Manero sostienen que la referida distinción entre principios y reglas es acertada siempre que, previamente, haya de señalarse que no todos los principios presentan los rasgos de los mandatos de optimización. Así, debe distinguirse entre principios, que son aquellos estándares que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, y directrices, que son aquellas normas que estipulan la obligación de perseguir el cumplimiento de determinados fines. Sólo respecto a éstos es posible concebir su aplicación como mandatos de optimización, toda vez que los primeros, denominados principios en sentido estricto, no obstante utilizar terminología abierta, requieren una aplicación binaria tal como ocurre tratándose de las reglas, a diferencia de lo que sucede con las directrices, en que, estipulada la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan abierto el modelo de conducta prescrito para su cumplimiento. En este sentido, ver: ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, Ob. cit., página 111.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, página 86 y siguientes.

<sup>45</sup> CONTESE, Jorge: “Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, (Universidad de Valparaíso), 2002, páginas 53-93.

<sup>46</sup> SQUELLA, Agustín: *¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, Ob.cit., página 44.

Esta labor interpretativa, dentro del proceso de razonamiento judicial a que se ha hecho referencia, es del todo frecuente tratándose de la jurisdicción constitucional pues ésta, tal como describe Nogueira, recae sobre “un cuerpo sistemático de normas de máximo rango que utiliza un lenguaje sintético o de textura abierta que establece valores, principios y reglas”.<sup>47</sup> A este respecto hay consenso en cuanto a que, para llevar a cabo el mencionado proceso interpretativo en sede constitucional, es preciso que el intérprete se valga no sólo de los parámetros de interpretación propios del derecho común, sino que también de ciertos elementos de hermenéutica exclusivos de las normas constitucionales.<sup>48</sup> Ello se justifica en el señalado carácter abierto que éstas normas poseen y en la circunstancia de que “las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quienes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho”.<sup>49</sup> El Tribunal Constitucional chileno ha sostenido a este respecto que los principios hermenéuticos consagrados en los artículos 19 a 24 del Código Civil “son insuficientes para hacer lo propio con las normas constitucionales y, sin dejar de recurrir a ellos cuando corresponda y en el carácter de subsidiarios, ha preferido criterios más externos, distintos y profundos que responden de mejor manera a lo que es y debe ser una Constitución”.<sup>50-51</sup> Similar razonamiento ha seguido el Tribunal Constitucional alemán, al señalar que “el problema de la indeterminación material de la norma es mucho más frecuente y grave en el campo del derecho constitucional que en el ámbito del derecho ordinario, por lo cual el Tribunal ha formulado dudas respecto a la aplicabilidad sin reserva de los principios interpretativos tradicionales en el terreno constitucional”.<sup>52-53</sup> Ricardo Guastini, por su parte, señala que para la Constitución deben emplearse reglas o técnicas de interpretación peculiares, diversas de las que se emplean para otros documentos

---

<sup>47</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, página 52.

<sup>48</sup> En este sentido: POZZOLO, Susanna: “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, En: *Revista Doxa*, Universidad de Alicante, Número 21, 1998, página 339 y siguientes.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, sobre constitucionalidad de Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 26 de Junio de 2001.

<sup>50</sup> Estos métodos o elementos de interpretación han sido tradicionalmente designados como método gramatical, lógico, histórico, sistemático, y aquél que alude al espíritu general de la legislación y la equidad natural, éstos últimos en carácter de subsidiarios en el evento de no poder ser aplicables a un caso en particular los métodos contenidos entre los artículos 19 a 23 del Código Civil.

<sup>51</sup> VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio: *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, página 18.

<sup>52</sup> GROTE, Rainer: “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania”, En *Revista Ius et Praxis* (Facultad de Derecho, Universidad de Talca) Volumen 9, 2003, página 205.

<sup>53</sup> En este sentido, ver HERDEGEN, MATTHIAS: “Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos”, En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, (Fundación Konrad Adenauer) Montevideo, 2006, páginas 843 y siguientes.

normativos, sin perjuicio de reconocer que no todas las constituciones exigen o permiten las mismas técnicas interpretativas.<sup>54</sup> En efecto, y concordando con lo expresado por el citado autor, es posible advertir algunos de los parámetros más frecuentemente utilizados en esta labor interpretativa. Éstos son:

- *La interpretación axiológica de la Constitución:* Sin perjuicio de lo señalado en párrafos anteriores acerca de la frecuente presencia de principios y reglas en las cartas constitucionales, es preciso agregar que éstas contienen además una fuerte carga valorativa que al intérprete corresponde desentrañar. Por ello es que el juez constitucional debe realizar su labor hermenéutica sin dejar de lado el contenido axiológico de los preceptos constitucionales, por lo que su actividad sería equivocada si pretendiera prescindir de dicho elemento.<sup>55</sup> Un buen ejemplo de la consagración directa de valores consta en la Constitución Española de 1978, en cuyo artículo 1 se dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, norma que, siguiendo a Peces Barba, incorpora “cuatro faros que guían, explican e interpretan la voluntad del legislador constituyente, y (son a su vez) punto de partida del ordenamiento jurídico”.<sup>56</sup> El Tribunal Constitucional español ha sostenido, a su turno, que el artículo 10 de la Constitución Española contiene una norma directa de hermenéutica al proclamar que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”, con lo que la labor interpretativa debe restringirse a los márgenes de este artículo, con especial consideración al respeto a la ley y a la conjugación de los derechos de unas personas con los de otras.<sup>57</sup>

En la jurisprudencia nacional se ha sostenido que el capítulo relativo a las Bases de la Institucionalidad contiene “la fuerza integradora que se le atribuye a los valores de la Carta Fundamental”, entre ellos la “igualdad y dignidad del hombre”, el “sistema democrático”, el “Estado de Derecho”, o la “certeza y seguridad jurídicas”, que son “absolutamente preeminentes sobre toda otra consideración, incluidas tanto el estricto tenor literal de la norma (en conflicto con otra de rango constitucional) como sus

---

<sup>54</sup> GUASTINI, Ricardo: *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2001, página 162.

<sup>55</sup> ALCOCER, Mariano y CASTELLANOS MADRAZO, J. Francisco: “Algunos apuntes sobre interpretación constitucional”, En: *El proceso constituyente mexicano, 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*(coordinadores VALADES, Diego y CARBONELL, Miguel), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2007, página 745.

<sup>56</sup> PECES BARBA, Gregorio: *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, página 17.

<sup>57</sup> GALAN JUAREZ, Mercedes: “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional”, En: *Revista Isegoria*, Número 35, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2006, página 49.

antecedentes”.<sup>58</sup> Humberto Nogueira señala a este respecto que “el contenido de valores y principios contenidos en las normas constitucionales de derechos fundamentales establecen el límite para el intérprete en la recepción de la legislación ordinaria y en los valores sociales”.<sup>59</sup>

Sin perjuicio de lo reseñado, es preciso mencionar una serie de observaciones doctrinales en que, amén de advertirse el valor de utilizar este lineamiento de hermenéutica, se formulan luego ciertas prevenciones que ha de tener en cuenta el intérprete. Se ha sostenido que al utilizar el criterio de interpretación axiológica se debe evitar que éste se convierta en mera discrecionalidad judicial, de tal forma de impedir que el operador incurra en el defecto de tomar una decisión enteramente discrecional que, en realidad, encierra una decisión política. Para ello este elemento de interpretación debe tender a la utilización de criterios de lógica jurídica, aplicar una argumentación sólida y, sobre todo, observar el criterio de autodisciplina judicial, plenamente aplicable a los tribunales constitucionales pues éstos generalmente carecen de controles jurídicos externos, con lo que sus fallos eventualmente podrían trastocar el sistema de atribuciones, pesos y contrapesos previsto por la Constitución.<sup>60</sup> En la doctrina nacional se ha recogido similar razonamiento, al sostenerse que utilizar este método de interpretación como único factor de hermenéutica encierra peligros evidentes, pues importa librar un margen de subjetividad excesivamente amplio al intérprete que, a la postre, podría determinar que éste consagre como válida únicamente aquella interpretación que considere congruente con su escala de valores.<sup>61</sup>

A mi parecer, es posible sostener que la remisión exclusiva a sólo un parámetro de interpretación al momento de la fundamentación de la sentencia, cualquiera que éste sea, implica una serie de inconvenientes que van desde la insuficiencia de la argumentación judicial que sólo se remita a un criterio interpretativo hasta la utilización de las propias convicciones personales de índole moral del intérprete por sobre la intención de la norma constitucional, como podría ocurrir en la hipótesis descrita precedentemente. Es por ello que, en los casos de compleja resolución, parece ser necesaria la concurrencia de varios métodos de interpretación de tal forma que éstos,

---

<sup>58</sup> VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio: *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Ob.cit., página 21.

<sup>59</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Ob. cit., página 95.

<sup>60</sup> ALCOCER, Mariano y CASTELLANOS MADRAZO, J. Francisco: “Algunos apuntes sobre interpretación constitucional”, Ob. cit. pagina 745.

<sup>61</sup> ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique: “Relación entre valores y principios generales del Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Número 35, Santiago, 2008, página 480.

simultánea y congruentemente, permitan arribar a una respuesta plausible y susceptible de ser justificada.

*-La interpretación conforme a la Constitución:* La interpretación conforme a la Constitución es simultáneamente, como señala Barroso, un método de interpretación constitucional y una técnica de control de constitucionalidad de leyes, pues permite determinar cómo es que éstas aprueban dicho examen a la luz de este método o, por el contrario, concluir que esas leyes deben ser declaradas inconstitucionales. Para ello han de tenerse presentes las máximas de Supremacía Constitucional y Presunción de Constitucionalidad.<sup>62-63</sup> La primera de ellas establece que la Constitución es la norma fundamental sobre la que descansa el ordenamiento jurídico, con lo que sus disposiciones no pueden ser modificadas por leyes ordinarias, sino por el procedimiento que la propia norma constitucional designa. Importa además que esas leyes deben respetar la letra y el espíritu de la norma constitucional, y que en el evento que esta supremacía sea sobrepasada, han de operar los mecanismos jurisdiccionales previstos a fin de invalidar ese acto.<sup>64</sup> Por su parte, en virtud de la máxima de Presunción de Constitucionalidad, aplicable al momento de tener lugar el control de constitucionalidad de normas infra constitucionales, se ha sostenido que en principio toda ley es constitucional salvo que aparezcan antecedentes irrefutables que den cuenta de una abierta trasgresión entre ambas normas, en cuyo caso esta incompatibilidad debe ser resuelta prefiriéndose siempre la norma constitucional, pues ésta tiene fuerza normativa directa.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> BARROSO, Luis Roberto: “La nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el Derecho brasileño”, En: *Teoría y realidad constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Número 14, Madrid, 2004, página 200.

<sup>63</sup> Desde un punto de vista histórico este principio fue formulado por primera vez por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Hylton vs. United States*, en que el juez Samuel Chase expuso que: “si la Corte tiene tal poder (de declarar la inconstitucionalidad), soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro”. Este razonamiento fue seguido luego en una serie de fallos del mencionado tribunal, adquiriendo su redacción más completa en 1937 en el caso *N.L.R.B vs. Jones & Laughlin Corporation*, en que la Corte “considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad”. Con ello, se afirma que existe el deber de no declarar la inconstitucionalidad de una ley que pueda estimarse compatible con la Constitución, por lo que este principio sería luego una verdadera auto restricción del juez constitucional, pues implica que sólo puede declarar la inconstitucionalidad en un caso extremo cuando por vía interpretativa no sea posible en ningún caso lograr una armónica concordancia entre la norma legal y la norma constitucional. En este sentido, ver: CARPIO MARCOS, Edgar: “Interpretación conforme a la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, En: *La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo VI, Ciudad de México, 2008, página 158.

<sup>64</sup> VERDUGO MARINKOVIC, Mario: “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución”, En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Número 1, 2003, página 388.

<sup>65</sup> CARPIO MARCOS, Edgar: “Interpretación conforme a la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, Ob. cit., página 158.

Esta máxima ha sido consagrada, a modo de ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, tal como señala García de Enterría, pues ha sostenido que “la interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier forma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales”, “especialmente relevante resulta así la obligación judicial de interpretar las leyes en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”.<sup>66</sup> En la jurisprudencia nacional este principio ha sido recogido en Sentencia del Tribunal Constitucional de 04 de Agosto de 2000, en cuyos considerandos 1º y 2º se señala que “para la adecuada resolución del asunto sometido a su consideración, este Tribunal estima conveniente precisar, desde ya, tanto para una debida comprensión de su sentencia, como para evitar repeticiones en cada caso, que en sus razonamientos y decisiones se inspirará en dos principios de hermenéutica jurídica”, uno de ellos “denominado “presunción de constitucionalidad” por algunos y “presunción de legitimidad”, por otros, vinculándose estrechamente (ambos) con el que unos últimos denominan “de conformidad a la Constitución”. Sin embargo, cualquiera que sea la denominación, lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella”.<sup>67</sup>

*-El principio de máxima eficacia de las normas constitucionales:* Un tercer elemento de frecuente aplicación en la interpretación constitucional es el de máxima eficacia de la Constitución, o de fuerza normativa de sus normas. A objeto de analizar este método es preciso referirse previamente al fenómeno de constitucionalización del derecho. Este proceso, en palabras de Guastini, implica nada menos que la transformación del ordenamiento jurídico, al término del cual termina totalmente impregnado por las normas constitucionales, condicionando la legislación y la jurisprudencia, como también la acción de los actores políticos y las relaciones sociales.<sup>68</sup> Ello origina una nueva concepción de las funciones de la Constitución, toda vez que supera el modelo de ésta como documento esencialmente político y, en su lugar, permite aplicar directamente la carta fundamental como norma jurídica, irradiando con ello su

---

<sup>66</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Arandazi, Navarra, 2006, página 314.

<sup>67</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno de 04 de Agosto de 2000, Rol 309-2000, a propósito de la constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>68</sup> GUASTINI, Ricardo: *Estudios de teoría constitucional*, Ob. cit., página 153.

aplicación a todos los poderes del Estado e, incluso, a las relaciones entre los particulares.<sup>69</sup> Se trata de un fenómeno que, para Carbonell, rescata los derechos de libertad, de orden político y social “del movedizo terreno de las convicciones para plasmarlos en la tierra firme de las normas.”<sup>70</sup>

Dentro de las normas constitucionales adquieren gran relevancia aquellas que se ocupan de establecer derechos fundamentales a favor de los ciudadanos, pues éstas no requieren necesariamente de una posterior regulación infraconstitucional que asegure su aplicación a casos concretos. Así, y como sostiene Kamel Cazor, la Constitución, además de norma primaria, es inmediatamente vinculante para todos los órganos del Estado, reconociendo además derechos inmediatamente operativos aun cuando el legislador no los haya regulado.<sup>71</sup> Así, se hace efectiva la fuerza normativa de las normas constitucionales, pues se trata de disposiciones que deben ser observadas por los órganos públicos en todas sus actuaciones.

Este principio ha sido recogido, a modo de ejemplo, por las Constituciones española, alemana y chilena.<sup>72</sup> De ello se sigue que, en definitiva, las normas constitucionales son, en el marco de su fuerza normativa, límite o garantía al poder estatal y norma directiva fundamental destinada a regir incluso las relaciones entre ciudadanos.<sup>73-74</sup>

---

<sup>69</sup> VANOSSI, Jorge: *Estudios de teoría constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002, página 6.

<sup>70</sup> CARBONELL, Miguel: “Las enseñanzas de la constitucionalización europea y sus protagonistas intelectuales”, Prólogo a: Haberle, Peter; Habermas, Jürgen; Ferrajoli, Luigi; Vitale, Ermanno: *La constitucionalización de Europa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2003, página 2.

<sup>71</sup> CAZOR, Kamel: “El fenómeno de la constitucionalización del Derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”, En: Ferrada, Juan Carlos: *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, página 43.

<sup>72</sup> El artículo 9.1 de la Constitución Española de 1978 dispone que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. En la Constitución alemana, por su parte, se sostiene en su artículo 1, previo al tratamiento en particular de los derechos fundamentales en esa carta constitucional, que“(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. A su turno, en la Constitución chilena se establece, en su artículo 6 inciso 2, que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos (del Estado) como a toda persona, institución o grupo”.

<sup>73</sup> PRIETO SANCHIS, Luis: “El constitucionalismo de los derechos”, En: Carbonell, Miguel: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, página 214.

<sup>74</sup> Este rasgo del proceso de constitucionalización, como es la eventual aplicación directa de las normas sobre derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, denominado efecto horizontal de dichos derechos, ha sido recogido, en palabras del profesor Eduardo Aldunate, sin discusión ni reflexión en la doctrina nacional. En efecto, se ha señalado, por diversos autores, que las normas de los artículos 6 inciso 2º y 20 de la Constitución constituyen sin lugar a dudas la fuente directa de la consagración de la eficacia de los derechos fundamentales, no sólo a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también a las relaciones entre particulares. Ante ello el citado autor, sin dejar de reconocer el valor del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico nacional, sostiene que el efecto horizontal de los derechos fundamentales, de la forma en que ha sido recogido en el derecho chileno, poco tiene que ver con la concepción original de dicho efecto, propio de la doctrina y jurisprudencia alemana, que presenta una serie de características diversas a la formulación adoptada en Chile. En efecto, la doctrina de la *drittwirkung* no ha sido concebida en su país de origen como la posibilidad de aplicación directa de las

Ligado al proceso de constitucionalización del derecho surge el concepto de constitucionalismo, esto es, aquella doctrina que estudia y justifica el fenómeno de mayor extensión y densidad de la carta fundamental, sobre todo cuando ésta adquiere o amplía un catálogo de derechos fundamentales. José Luis Cea advierte en este sentido del auge que ha tenido el derecho constitucional, relevando que éste se ha debido “a la universalización de ciertos principios y técnicas que infunden fisonomía propia a la democracia, fundada y vivida con sujeción al plexo de valores articulados en la Carta Fundamental”, aspectos que derivan del proceso de constitucionalización al que se ha hecho referencia.<sup>75</sup> En palabras de Ferrajoli, este auge contiene un carácter garantista toda vez que, en el marco del constitucionalismo, deben elaborarse e implementarse las técnicas de garantía idóneas que aseguren el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos.<sup>76</sup>

Dentro de esta concepción de constitucionalismo es posible distinguir a su vez al neoconstitucionalismo, expresión que designa a aquella teoría que tiene por objeto describir y relevar los logros de la constitucionalización, valiéndose para ello de la constatación de las ventajas de la positivación de un elenco de derechos fundamentales, de la presencia de principios y reglas como estándares en las cartas constitucionales, y del señalamiento de ciertos elementos de interpretación propios de la norma constitucional, ocupándose luego de abogar por la expansión de este proceso a los ordenamientos jurídicos de que se trate.<sup>77</sup>

Constitucionalismo y neo constitucionalismo, entonces, aparecen como teorías cuyo objeto es, respectivamente, explicar y luego argumentar en favor del proceso de constitucionalización del Derecho, fenómeno que distingue como uno de sus elementos imprescindibles a la fuerza normativa de las normas constitucionales, aspecto que, como se ha reseñado, ha sido recogido por la carta constitucional chilena. Reconociendo que este fenómeno no puede sino ser concebido como un notable avance en el proceso de ubicación de la Constitución como norma básica del ordenamiento, es efectivo además que este proceso parece ser insuficiente por sí sólo para garantizar ese propósito. En efecto, la constitucionalización del Derecho sería algo así como un buen punto de

---

normas sobre derechos fundamentales entre individuos, sino tan sólo como el deber de los órganos del Estado de tener en consideración esas normas al decidir un conflicto entre particulares. En este sentido, ver: ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, En: Ferrada, Juan Carlos: *La Constitucionalización del Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, página 17.

<sup>75</sup> CEA EGAÑA, José Luis: “Una visión de la teoría neoconstitucional”, En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Número 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, página 46.

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Sobre los derechos fundamentales”, En: Carbonell, Miguel: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, página 72.

<sup>77</sup> COMANDUCCI, Paolo: “Formas de (neo) constitucionalismo”, En: *Revista Isonomia*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Número 16, mayo de 2002, Ciudad de México, página 99.

partida, una condición necesaria pero no suficiente para la concretización, entre otros aspectos, de las normas sobre derechos fundamentales.

En este sentido, Aldunate sostiene que la Constitución de 1980 “se encuentra asociada, desde sus inicios, a una fuerte afirmación de su carácter de norma jurídica directamente vinculante para los órganos públicos, como norma justiciable”. No obstante, “si se descuida toda la estructura y fundamento de la comprensión de la Constitución como instrumento de gobierno al servicio del equilibrio entre autoridad y libertad existe la posibilidad de transformarla, simplemente, en una norma más, apenas distinguible de otras por mecanismos especiales para su aprobación”, y por “reglas especiales de superioridad en caso de colisión normativa, ante determinadas jurisdicciones”. Este proceso, que el autor denomina “desconstitucionalización” del Derecho chileno, habría tenido como antecedente, en primer lugar, la carencia de la “correspondiente y necesaria elaboración doctrinaria que permita aplicarla (a la Constitución) como norma distinta a otras”, aspecto que se profundiza al constatar el deficiente contenido de las reformas constitucionales, y, sobre todo, “la expansión y abuso de la acción de protección (que) ha ido de la mano con la presión por expandir el concepto de los derechos constitucionales protegidos por esta acción, para amparar la mayor cantidad, ya no de derechos, sino incluso de meras situaciones favorables”, de tal forma que “la jurisprudencia, apoyada por ciertos sectores de la doctrina, ha ido expandiendo cada vez más el sentido de los derechos constitucionales, al punto que su catálogo no constituye ya el núcleo fundamental e inviolable de la dignidad humana, una especie de reserva intangible, sino que se ha transformado en un espacio abierto, una especie de sitio eriazó en el cual es posible encontrar casi cualquier cosa, desde la protección a animales hasta la defensa del prestigio profesional y el trazado específico de un recorrido de taxis colectivos”.<sup>78</sup>

De este modo es que adquiere relevancia el método de interpretación de la Constitución que le asigna fuerza normativa directa, pues requiere delimitar el contenido abierto de las normas constitucionales impidiendo con ello la ocurrencia de las hipótesis descritas por Aldunate. Dicha labor recae preferentemente en la jurisprudencia constitucional, que debe ocuparse de establecer un cierto grado de certeza acerca del contenido de esas normas para, luego, aplicar un máximo grado de expansión a los órganos públicos y a los particulares. Una expansión sin previa determinación puede llevar a lo que el citado autor describe a propósito de la acción de protección, en tanto que una determinación sin expansión sería nada menos que la creación de conceptos jurídicos de nula

---

<sup>78</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo: “La desconstitucionalización de la Constitución”, En: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Número XXII, Valparaíso, 2001, páginas 28 y 32.

aplicación, llevando con ello a una completa intrascendencia e inutilidad de la norma constitucional. Encontrar, a través de la interpretación constitucional, un punto de equilibrio que permita relacionar ambos conceptos, esto es, determinación del contenido de la norma y susceptibilidad de aplicación a un caso concreto, es precisamente la labor que en definitiva lleva a la eficacia práctica, o lo que es lo mismo, a la fuerza normativa de las normas constitucionales.

- *El principio de proporcionalidad*: La redacción de los derechos fundamentales como normas jurídicas de textura abierta, con relativos grados de indeterminación y vaguedad, exige la creación de criterios que permitan aplicar esos derechos o, por el contrario, determinar su restricción en casos concretos. Así es como la interpretación constitucional, en este aspecto, es básicamente una operación de concreción a través de la cual debe hallarse un resultado constitucionalmente correcto mediante un procedimiento racional y controlable.<sup>79</sup> En este sentido, la máxima o principio de proporcionalidad se ha erigido como un mecanismo que permite llevar a cabo dicha operación, toda vez que permite resolver conflictos entre derechos fundamentales o entre principios jurídicos cuando unos y otros aparecen restringidos por un acto emanado del poder legislativo, en cuyo caso este principio será utilizado al momento del control de constitucionalidad de esas leyes, o por un acto discrecional de la Administración. Como sostiene Rubén Sánchez Gil, toda providencia de autoridad que restrinja al alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional será legítima siempre que haya sido dictada en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito.<sup>80</sup> De ello se sigue que el principio de proporcionalidad permite evaluar si esas intervenciones en un caso concreto son legítimas o, por el contrario, desproporcionadas.

Desde un punto de vista histórico, este elemento de interpretación surge a propósito de la actividad de policía del Estado a inicios del siglo XIX, a objeto de limitar las facultades inherentes a esa función, particularmente en lo relativo a su actividad sancionatoria.<sup>81</sup> Su primera aplicación en la jurisprudencia tuvo lugar en 1936, en el seno del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, adquiriendo posteriormente, como advierte Javier Barnes, un verdadero auge en el derecho continental europeo, habida

---

<sup>79</sup> GROTE, Rainer: "El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania", Ob. cit., página 205.

<sup>80</sup> SANCHEZ GIL, Rubén: *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2007, página 20.

<sup>81</sup> PERELLO DOMENECH, Isabel: "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", En: *Revista Jueces para la Democracia*, Fundación Jueces para la Democracia, Número 28, Madrid, 1997, página 69.

cuenta de su importante función en el derecho constitucional y administrativo alemán, austríaco y suizo, entre otros.<sup>82-83</sup>

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en una observación general recogida posteriormente en diversos fallos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que “las medidas restrictivas (de derechos fundamentales) deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas”.<sup>84</sup>

El Tribunal Constitucional chileno ha sostenido, a su turno, que en aplicación del principio de proporcionalidad “una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un

---

<sup>82</sup> BARNES, Javier: “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, En: *Revista de Administración Pública*, Ciudad de México, Número 135, septiembrediciembre 1994, página 495. En este sentido, el juez Harlan Fiske Stone, magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, expresó, al resolver una contienda relativa a la libertad de expresión, que “estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el Derecho no es un fin en si mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuado de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de la incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del Derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del Derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los límites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedentes y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el juez tiene libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de las ventajas económicas y sociales que, finalmente, inclinarán el platillo de la balanza del juicio a favor de una norma en vez de otra”. En este sentido, ver: SANCHEZ GONZALEZ, Santiago: “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, En: *Teoría y Realidad Constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Numero 12-13, Madrid, 2004, página 355.

<sup>83</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional alemán, al momento de argumentar sus sentencias, referidas no sólo al control de constitucionalidad de leyes sino también al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, ha resuelto, en una contienda relativa a la protección de la libertad de reunión, que “(este principio) no sólo limita la potestad discrecional que tienen la autoridades competentes para tomar una decisión. La libertad de reunión, protegida en forma de derecho fundamental, tiene que pasar a segundo plano sólo cuando de una ponderación de bienes que atienda al significado del derecho a la libertad resulta que es necesaria para la protección de otro bien jurídico de igual valor”. En otro fallo, a propósito de la esfera de intervención legislativa sobre los derechos fundamentales, dispuso que el legislador “es libre de elegir entre varias medidas legales igualmente adecuadas, dentro de determinados límites”, de tal suerte que “si se deja al legislador la libre elección entre medios adecuados ... esto podría conducir prácticamente a que la intervención que establezca las restricciones más fuertes al derecho fundamental sean las que más comúnmente se elijan, ya que por su drástico efecto para el logro de los fines perseguidos se consideran como las más idóneas, y por tanto deberían ser aceptadas sin consideración alguna. Una protección efectiva de la esfera de libertad se estaría dejando de garantizar”. Ver: SCHWABE, Jürgen: *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, Fundación Konrad Adenauer, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Montevideo, 2003, páginas 197 y 236.

<sup>84</sup> Comité de Derechos Humanos de la ONU, Comentario General N° 27 sobre el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, febrero de 1999. A modo de ejemplo de la recepción de esta observación, ver: Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canesse Vs. Paraguay, de 31 de agosto de 2004, considerando 132.

objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales”,<sup>85</sup> de tal forma que “este Tribunal ha afirmado que, de acuerdo a nuestra doctrina constitucional, es posible señalar que para limitar de forma constitucionalmente admisible un derecho fundamental sin impedir su libre ejercicio, tales limitaciones deben cumplir estrictas condiciones, entre ellas, la de estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, ser razonables y justificadas”.<sup>86</sup>

A objeto de aplicar esta máxima es preciso distinguir los 3 elementos que conforman este parámetro de interpretación constitucional. Éstos son los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En primer lugar, al aplicar el subprincipio de idoneidad previamente se debe determinar si es que el objetivo que se pretende alcanzar mediante la restricción a un derecho fundamental es legítimo, operación para la cual es necesario analizar si ese objetivo satisface o no un interés general. De este modo, y en el evento que dicho interés no exista, la medida sería desproporcionada y, consecuentemente, ilegítima. Así, es posible rechazar la aplicación de todas aquellas actuaciones que, en la forma de leyes o actos de la Administración, impliquen, por un lado, la restricción de un derecho fundamental y, por otro, la no satisfacción de un interés general que justifique esa intervención. En palabras de Nogueira, ha de haber una adecuación entre los medios y los fines a conseguir, lo que permite excluir cualquier medio que no sea conducente al fin legítimo perseguido.<sup>87-88</sup>

Un segundo subprincipio es el de necesidad, elemento que se diferencia del de idoneidad al operar no como un factor que descarta ciertos medios que no conducen a un fin legítimo sino, por el contrario, permite, dentro de medidas igualmente idóneas, elegir aquella menos restrictiva con el derecho de que se trate. Así, la medida será necesaria cuando no haya otra opción menos intrusiva de la esfera de libertad de los ciudadanos. Ello implica que, tratándose de la restricción de un derecho fundamental,

---

<sup>85</sup> Sentencia de Tribunal Constitucional chileno, requerimiento de inaplicabilidad presentado por Mauricio Ramírez Godoy y otros respecto de los artículos 3, 12 y 14 de la Ley N° 17.322, Rol 519, de 05 de Junio de 2007.

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, requerimiento de inaplicabilidad deducido por FM Seguridad S.A. respecto del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, Rol 946, de 01 de Julio de 2008.

<sup>87</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto: *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Ob. cit., página 150.

<sup>88</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha sostenido, a este respecto, que “cabe señalar que la doctrina europea ha venido considerando, desde principios de los años sesenta, y posteriormente seguida por diversos tribunales constitucionales de ese continente, que el principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El primero se refiere a que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”. Ver: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 27 y 42 del Decreto 1.799 de 2000, de 30 de Septiembre de 2003.

debe elegirse el medio más suave y moderado de entre todos los disponibles para ello.<sup>89</sup> Como señala Alexy, “mediante este subprincipio se lleva a cabo una selección de medios. Al legislador no le está categóricamente prescrito adoptar el medio más benigno. Únicamente se afirma que si el legislador quiere perseguir su fin sólo puede adoptar el medio más benigno, o un medio igualmente benigno o un medio un poco más benigno. No se trata de una optimización hacia un determinado punto máximo, sino simplemente de la prohibición de sacrificios innecesarios para los derechos fundamentales”.<sup>90-91</sup>

Por último, un tercer elemento del principio de proporcionalidad es, como se ha señalado, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Éste consiste en que el juez constitucional ha de tener presente que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción de otro”.<sup>92</sup> Así, en primer lugar, habrá de establecerse el grado de afectación de un principio, luego la importancia de la satisfacción del principio que opera en sentido contrario y finalmente definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o no satisfacción del otro.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> BARNES, Javier: “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, Ob. cit., página 500.

<sup>90</sup> ALEXY, Robert: *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris, Madrid, 2004, página 48.

<sup>91</sup> En este sentido, nuevamente, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional alemán es iluminadora. El tribunal ha sostenido que “no le está prohibido al legislador imponer, aun en casos difíciles, medidas restrictivas de la propiedad, que considere necesarias para el interés público, cuando evite mediante medidas compensatorias las cargas desproporcionadas o violatorias del principio de igualdad”. En este sentido, ver: SCHWABE, Jürgen: *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, Ob. cit., página 319.

<sup>92</sup> ALEXY, Robert: *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Ob. cit., página 48.

<sup>93</sup> El tribunal constitucional español ha recogido la aplicación de este elemento, por ejemplo, en un reciente fallo acerca del ejercicio del derecho a la libertad de reunión. Así, ha sostenido que “por lo que se refiere a la limitación del derecho de reunión, este Tribunal Constitucional ha recordado que dicho derecho no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites...entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio artículo 21.2 (de la Constitución Española) -alteración del orden público con peligro para personas y bienes-, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales”. En este sentido, y en el evento que la autoridad pretenda restringir el derecho de reunión, debe argumentar esa limitación invocando la existencia de “razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente ... en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución”. Ver, en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional español, recurso de Amparo interpuesto por Enric Alsina Illa contra Sentencia dictada por la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de diciembre de 2008. Por su parte, y de modo mucho más directo, la Corte Constitucional colombiana ha resuelto que “como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades, el juicio de ponderación conduce a que en un caso concreto se le otorgue primacía jurídica a un principio frente a otro, sin que ineludiblemente en todas las hipótesis de conflicto, la solución deba ser exactamente la misma, pues dependerá de las circunstancias fácticas y jurídicas que se hagan presente en cada asunto”. Así, “en casos en los que se presenta conflicto de derechos o principios constitucionales, procede la aplicación de los métodos de ponderación, con los que se busca establecer criterios objetivos y verificables para evaluar si la limitación de un derecho se justifica constitucionalmente y si la restricción constituye una forma de afectación de su núcleo esencial que se encuentra prohibida en la Carta”. En este sentido, “para el análisis de proporcionalidad en estricto sentido se requiere determinar si la medida

Es en aplicación de este subprincipio que se utiliza la expresión “ponderación”, aclaración que resulta ser de utilidad toda vez que, como sostiene Santiago Sánchez, ha existido, tanto en doctrina como jurisprudencia, una verdadera confusión entre los términos ponderación-proporcionalidad.<sup>94</sup> En este sentido, algunos autores y sentencias sostienen que la ponderación es un proceso que incluye las 3 etapas del principio de proporcionalidad, en tanto otros señalan que en rigor sólo en la última de sus fases, esto es, al momento de analizarse el principio de proporcionalidad en sentido estricto, tiene lugar la labor ponderativa. Por mi parte, creo que ésta se aviene de mejor manera con la operación en que se verifica el test de proporcionalidad en sentido estricto y no con la aplicación de ese principio en sentido amplio. Ello es así pues la expresión ponderar designa a aquella actividad tendiente a determinar el peso de algo, o con contrapesar o equilibrar una cosa. Esas acciones son similares a aquella que desarrolla el intérprete al poner en práctica este subprincipio pues éste, luego de establecer el significado de los conceptos en juego, examina cuál de ellos cede a favor del otro, esto es, cuál pesa más de los elementos en conflicto, dando primacía luego a uno de ellos.

En la doctrina nacional el principio de proporcionalidad ha tenido una tímida recepción. En efecto, en una publicación del Tribunal Constitucional, redactada por su ex ministro Eugenio Valenzuela, se asimila el principio de proporcionalidad con el denominado “principio de razonabilidad técnica”. El citado autor sostiene que este elemento es aquel método que requiere de una justa adecuación entre los fines perseguidos por la norma superior y los medios empleados por la de inferior jerarquía para lograrlos.<sup>95</sup> En este sentido discurren algunos fallos del tribunal, en que se ha establecido que este principio consistiría en aquella labor del intérprete constitucional destinada a obtener una “apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el decreto para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar”.<sup>96</sup>

---

objeto de control de constitucionalidad no sacrifica valores, principios o derechos que tengan un mayor peso que el que se pretende garantizar, o si aquella restringe gravemente un derecho fundamental. Por consiguiente, la aplicación del principio de proporcionalidad supone la valoración de los intereses en juego y la determinación clara de la relevancia constitucional de los bienes jurídicos en tensión, pues sólo de esta forma se puede definir, en el caso concreto, el grado de afectación y la forma cómo deben ceder, para garantizar la eficacia de todos los derechos e intereses protegidos constitucionalmente”. Ver: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 905 del Código Civil colombiano, de 18 de Julio de 2007.

<sup>94</sup> SANCHEZ GONZALEZ, Santiago: “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, Ob. cit., página 369.

<sup>95</sup> VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio: *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Ob.cit., página 48.

<sup>96</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional chileno acerca de un requerimiento formulado por diversos senadores sobre la constitucionalidad del decreto supremo N° 1.679, del Ministerio de Hacienda, de 26 de Abril de 1996.

En la doctrina extranjera se ha advertido que esta asimilación entre los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad es relativamente frecuente.<sup>97</sup> En mi opinión, es posible sostener que entre ambos conceptos no parece haber una vinculación tal que precise su asimilación. Tal vez ésta dice relación con que la razonabilidad es más bien un atributo de una sentencia o de cualquier decisión de autoridad en que es posible advertir la presencia de una cadena argumentativa que impida reconocer en ella cualquier viso de arbitrariedad. Por su parte, como se ha señalado, la proporcionalidad es algo menos que eso. Se trata tan sólo de un elemento de interpretación de uso preferente en materias constitucionales, toda vez que en esta sede es frecuente encontrar principios jurídicos para cuya aplicación hay que recurrir a elementos distintos a las herramientas de subsunción, jerarquía y especialidad, clásicos mecanismos de solución de conflictos entre reglas de derecho, pero insuficientes para resolver conflictos entre principios jurídicos o derechos fundamentales.

El referido catálogo de complejos factores que el juez constitucional puede utilizar al momento de interpretar las normas constitucionales se opone al sencillo y, al parecer, errado razonamiento que la Corte Suprema sostuvo en relación a la forma en que han de resolverse los conflictos entre derechos fundamentales, habida cuenta que el máximo tribunal del país ha, en muchas ocasiones, omitido la aplicación de los parámetros señalados y, a su vez, se ha valido exclusivamente de los elementos propios de la hermenéutica civil. Ello ha provocado “insólitos pronunciamientos”, como aquél que, influido por la opinión de algunos destacados autores, sostuvo que entre las garantías contempladas por el artículo 19 constitucional existe un orden de prelación que establece la primacía de unas por sobre otras, de tal suerte que el intérprete, puesto a determinar en un caso concreto de colisión de derechos cuál es aquél que en circunstancias determinadas prima por sobre otro, debería estar al orden en que el mencionado artículo 19 consagra los derechos en conflicto y, con ello, descartar de plano la utilización de cualquiera de los parámetros de interpretación reseñados.<sup>98</sup>

Enunciados algunos elementos que es preciso tener en cuenta al momento de la interpretación constitucional es necesario referirse al proceso que tiene lugar con posterioridad al razonamiento judicial en que se ubica la etapa interpretativa. Me refiero al momento de la justificación de las decisiones judiciales o, lo que es lo mismo, a la argumentación judicial, aspecto sobre el cual se mencionarán algunas cuestiones. En efecto, realizada la operación consistente en el razonamiento judicial es preciso

---

<sup>97</sup> SANCHEZ GONZALEZ, Santiago: “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, Ob. cit., página 372.

<sup>98</sup> CONTESSE, Jorge: “Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, Ob. cit., páginas 53-93.

demandar al juez que emane las argumentaciones de tipo justificatorio que consigan que lo resuelto parezca correcto o plausible a ojos del propio juez y de las audiencias que lo rodean, de tal forma de que ello resulte convincente para su examen y para el de las partes y de la comunidad jurídica en general.<sup>99-100</sup> En este sentido, las teorías contemporáneas de la argumentación hacen hincapié en la parte justificativa de la decisión, lo que implica que éstas no deben apelar sólo a motivos de autoridad o procedimiento, sino más bien a buenas razones que permitan distinguir aquellas más convincentes de otras que no lo son tanto.<sup>101</sup> Atienza, a su vez, distingue también entre el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión y aquel procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión.<sup>102</sup> El mismo autor advierte la relevancia de dicho proceso cuando recae sobre normas de rango constitucional, toda vez que determina la interpretación, aplicación y desarrollo de las normas básicas del ordenamiento jurídico de que se trate.<sup>103</sup> Dichas etapas, siguiendo a Jorge Carmona, llevan a una adecuada motivación de la sentencia constitucional, pueden elevar la calidad del debate jurídico, lo que fuerza a los usuarios especializados del sistema a acoplar su discurso a los parámetros mostrados, dejan constancia de la eficacia de la Constitución, determinan el razonamiento que han de tener hacia lo futuro los órganos inferiores a aquél desde el que emana una resolución, y ponen en práctica los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico.<sup>104</sup>

En este sentido, debe tenerse presente que la complejidad de la argumentación judicial constitucional no deriva sólo del especial carácter del material normativo sobre la que recae, sino también porque ese proceso determina la legitimidad del juez constitucional. Ello se hace evidente tratándose del ejercicio de las atribuciones propias de los tribunales constitucionales pues éstos pueden incluso expulsar una norma del ordenamiento jurídico. Entonces surge la interrogante relativa a determinar cómo es que esos tribunales, y en rigor cualquiera que ejerza labores de interpretación y aplicación de normas constitucionales, puede legitimar sus facultades a través precisamente de su labor argumentativa. De este modo cobra sentido lo expuesto por Jaime Cárdenas

---

<sup>99</sup> SQUELLA, Agustín: *¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*, Ob.cit., página 66.

<sup>100</sup> SQUELLA, Agustín: "Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales", En: *Revista de Derecho* (Escuela de Derecho, Universidad Austral), Valdivia, N° 1, Julio de 2006, página 277 y siguientes.

<sup>101</sup> CARDENAS GRACIA, Jorge: *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2007, página 24.

<sup>102</sup> ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2008, página 4.

<sup>103</sup> ATIENZA, Manuel: "Constitución y argumentación", En: Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo: *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, página 46.

<sup>104</sup> CARMONA, Jorge: "Panorama sobre la incidencia de la interpretación y la argumentación jurídicas en la aplicación judicial de la Constitución", En: *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI; Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2008, páginas 104 y 105.

Gracia, quien sostiene que deben elevarse los estándares de motivación de sentencias, de tal suerte que éstas queden sujetas a la crítica de la sociedad y de los especialistas. Ello es un factor que permite cumplir con las finalidades propias del juez constitucional, que serían las de promover los canales de democracia participativa y deliberativa; controlar el poder; propender a las defensas de las minorías dándoles voz y participación en el debate público, para lo cual es preciso hacer posibles las precondiciones de la democracia: libertad de expresión, derecho a la información, reunión y manifestación; favorecer la tutela judicial y el acceso a la justicia; y orientar la protección de los derechos humanos, haciendo aplicable el principio de fuerza normativa de la Constitución.<sup>105</sup>

La mención de los elementos reseñados, tratándose de las etapas de razonamiento judicial y de argumentación judicial, es necesaria a objeto de analizar el contenido del único fallo existente hasta el momento en que la Corte Suprema se pronunció acerca de una causal invocada por un órgano de la Administración al negar el acceso a la información pública. Como se verá, el mencionado tribunal, al analizar los argumentos de las partes, se abstuvo de aplicar algunos de los parámetros de razonamiento y de argumentación señalados.

## **2. Explicación del fallo. Argumentos de las partes. Razonamiento de la Corte Suprema.**<sup>106</sup>

En el mes de Mayo de 2006, un grupo de personas solicita a la Presidenta de la República antecedentes relativos a la votación de Chile en la elección de los Estados que conformaron posteriormente el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas.<sup>107</sup> Dicha solicitud fue denegada en el mes de Agosto de 2006 señalándose al efecto, por parte del Subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores, que la información tiene el carácter de reservada, pues su divulgación puede afectar las relaciones internacionales del país y el correcto funcionamiento del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y que además, sin perjuicio de reconocer que en el ámbito de este organismo la regla general es la publicidad de las votaciones,

---

<sup>105</sup> CARDENAS GRACIA, Jorge: *La argumentación como derecho*, Ob. cit. página 194 y 195.

<sup>106</sup> Argumentaciones de las partes en sus escritos, particularmente el recurso de amparo a la información pública e informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, seguidos ante la Excm. Corte Suprema, causa Rol 1280/07, caratulados Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo Rojas con Presidenta de la República (Ministerio de RR.EE.).

<sup>107</sup> Los requirentes solicitan, concretamente, la divulgación de “los nombres de los países por los que votó la delegación chilena en la primera, segunda y tercera votación para la elección del Consejo de Derechos Humanos, practicada el 9 de Mayo de 2006, el criterio que se utilizó para valorar los informes sobre derechos humanos de los países candidatos antes de la votación, y los documentos que contengan las valoraciones que la delegación chilena en la Asamblea General de Naciones Unidas hizo sobre los aspectos de derechos humanos de cada uno de los países candidatos y que fundamentaron las votaciones del 9 de mayo del 2006”.

algunas de ellas tienen una especial connotación que justifica su carácter reservado a objeto de salvaguardar la necesaria independencia y libre determinación de los países. Señala, por último, que sólo si un número mayoritario de países estuviere de acuerdo en divulgar su votación, podría accederse a la publicación de la información requerida en aplicación de los principios de reciprocidad y discreción en materia internacional.

En enero de 2007, solicitan los recurrentes al Ministro de Relaciones Exteriores reconsiderar la reserva y, en subsidio, la clarificación de ésta en atención a alguna de las causales que establece el artículo 8 de la Constitución Política, advirtiendo la “relevancia que el derecho a la información tiene en atención a la denominada Agenda de Probidad y Transparencia, y en la circunstancia de que votaciones similares, como aquella que designa a los estados miembros de otros órganos de Naciones Unidas, fueron profusamente difundidas en los medios de comunicación social”. Ante el silencio de la Administración a esta solicitud es que Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo Rojas, respectivamente periodista y abogada, interponen una acción de amparo por el derecho de acceso a la información pública ante la Corte Suprema, habida cuenta que el argumento invocado por el órgano requerido al denegar la entrega de información es el mantenimiento de las relaciones internacionales, que podría ser encuadrada en la causal genérica de interés nacional que opera como excepción al principio general de publicidad que consagra el artículo 8 de la Constitución.<sup>108</sup>

En su presentación ante el máximo tribunal del país los recurrentes señalan la importancia del derecho de acceso a la información en las sociedades abiertas, al permitir la libre circulación de las ideas, el debate público informado, la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado. Agregan que, con su consagración en el ordenamiento jurídico nacional, se otorga a la sociedad civil una herramienta destinada a colaborar en los esfuerzos sociales por prevenir la corrupción. Invocan por otra parte una circunstancia que es del todo relevante, y a la que se ha hecho referencia, consistente en que tratándose del régimen de excepciones al principio general de publicidad y al derecho fundamental de acceder a la información pública, éste debe ser entendido e interpretado en un sentido taxativo y estricto. De esta forma es posible evitar que la Administración argumente, al oponerse a las solicitudes que sobre el particular reciba, causales que no aparecen en las hipótesis de excepción, como hizo el Ministerio de Relaciones Exteriores al valerse del “mantenimiento de las relaciones internacionales” como fundamento de su negativa de información, sin perjuicio de que

---

<sup>108</sup> La acción de amparo por el derecho de acceso a la información pública, establecida por el artículo 14 de la ley 18.575, hoy derogado por la ley 20.285, tenía por objeto establecer el derecho de los ciudadanos a recurrir al órgano jurisdiccional ante la negativa o el silencio del órgano requerido ante la solicitud de información incoada en sede administrativa.

luego los recurrentes optan por ubicar esta causal dentro de aquella que protege el interés nacional. Señalan a continuación que ésta, y cualquiera que se invoque, “deben regirse por el principio de proporcionalidad, lo que significa que la limitación debe propender a objetivos legítimos y que la carga de la prueba corresponde al Estado, toda vez que debe acreditar que la divulgación requerida constituye una amenaza de causar substancial perjuicio al objetivo protegido que, a su vez, debe superar el interés público que protege la presunción de apertura y que exige develar la información”.

Sostienen, luego, que al aplicarse el principio de proporcionalidad, “debe tenerse presente que ha transcurrido cerca de un año desde la elección del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lo que disminuye y elimina una eventual e hipotética afectación de los intereses del país”. Por último, mencionan una serie de argumentos subsidiarios que merecen ser expuestos. El primero de ellos radica en la circunstancia de que, tal como se ha resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “los tratados concernientes a esta materia (sobre derechos humanos) están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”, de tal forma que no parece correcto valerse de la eventual tensión en las relaciones internacionales que podría causar la divulgación de la información solicitada como mecanismo de restricción a un derecho fundamental.

A continuación evacua su informe el órgano requerido. En primer lugar sostiene que la Asamblea General de Naciones Unidas ha dispuesto, en una serie de instrumentos, que la votación debe realizarse en atención al “diagnóstico que haga el país elector a los Estados candidatos, basado en antecedentes como la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos y a las promesas y compromisos voluntarios que hayan hecho al respecto... de dicho diagnóstico, como es lógico, resultan juicios de valor calificativos de la conducta de un Estado basados en criterios tanto objetivos como subjetivos, que finalmente se traducen en una apreciación de carácter positiva o negativa del mismo”. Por otra parte, “la regla general en el ámbito de las Naciones Unidas es que las votaciones sean públicas y que en materia de derechos humanos existe una muy arraigada práctica diplomática que han recogido los tratados y convenciones que consiste en el secreto del voto, con el objeto de salvaguardar la necesaria libertad e independencia de determinación que los países deben tener a la hora de manifestar su decisión, como es el caso de la elección de los miembros del Consejo de Derechos Humanos”. Señala, en relación a ello, que “dar a conocer tanto la forma en que Chile votó como las apreciaciones que respecto de los países candidatos se tuvieron en cuenta al momento de pronunciarse, puede causar consecuencias indeseables en las relaciones diplomáticas que se mantienen con otros Estados y por ello con el sistema de

votación secreta se busca evitar eventuales fricciones innecesarias en las relaciones internacionales”. Finalmente, cita una serie de normas que permiten al órgano requerido denegar la solicitud de información para, por último, sostener que, en este caso, ésta se ha fundado en el interés nacional comprometido.

En este punto, es interesante constatar que el órgano requerido, reconociendo en definitiva que el asunto radica en determinar cómo es que el interés nacional opera en esta controversia, es decir, si presenta los caracteres que le permitan erigirse como excepción al derecho de acceder a la información pública, invoca algunos elementos que podrían ser de utilidad al juez constitucional al momento de evaluar la presencia o ausencia de un interés nacional comprometido. Para ello se remite a las definiciones que los autores José Luis Cea y Enrique Evans han formulado al respecto, sin perjuicio de reconocer que un concepto como éste no es ni puede ser definido de forma unívoca, sino que se trata de un elemento que deberá ser conceptualizado por el órgano requerido para ello en cada caso en particular.<sup>109</sup>

Así, apareciendo como un elemento decisivo el determinar el papel que ha de jugar el interés nacional como factor de excepción al principio de transparencia, resulta esencial, en primer lugar, que el tribunal, al momento del fallo, haga referencia a algunos elementos que permitan deducir qué es dicho interés, y cómo es que éste aparece como el medio más proporcional, idóneo y necesario entre aquellos con los que contaba la Administración para impedir la divulgación de una información que en principio debiera ser pública. En ese sentido, el órgano requerido sostiene que la aplicación de ésta causal en ningún caso parece equivocada, toda vez que “la divulgación de la información requerida constituye una amenaza de causar sustancial perjuicio al Estado de Chile en sus relaciones con los demás países y por consiguiente limitar su entrega por razones de interés nacional no es posible considerarla como una medida de naturaleza desproporcionada”. Finalmente, cita una serie de normas de carácter internacional, constitucional y legal que facultan a las requirentes a ejercer su derecho, pero que también permiten a la Administración negarse a la entrega de información invocando para ello la causal relativa al interés nacional.

---

<sup>109</sup> En rigor, el informe del requerido cita las definiciones que los mencionados autores dan a propósito de “orden público” e “intereses generales de la nación”, cuestiones que, señala el informe, podrían asimilarse al concepto de interés nacional. José Luis Cea Egaña, en *Derecho constitucional chileno*, Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, página 340, define orden público como aquella “noción que se refiere al funcionamiento normal de las organizaciones e instituciones públicas y privadas, permitiendo el desenvolvimiento seguro o previsible de la convivencia”. A su turno Enrique Evans, en *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, 1986, página 378, conceptúa a los intereses generales de la nación como “aquél bien jurídico que se relaciona directamente con la nación toda, entera, y jamás por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos, o de cualquier otro orden”.

A principios del mes de julio de 2007 la Corte Suprema dicta sentencia definitiva en este caso.<sup>110</sup> Se trata de una resolución escueta, atendida la relevancia de los elementos en juego y la resonancia que bien pudo tener un fallo como éste, en que por primera vez la Corte Suprema tuvo que pronunciarse acerca del interés nacional invocado por la Administración como causal de excepción al principio general de publicidad. En efecto, define esta controversia valiéndose de la circunstancia que “el Estado de Chile forma parte de un organismo internacional, como lo es las Naciones Unidas, en cuyo interior se gestó y creó el Consejo de Derechos Humanos, y que por resolución de dicho organismo internacional se dispuso expresamente que la votación para la elección de los países miembros del referido Consejo fuese secreta, sin consagrar excepciones a dicha confidencialidad ni disponer un límite de tiempo para ésta, de tal suerte que ello supone un criterio de permanencia que impide concebirla para el sólo instante en que se manifiesta la decisión en la elección”<sup>111</sup>, por ello, “la causal invocada por el señor Ministro recurrido para no acoger la petición de las requirentes se estima fundamentada y congruente con las decisiones del organismo supranacional que dispuso la reserva en la votación, por lo que se desechará la solicitud deducida”.<sup>112</sup>

### 3. Análisis del fallo.

Una vez expuestos los argumentos de las partes y el razonamiento del tribunal es preciso realizar algunos comentarios a propósito de este fallo. Para ello, en primer lugar, es útil vincular ese razonamiento con aquél tópico analizado en párrafos anteriores relativos a la diferenciación entre reglas y principios. Dicha distinción es mucho más que el producto de una discrepancia doctrinal de índole puramente teórico, pues las implicancias prácticas de esta controversia aparecen al constatar la muy frecuente presencia de ambos tipos de estándares en las cartas constitucionales.<sup>113</sup> En efecto, la norma del artículo 8 inciso 2 de la Constitución, que consagra el derecho de acceso a la información pública, es claramente un principio jurídico, pues expresa un propósito a

---

<sup>110</sup> Sentencia de la Corte Suprema, caso Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo Rojas con Presidenta de la República (Ministerio de RR.EE.), de 03 de Julio de 2007.

<sup>111</sup> *Ibidem*, considerando 6°.

<sup>112</sup> *Ibidem*, considerando 7°.

<sup>113</sup> A propósito de la diferenciación entre principios y reglas, y su vinculación con la normativa constitucional chilena, es preciso mencionar la clasificación que se ha formulado en un interesante trabajo de RUIZ-TAGLE, Pablo: “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, En: *Revista de Derecho Público* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), Número 63, 2002, páginas 196-198. El autor señala que “si usamos la clasificación que distingue entre reglas y principios y la adaptamos a las disposiciones del artículo 19 de nuestra carta fundamental, podemos reconocer lo siguiente: son principios en la clasificación de Alexy los N°s 1; incisos 1 y 2; N° 2 inciso 1; N° 3 incisos 1 y 2 segunda frase, N° 4 inciso 1, N° 5 parte del inciso 1; N° 6 inciso 6; No 7 inciso 1; N° 8 inciso 1; N° 9 inciso 1 y 5; N° 10 incisos 1,2,3,4 ,6 y 7; N° 11 incisos 1, 2, y 4; N° 12 incisos 1, 4 y 5; N° 13 inciso 1; N° 14 es totalmente un principio; N° 15 incisos 1, 5, 6; N° 16 inciso 1 y 2; N° 17 es totalmente un principio constitucional; N° 18 inciso 1 y 3; N° 19 inciso 1 primera frase; N° 20 inciso 1 y 2; N° 21 inciso 1; N° 22 inciso 1; N° 23 inciso 1; N° 24 incisos 1 y 2 en parte e inciso 9 ; N° 25 inciso 1, 2, 3, y finalmente el N° 26 es una regla en cuanto regula, limita o complementa derechos fundamentales, pero es un principio en cuanto se funda en el principio de proporcionalidad de la afectación”.

alcanzar, una suerte de pauta que la Administración debe seguir en cada una de sus actuaciones salvo que una causal muy justificada precise su inobservancia. Para su aplicación, tanto el órgano requerido como el juez constitucional no deben recurrir a los mecanismos de subsunción, jerarquía o especialidad, clásicos instrumentos de resolución de conflictos entre reglas, sino más bien deben aplicar las herramientas propias de solución de controversias entre principios, cotejando para ello el derecho de acceso a la información pública con sus causales de excepción, operación que, como se ha señalado en apartados anteriores, requiere de una compleja labor de interpretación y argumentación.

Lo anterior se deduce claramente de la redacción del artículo 8 constitucional en que, tal como sostiene Ferrada, el constituyente reconoce la posibilidad de conflicto entre el principio general de publicidad y una serie de intereses socialmente relevantes que es necesario tutelar. Con la consagración de esas causales, relativas al debido cumplimiento de las funciones públicas, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación y el interés nacional, el sistema jurídico admite y da cabida una serie de intereses que han de ser ponderados y armonizados en cada caso.<sup>114</sup> Para ello debe tenerse presente que esas hipótesis deben ser interpretadas taxativa y justificadamente, a objeto de evitar la ocurrencia de casos de arbitrariedad decisoria de la Administración.

Habida cuenta de lo señalado es que en el fallo en análisis es posible advertir una serie de errores. El primero de ellos dice relación con la omisión que el juez constitucional hace en su sentencia de la concepción del derecho de acceso a la información pública como un principio jurídico, lo que impide que luego se haga cargo de señalar algunos elementos que permitan resolver esta controversia como lo que es: un conflicto entre un principio general y una de sus causales de excepción, como es el interés nacional, que al ser concebida por el constituyente en términos abstractos requiere sopesar ambos elementos a objeto de determinar la primacía de uno de ellos en un caso en particular.

Para ello, resultaba procedente, según mi parecer, analizar talvez el principal argumento, como es el principio de proporcionalidad, con que las partes fundaron sus peticiones. En este sentido es frecuente que, al momento de la sentencia, los tribunales opten por no referirse en ella a alguna de las alegaciones expuestas por las partes. Ello se torna algo más complejo cuando son ambas partes las que se hayan de acuerdo en señalar algún elemento de interpretación como un factor cuya aplicación puede ser decisiva y aún así el tribunal prefiere descartar su análisis al fundamentar su resolución.

---

<sup>114</sup> FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos: “Las potestades de la Administración del Estado en la tutela de los intereses públicos”, En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 15, N° 1, 2008, página 123.

Por último, la situación se vuelve incomprensible cuando efectivamente la consideración de un elemento resulta ser definitoria para resolver la controversia de que se trate y, aún así, el juez decide desechar su ponderación al momento de la sentencia. En efecto, es posible sostener que la utilización del principio de proporcionalidad en este fallo pudo ser un factor a través del cual arribar a una sentencia más certera y con más altos estándares argumentativos.<sup>115</sup>

Es en este sentido que la Corte Suprema bien pudo aplicar el principio de proporcionalidad como un factor a través del cual determinar si efectivamente la causal invocada por la Administración como fundamento para oponerse a la solicitud de información aparece como un medio legítimo de restricción del derecho de acceso a la información pública. Para ello debió tener en cuenta los subprincipios de este parámetro de interpretación que han sido reseñados en apartados anteriores, los que permiten evaluar si en definitiva la causal invocada aprueba el test de proporcionalidad o si, por el contrario, la actuación de la Administración parece ser desproporcionada y, con ello, ilegítima.

El primero de esos elementos es, como se ha señalado, el subprincipio de idoneidad. Éste permite descartar medidas que, restringiendo un derecho fundamental, carecen de la necesaria adecuación entre un fin constitucionalmente legítimo y la causal invocada para ello. Para ello habrá que establecer, dentro de las hipótesis de reserva igualmente legítimas que consagra el texto constitucional, cuál de ellas no resulta aplicable a un caso en particular atendidas sus circunstancias específicas. En el contexto del fallo objeto de este análisis, es preciso excluir la causal relativa a los “derechos de las personas”, pues es evidente que la eventual divulgación de la información relativa a la forma en que Chile votó al elegir los países miembros del Consejo de Derechos Humanos no podría afectar esos derechos, toda vez que dicha causal más bien tiene por objeto proteger el ámbito de privacidad de personas cuya información conste en

---

<sup>115</sup> Un buen ejemplo de lo señalado deriva del examen de lo resuelto por la Corte Constitucional colombiana precisamente a propósito de un conflicto entre el derecho de acceso a la información pública y una ley restrictiva de ese derecho. La Corte ha sostenido que “aún cuando el derecho de acceso a los documentos públicos puede ser limitado por el legislador...(por ejemplo) con relación a la defensa o seguridad nacional, el escrutinio judicial sobre la restricción que a la consulta y expedición de copias de documentos públicos hagan las autoridades, no se agota con la simple verificación de que dicha acción se fundamenta en normas jurídicas y que éstas tengan rango de ley, sino que además debe examinarse la proporcionalidad de la restricción de cara a los derechos, principios y valores constitucionales que resulten afectados con la medida. El operador jurídico no sólo debe valorar que una norma de rango legal autorice la reserva del documento, sino cuáles derechos, principios y valores constitucionales están afectados con la restricción, ya que en algunas ocasiones deberán prevalecer los derechos, valores y principios que inspiran la confidencialidad de la información, y en otros, los que se le oponen. Así las cosas, ponderados los intereses en juego, puede que la reserva de un documento prevalezca ante derechos como a la información; pero debe ceder frente a otros como los derechos a la defensa y de acceso a la administración de justicia, los cuales, *prima facie*, tienen mayor importancia en las sociedades democráticas modernas”. Ver, Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad de Ley 1.097, de 27 de Junio de 2007.

registros públicos. Es por ello entonces que, en este caso, cualquier restricción que la Administración hubiese dispuesto al derecho de acceso a la información pública invocando dicha causal resulta ser inidónea.

Descartada entonces la aplicación de la causal relativa a los “derechos de las personas”, la Administración contaba aun con tres causales a través de las cuales oponerse al requerimiento de información. Para determinar la proporcionalidad de la actuación administrativa que en virtud de alguna de esas causales restrinja el derecho a la información, debe preferirse aquella que limite lo menos posible ese derecho a objeto de proteger un interés socialmente relevante. Así, y aplicando el subprincipio de necesidad, debe elegirse una medida que restrinja un derecho fundamental de la forma más benigna, esto es, con la menor intensidad posible, salvo que, en virtud de una causal justificada, el órgano requerido pueda probar suficientemente que ella requiere necesariamente denegar del todo el acceso a la información. Para ello, la Corte bien pudo disponer la divulgación sólo de una parte de la información solicitada, por ejemplo el nombre del país por el que votó la delegación chilena, y reservar el fundamento de esa deliberación invocando fundadamente una hipótesis de reserva.

En efecto, la posibilidad de limitar, y no restringir completamente el derecho a acceder a determinada información, aparece actualmente reconocida por los artículos 11 e) de la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública y 14 de su Reglamento, que establecen el principio de divisibilidad de la publicidad de los órganos de la Administración.<sup>116</sup> En virtud de estas disposiciones el órgano requerido podrá, en lo sucesivo, elegir aquella medida que limite el derecho de acceso a la información pública en una extensión estrictamente necesaria, pues distingue previamente diversos grados de intervención sobre este derecho. De esta forma, la completa denegación de información será aplicada sólo cuando sea inevitable en casos en que la información requerida se halle completamente cubierta por alguna fundada causal de excepción al régimen de publicidad. En el caso en análisis, tanto el órgano requerido como la Corte Suprema siguen un razonamiento totalmente inverso: expanden la reserva a toda la información solicitada, aplicando la sanción más drástica sobre el derecho de acceso a la información pública, como es la denegación completa de su ejercicio en un caso concreto, descartando de plano el análisis de otras alternativas menos gravosas, como la divulgación parcial de la documentación. Es en este contexto que debe analizarse, a la luz del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, si es que efectivamente existe alguna causal invocada por la Administración que permita denegar del todo el

---

<sup>116</sup> Dichas normas prescriben que “si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda”.

acceso a la información, o si por el contrario, esta hipótesis no se configura, con lo que la restricción a este derecho será desproporcionada.

Aplicando el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto debe determinarse cómo es que la causal utilizada para exceptuar el principio de publicidad de la actuación administrativa presenta una mayor importancia que el derecho de acceso a la información pública. En efecto, la denegación de información emanada de la Administración no requiere únicamente el señalamiento de la causal invocada para ello, sino también la demostración que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño a un valor jurídicamente protegido.<sup>117-118</sup> Por ello, correspondía al órgano requerido probar que el interés nacional puede ser actual, específica y severamente dañado si es que se divulga la documentación solicitada. A esta carga se denomina “prueba de daño”, y su utilización como un importante mecanismo de resolución de controversias en que aparece invocado el interés público o la seguridad nacional como excepción al principio de transparencia ha determinado su aplicación efectiva en los países que consagran este derecho. En palabras de Ernesto Villanueva, es efectivo que “no existen derechos absolutos, sino relativos. No obstante, el uso de conceptos jurídicos indeterminados para el rubro de excepciones al derecho de acceso a la información pública, particularmente en las democracias en desarrollo donde la cultura de la secrecía se encuentra arraigada, constituye una salida legal para clasificar información como reservada, bajo una perspectiva voluntarista de la autoridad encargada de clasificar tal información. El principio de la prueba de daño tiene como propósito acotar al máximo las posibilidades del ejercicio discrecional de la clasificación informativa y, por ende, ofrecer mayores garantías al derecho de acceso a la información pública en favor de las personas. Y es que con este principio, el

---

<sup>117</sup> LOPEZ AYLLON, Sergio y POSADAS, Alejandro: “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, En: *Derecho Comparado de la Información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Número 9, Enero-Junio 2007, páginas 23.

<sup>118</sup> En este sentido, en recientes resoluciones del Consejo para la Transparencia se ha sostenido que “debe señalarse que dado que de esta circunstancia (relativa a cualquiera de las causales de excepción al derecho de acceso a la información pública) depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación”. En este sentido, ver: Decisión de Amparo N° A-39-09 del Consejo para la Transparencia, caso Patricio Segura Ortiz con Seremi de Agricultura de Aysén, de 19 de Junio de 2009, disponible en la dirección Web:

[http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20090706/asocfile/20090706201728/a39\\_09\\_decision.pdf](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20090706/asocfile/20090706201728/a39_09_decision.pdf).

En otra resolución el mismo organismo ha dispuesto que: “no basta invocar la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos o de implicar la indebida distracción de los funcionarios. Para que estas excepciones a la obligación de entregar información surtan efectos deben ser acreditadas por quien las alega”. Ver: Decisión de Amparo N° A-01-09 del Consejo para la Transparencia, caso Jaime Moraga Carrasco con Gobernación Provincial de Llanquihue, de 23 de Junio de 2009, disponible en la dirección Web:

[http://www.consejotransparencia.cl/prontus\\_consejo/site/artic/20090701/asocfile/20090701135834/decision\\_a1\\_09.pdf](http://www.consejotransparencia.cl/prontus_consejo/site/artic/20090701/asocfile/20090701135834/decision_a1_09.pdf)

clasificador debe demostrar razonablemente que se reúnen los elementos de la hipótesis normativa que impide el acceso a la información pública caso por caso”.<sup>119</sup>

La prueba de daño es concebida así como un requisito destinado a evitar las hipótesis de arbitrariedad de la Administración, toda vez que requiere necesariamente de una fundamentación que dé cuenta certera de un perjuicio a un interés digno de protección jurídica. Este elemento, a su vez, ha sido recogido en una serie de leyes sobre acceso a la información pública. En México, la ley sobre esta materia del estado de Sinaloa establece que, al clasificarse determinada información como reservada, debe probarse que:

*“I. La información encuadra legítimamente en alguna de las hipótesis de excepción previstas en la presente ley; II. La liberación de la información de referencia puede amenazar efectivamente el interés público protegido por la ley; III. El daño que puede producirse con la liberación de la información es mayor que el interés de conocer la información de referencia”*.<sup>120-121</sup>

Siguiendo lo dispuesto por esta norma, se ha advertido que la prueba de daño se compone de dos factores: la existencia de un elemento objetivo que permita determinar la magnitud de un daño a un interés socialmente relevante, y, a su vez, la concurrencia de tres características: el daño ha de ser presente, probable y específico.<sup>122</sup>

La existencia de la prueba de daño como un factor legitimador de la intervención administrativa sobre el principio de publicidad ha sido exigida uniformemente, en el caso mexicano, tanto por los órganos requeridos al momento de oponerse a las solicitudes de información, como también por la jurisprudencia emanada del Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI). Este organismo se ocupa de resolver las reclamaciones de los particulares por denegación de entrega de documentación administrativa. A modo de ejemplo, en este punto resulta pertinente el contenido de una sentencia en que se confirma la oposición a la entrega de información solicitada por un particular precisamente aplicando la prueba de daño a un interés público. Así es como

---

<sup>119</sup> VILLANUEVA, Ernesto: *El derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Ob. cit., página LXVII.

<sup>120</sup> Artículo 21 de la Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa, México, Decreto Número 84, de 26 de Abril de 2002.

<sup>121</sup> Esta norma ha servido de referencia para la consagración de la exigencia de la prueba de daño no sólo en leyes de otros estados mexicanos, sino también, a modo de ejemplo, en la legislación centroamericana. En efecto, idéntica disposición consta en el artículo 7 de la ley N° 621, sobre Acceso a la Información Pública de Nicaragua, de 22 de Junio de 2007, y en el artículo 26 de la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, en vigencia desde el 21 de Abril de 2009.

<sup>122</sup> LOPEZ AYLLON, Sergio y POSADAS, Alejandro: “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, Ob. cit., página 56.

se solicita a la Policía Federal Preventiva mexicana que divulgue los nombres de las personas y funcionarios policiales que solicitaron la adquisición de instrumental policial, como asimismo sus “modelo(s) o marca(s) o características”, por el período comprendido hasta el año 2007. El órgano requerido se opuso a la solicitud, invocando la existencia de un daño presente, probable y específico a la seguridad pública nacional y el cumplimiento de las funciones y objetivos de la autoridad. A objeto de resolver esta controversia, el requirente solicita al Instituto Federal de Acceso a la Información que resuelva estar contienda. Dicho organismo confirma la denegación de información, sosteniendo que “dar a conocer la información relativa a las características técnicas de los vehículos auto patrullas causaría un daño *presente* a la autoridad, en razón de que revelaría el nivel de protección de los vehículos utilizados por los elementos de la Policía Federal Preventiva, así como el nivel de respuesta de esa corporación policiaca para hacer frente a la delincuencia; *probable*, en tanto que al dar a conocer la información aludida, los grupos de delincuencia conocerían la forma en que opera la Policía Federal Preventiva”, “vulnerando la capacidad de defensa de dicho órgano policiaco”, y “*específico*, en virtud de que la difusión del Estado de Fuerza de las instituciones encargadas de la seguridad pública comprometería la seguridad nacional y la seguridad pública”.<sup>123</sup>

El razonamiento descrito contrasta con la débil argumentación que utiliza tanto el Ministerio de Relaciones Exteriores como la Corte Suprema para denegar la solicitud de información. En efecto, del análisis de sus fundamentos no se desprende ningún elemento que permita configurar la concurrencia de una fundada hipótesis de reserva a través de la cual denegar el acceso a la información, pues el órgano requerido, aun cuando sostiene que la causal invocada puede generar un daño al interés nacional, no explica como dicho interés es susceptible de sufrir un daño probable, presente y específico. En este sentido, no parece correcto el establecimiento de un sistema de excepciones al derecho de acceso a la información pública con un estándar argumentativo tan poco exigente. Es preciso concluir entonces que el órgano requerido actuó desproporcionadamente, al no existir la debida correspondencia entre la intervención de un derecho fundamental y la certeza de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo que deba ser protegido mediante esa restricción.

Era entonces una buena oportunidad para que la Corte Suprema pudiera elevar la exigencia argumentativa que debe recaer sobre los órganos públicos a través de la revocación de la resolución que dispuso la reserva de la documentación solicitada,

---

<sup>123</sup> Sentencia de Instituto Federal de Acceso a la Información, caso José Luis Moya Moya contra Policía Federal Preventiva, de 09 de Julio de 2008.

estableciendo para ello parámetros más precisos que permitan asegurar que, en lo sucesivo, la regla general sea la publicidad de la actuación administrativa. Entre dichos parámetros adquiere gran relevancia la prueba de daño, dentro del principio de proporcionalidad, y la fuerza normativa directa de la Constitución, en este caso el artículo 8 de su texto. En lugar de ello, la Corte elude esa labor hasta el punto de reducir los estándares que debe satisfacer la Administración al invocar y probar una causal de secreto.

En definitiva, el imperativo de publicidad que hoy rige para los órganos públicos se haya reforzado no sólo por lo dispuesto en el artículo 8 constitucional, sino también por la ley 20. 285 y su reglamento. Entonces resulta determinante la actuación que debe desarrollar el Consejo para la Transparencia, las respectivas Cortes de Apelaciones conociendo reclamos de ilegalidad de sus resoluciones, y los órganos requeridos para la entrega de información pública. Ellos deben poner en práctica la pretensión de mejorar los niveles de transparencia, para lo cual resulta determinante la interpretación estricta de las causales de reserva que restringen ese principio, debiendo siempre el órgano requerido cumplir con la carga de probar la concurrencia de esas causales, de tal forma de favorecer el establecimiento de un efectivo control social de los actos de la Administración.

## CONCLUSIONES

1. En el presente trabajo he pretendido examinar una serie de asuntos relativos al derecho de acceso a la información pública. Para ello, en primer lugar, resultaba pertinente justificar cómo es que éste puede ser concebido de forma autónoma en relación a otros derechos conexos de estructura similar, como aquél que protege la libertad de expresión, de pensamiento o de información. Ello implica únicamente no sólo advertir algunas de las sutiles diferencias entre éstos, sino servir de fundamento a la concepción, a nivel constitucional y legal, del derecho de acceso a la documentación administrativa con la suficiente robustez que permita su aplicación práctica. Para satisfacer esa finalidad, creí preciso reconocer la dualidad de objetivos que ésta persigue, atendido en primer lugar su carácter instrumental, al satisfacer una serie de intereses socialmente relevantes, como también el valor que en sí mismo implica la entrega oportuna de información. En este sentido, talvez un buen parámetro para evaluar el compromiso que periódicamente proclaman las autoridades públicas frente a asuntos tales como la prevención y el combate a la corrupción o la eficiencia del aparato estatal tiene que ver con la constatación de la eficacia práctica del derecho de acceso a la información pública, pues son precisamente los órganos públicos los entes obligados a satisfacer la pretensión de transparencia.

2. He procurado dar cuenta, luego, de las trabas que ha debido superar el reconocimiento constitucional y legal del derecho de acceso a la información pública. Con todo, y tal como ocurre con las normas constitucionales incorporadas a la carta fundamental a raíz del fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es preciso recalcar que dicho proceso es tan sólo una suerte de primer paso en el complejo y largo recorrido que debe transitar la puesta en práctica de este derecho. En efecto, se requiere además de su correcta aplicación por parte de los órganos ante los que se requiere información. Ésta se traduce en la obligación de cumplir con la entrega de documentación solicitada salvo que pueda justificarse la ocurrencia de alguna de las causales de excepción al régimen general de transparencia.

3. La carga de exponer el razonamiento a través del cual oponerse a la entrega de información no recae únicamente en el órgano administrativo requerido para ello, sino también en aquél que, en sede administrativa o jurisdiccional, deba resolver la reclamación ante las hipótesis de silencio o negativa de dicha solicitud. Esta carga presenta a su vez un elemento que dificulta la señalada labor de interpretación y argumentación. En efecto, el derecho de acceso a la información pública, concebido

como un principio jurídico, y sus causales de excepción, redactadas en términos abstractos, requieren necesariamente que, al momento de determinar su eventual utilización en un caso concreto, deban observarse algunos elementos propios de la interpretación constitucional, factores que, en interacción con los elementos hermenéuticos propios del derecho común, permiten elevar los estándares argumentativos que debe satisfacer cualquier decisión de autoridad al momento de restringir un derecho fundamental.

4. Uno de esos elementos de interpretación se ha erigido como un factor decisivo a la hora de favorecer o descartar, en casos concretos, la aplicación del derecho de acceso a la documentación administrativa. En efecto, el principio de proporcionalidad ha tenido una frecuente utilización jurisprudencial al momento de resolver conflictos relativos a la eficacia práctica de los derechos fundamentales. En este sentido, hemos visto cómo es que tanto la jurisprudencia como la doctrina han reconocido a la prueba de daño como un parámetro que debe ponderar el intérprete, pues permite detectar la existencia de un interés socialmente relevante que permita restringir el derecho de acceso a la información pública.

5. Lo señalado contrasta con lo resuelto por la Corte Suprema en un caso relativo a determinar la primacía del interés nacional por sobre el derecho de acceso a la información pública, habida cuenta de la carencia de una exposición relativa a determinar cómo es que, aplicando el test de proporcionalidad o alguno de los elementos de interpretación reseñados, deben cotejarse los elementos en conflicto. Ello da cuenta de la evidente necesidad de reformar el sistema de revisión de las decisiones que sobre esta materia emanaban de los órganos administrativos, pretensión hoy satisfecha al encontrarse en funcionamiento el Consejo para la Transparencia, órgano dedicado en forma exclusiva a conocer y resolver de estos asuntos.

6. En definitiva, es evidente que el control social de los actos de los órganos del Estado requiere, necesariamente, el desenvolvimiento efectivo del derecho de acceso a la información pública. Con su aplicación, y junto al interés de la comunidad en participar y fiscalizar la actuación pública, será posible, en definitiva, el establecimiento de un efectivo régimen de transparencia de la función estatal, contribuyendo con ello a elevar sus niveles de eficiencia y a mejorar los canales que permitan una sincera convivencia entre los ciudadanos y sus representantes.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. ARTÍCULOS Y LIBROS

**ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian:** “El acceso a la información como derecho”, En *Igualdad, Libertad de Expresión e interés Público*, Serie Publicaciones Especiales Número 10 (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales), Santiago, 2000.

**ALCALDE RODRIGUEZ, Enrique:** “Relación entre valores y principios generales del Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”, En: *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Número 35, Santiago, 2008.

**ALCOCER, Mariano y CASTELLANOS MADRAZO, J. Francisco:** “Algunos apuntes sobre interpretación constitucional”, En: *El proceso constituyente mexicano, 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*(coordinadores VALADES, Diego y CARBONELL, Miguel), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2007.

**ALDUNATE LIZANA, Eduardo:** “El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley N° 20.050”, En Zúñiga, Francisco: *Reforma constitucional 2005*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.

-“El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, En: Ferrada, Juan Carlos: *La Constitucionalización del Derecho Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

-“La desconstitucionalización de la Constitución”, En: *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Número XXII, Valparaíso, 2001.

**ALEXY, Robert:** *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

-*Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Fundación Beneficentia Et Peritita Iuris, Madrid, 2004.

**ATIENZA, Manuel:** *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2008.

-“Constitución y argumentación”, En: Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo: *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008.

**ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan:** “Sobre principios y reglas”, En: *Revista Doxa*, (Universidad de Alicante), Alicante, Número 10, 1991.

**BARNES, Javier:** “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, En: *Revista de Administración Pública*, Ciudad de México, Número 135, septiembre-diciembre 1994.

**BARROSO, Luis Roberto:** “La nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el Derecho brasileño”, En: *Teoría y Realidad Constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Número 14, Madrid, 2004.

**CARBONELL, Miguel:** “Las enseñanzas de la constitucionalización europea y sus protagonistas intelectuales”, Prólogo a: Haberle, Peter; Habermas, Jürgen; Ferrajoli, Luigi; Vitale, Ermanno: *La constitucionalización de Europa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2003.

**CARDENAS GRACIA, Jorge:** *La argumentación como derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2007.

**CARMONA, Jorge:** “Panorama sobre la incidencia de la interpretación y la argumentación jurídicas en la aplicación judicial de la Constitución”, En: *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo VI; Interpretación constitucional y jurisdicción electoral, Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2008.

**CARPIO MARCOS, Edgar:** “Interpretación conforme a la Constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana)”, En: *La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Tomo VI, Ciudad de México, 2008.

**CARRIO, Genaro:** *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

**CAZOR, Kamel:** “El fenómeno de la constitucionalización del Derecho: cuestiones de mera legalidad, de trascendencia constitucional y derechos fundamentales”, En: Ferrada, Juan Carlos: *La constitucionalización del Derecho chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

**CEA EGAÑA, José Luis:** “Una visión de la teoría neoconstitucional”, En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Número 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

**CIANCIARDO, Juan:** “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Número 108, Septiembre- Diciembre 2003.

**COLOMBARA, Ciro y OLMEDO, Juan Pablo:** “*El derecho a acceso a la información pública*”, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, 1999.

**COMANDUCCI, Paolo:** “Formas de (neo) constitucionalismo”, En: *Revista Isonomia*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Número 16, mayo de 2002, Ciudad de México.

**CONTESE SINGH, Jorge:** “El derecho de acceso a la información y el sistema jurídico chileno”, En González, Felipe: *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Número 14 (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales). Santiago, 2002.

-“La opacidad del administrador y la indulgencia judicial: jurisprudencia y práctica sobre acceso a la información pública en Chile”, en González, Felipe: *Libertad de Expresión en Chile*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

- “Reglas y principios: ¿jerarquía entre los derechos constitucionales?”, En: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 20, (Universidad de Valparaíso), 2002.

**CORDERO VEGA, Luis:** *El control de la administración del Estado*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007.

-“Vida, obra y muerte del acceso a la información administrativa, o cómo implementar inadecuadamente una regulación legal”, en *Gaceta Jurídica*, N° 309, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Marzo 2006.

**DARBYSHIRE, Helen:** “El derecho a la información en América Latina”, En: *Anuario de Derechos Humanos 2006*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2006.

**DWORKIN, Ronald:** *Los derechos en serio*, Editorial Ariel Derecho, Buenos Aires, 2002.

**FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos:** “Las potestades de la Administración del Estado en la tutela de los intereses públicos”, En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 15, N° 1, 2008.

**FERRAJOLI, Luigi:** “Sobre los derechos fundamentales”, En: Carbonell, Miguel: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

**GALAN JUAREZ, Mercedes:** “La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional”, En: *Revista Isegoria*, Número 35, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2006.

**GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo:** *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Arandazi, Navarra, 2006.

**GARCÍA FIGUEROA, Alfonso:** *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

**GROTE, Rainer:** “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania”, En *Revista Ius et Praxis* (Facultad de Derecho, Universidad de Talca) Volumen 9, 2003.

**GUASTINI, Ricardo:** *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2001.

**HART, Herbert L. A.:** *El concepto de Derecho*, Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.

- “Postscriptum”, En: *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez, (Traducción de Magdalena Holguín) Editorial Siglo del Hombre, Bogotá, 1998.

**HERDEGEN, Matthias:** “Interpretación constitucional. Análisis a la luz de casos concretos sobre derechos fundamentales y derechos humanos”, En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo II, (Fundación Konrad Adenauer) Montevideo, 2006.

**HERNANDEZ EMPARANZA, Domingo:** “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”, En Nogueira Alcalá, Humberto: *La Constitución reformada de 2005*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Santiago, 2005.

**LOPEZ AYLLON, Sergio y POSADAS, Alejandro:** “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, En: *Derecho comparado de la información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Número 9, Enero-Junio 2007.

**MENDEL, Toby:** “Consideraciones sobre el estado de las cosas a nivel mundial en materia de acceso a la información”, En *Derecho comparado de la información*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, Número 8, 2006.

**MUÑOZ MORALES, Marcelo:** “*Reformas constitucionales 2005. Historia y tramitación*”, Senado de la República, Valparaíso, 2006.

**MUÑOZ WILSON, Alex:** “Chile y el acceso a la información pública. Comentarios sobre un nuevo fallo adverso de la Corte Interamericana”, En: *Anuario de Derechos Humanos 2007* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Santiago, 2007.

**NAVIA, Patricio:** “¿Quién quiere sufragio universal?”, En: *Revista Capital*, Número 211, 24 de Agosto de 2007.

**NOGUEIRA ALCALA, Humberto:** “El derecho a la información en el ámbito del Derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, En: Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel: *Derecho a la información y derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, serie Doctrina Jurídica N° 37, Ciudad de México, 2000.

- *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2006.

**PECES BARBA, Gregorio:** *Los valores superiores*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

**PERELLO DOMENECH, Isabel:** “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, En: *Revista Jueces para la Democracia*, Fundación Jueces para la Democracia, Número 28, Madrid, 1997.

**POZZOLO, Susanna:** “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, En: *Revista Doxa*, Universidad de Alicante, Número 21, 1998.

**PRIETO SANCHIS, Luis:** “El constitucionalismo de los derechos”, En: Carbonell, Miguel: *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

**RUIZ-TAGLE, Pablo:** “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, En: *Revista de Derecho Público* (Facultad de Derecho, Universidad de Chile), Número 63, 2002.

**SANCHEZ GIL, Rubén:** *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2007, página 20.

**SANCHEZ GONZALEZ, Santiago:** “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, En: *Teoría y Realidad Constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Numero 12-13, Madrid, 2004.

**SCHWABE, Jürgen:** *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, Fundación Konrad Adenauer, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Montevideo, 2003.

**SQUELLA, Agustín:** *¿Qué es el Derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

- “Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales”, En: *Revista de Derecho* (Escuela de Derecho, Universidad Austral), Valdivia, N° 1, Julio de 2006.

**VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio:** *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, serie Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago, 2006.

**VANOSSI, Jorge:** *Estudios de teoría constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2002.

**VERDUGO MARINKOVIC, Mario:** “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución”, En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, Número 1, 2003.

**VILLANUEVA Ernesto:** *El derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Ciudad de México, 2003.

**WARREN, Mark:** “La democracia contra la corrupción”, en *Revista de Ciencias Políticas y Sociales*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), Ciudad de México, Número 193.

## II. SENTENCIAS

-Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley sobre "Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo", de 30 de Octubre de 1995.

-Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, sobre constitucionalidad de Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 26 de Junio de 2001.

-Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, sobre constitucionalidad del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, de 04 de Agosto de 2000.

-Sentencia del Tribunal Constitucional chileno acerca de un requerimiento formulado por diversos senadores sobre la constitucionalidad del decreto supremo N° 1.679, del Ministerio de Hacienda, de 26 de Abril de 1996.

-Sentencia de Tribunal Constitucional chileno, requerimiento de inaplicabilidad presentado por Mauricio Ramírez Godoy y otros respecto de los artículos 3, 12 y 14 de la Ley N° 17.322, de 05 de Junio de 2007.

-Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, requerimiento de inaplicabilidad deducido por FM Seguridad S.A. respecto del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, de 01 de Julio de 2008.

-Sentencia de la Corte Suprema chilena, caso Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo Rojas con Presidenta de la República (Ministerio de RR.EE.), de 03 de Julio de 2007.

-Decisión de Amparo N° A-39-09 del Consejo para la Transparencia, caso Patricio Segura Ortiz con Seremi de Agricultura de Aysén, de 19 de Junio de 2009.

-Decisión de Amparo N° A-01-09 del Consejo para la Transparencia, caso Jaime Moraga Carrasco con Gobernación Provincial de Llanquihue, de 23 de Junio de 2009.

-Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ricardo Canesse Vs. Paraguay, de 31 de agosto de 2004.

- Sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, de 29 de julio de 1988.

- Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile, de 19 de Septiembre de 2006.

-Sentencia del Tribunal Constitucional español, recurso de Amparo interpuesto por Enric Alsina Illa contra Sentencia dictada por la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de diciembre de 2008.

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 27 y 42 del Decreto 1799 de 2000, de 30 de Septiembre de 2003.

-Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 905 del Código Civil colombiano, de 18 de Julio de 2007.

-Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, demanda de inconstitucionalidad de Ley 1.097, de 27 de Junio de 2007.

-Sentencia de Instituto Federal de Acceso a la Información de México, caso José Luis Moya Moya contra Policía Federal Preventiva, de 09 de Julio de 2008.

### **III. OTROS DOCUMENTOS**

- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

-Constitución Política de la República de Chile.

-Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

-Ley 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

-Ley 19.653, sobre Probidad Administrativa de los Órganos de la Administración del Estado.

-Comentario General N° 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el artículo 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de febrero de 1999.

-Artículo 21 de la Ley de Acceso a la Información Pública del Estado de Sinaloa, México, Decreto Número 84, de 26 de Abril de 2002.

-Artículo 7 de la ley N° 621, sobre Acceso a la Información Pública de Nicaragua, de 22 de Junio de 2007.

-Artículo 26 de la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, de 21 de Abril de 2009.

