

Santiago, veintiocho de noviembre de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos rol 2582-2012 comparece don Rodrigo Quintana Meléndez, abogado, en representación del Consejo de Defensa del Estado, y deduce recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago don Lamberto Cisternas Rocha y doña Dobra Lusic Nadal y el abogado integrante don Ángel Cruchaga Gandarillas, argumentando que éstos incurrieron en falta o abuso grave al dictar la sentencia de veinte de marzo pasado en la causa Rol 2314-2011 de ese Tribunal por la que rechazaron el Reclamo de Ilegalidad deducido por su parte en contra de la Decisión de Amparo C-719-10, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión de 25 de febrero de 2011, que acoge el amparo por denegación de información deducido por Emelpar S.A. y, en consecuencia, ordena la entrega de copia íntegra de los antecedentes recabados por el Consejo de Defensa del Estado para la determinación de la procedencia de ejercer acciones judiciales, con ocasión de la denuncia efectuada por Emelpar S.A. de 25 de agosto de 2006, y que se singularizan en el Ordinario Reservado N° 0001, de 11 de febrero de 2011, de dicha institución.

Segundo: Que -refiere el quejoso- los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave en la dictación de la resolución por cuanto sin consideración

jurídica alguna y con grave infracción de texto expreso constitucional y legal, declararon improcedente el Reclamo de Ilegalidad interpuesto, manteniendo lo resuelto por el Consejo para la Transparencia, que a su vez con idénticas vulneraciones impuso la exhibición y entrega al solicitante de información calificada de reservada y secreta.

Expone que la sentencia sostuvo, en sus considerandos séptimo a duodécimo: "9° Que en el presente caso la razón esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado para denegar la información que le fue requerida corresponde única y exclusivamente a la señalada en el artículo 21, N° 1, letra a), segunda parte; esto es, por cuanto de otorgar el acceso solicitado se afectaría la defensa jurídica y judicial del órgano, en relación con el juicio seguido ante el Segundo Juzgado de Letras de Arica, Rol N° 2202-2007. Así se constata de la copia de esta decisión, corriente a fs.34 de autos. Pues bien, es del caso que con arreglo a lo previsto en el artículo 28 de la misma Ley de Transparencia, *"en contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante"*. Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del Número 1 del artículo 21"; 10° Que así las

cosas, de lo que hasta ahora se lleva analizado, no puede sino concluirse que el presente reclamo resulta ser claramente improcedente, conforme a lo preceptuado en el artículo 28, inciso 2° de la Ley en cuestión, invocado por el informante y el tercero peticionario, por cuanto el acceso a la información se denegó precisamente por la causal del número 1 del artículo 21 ya citado, todo lo cual conduce en consecuencia a rechazar el presente recurso, como lo ha sido solicitado en la causa; 11° Que sin perjuicio de lo razonado y concluido precedentemente, habida consideración por lo demás que no resulta procedente esgrimir *ex - post*, tan solo en este recurso de ilegalidad, fundamentos que no fueron alegados en su oportunidad por el Consejo de Defensa del Estado, esta Corte estima conveniente reiterar lo expresado anteriormente, en sentencia de fecha 23 de noviembre de 2010, Rol N° 2275 - 2010 en el sentido que no basta la existencia de una ley de quórum calificado para configurar la excepción al principio general de libre acceso a la información, sino que es imprescindible además la existencia de una real afectación a alguno de los bienes jurídicos protegidos que la norma constitucional indica; afectación que también exige el artículo 21 de la Ley de Transparencia, resultando así del todo procedente el examen del posible "daño presente, probable y específico" (en expresiones del Consejo para la Transparencia) que pudiere provocar la

divulgación de la información requerida a los intereses protegidos; " test de daños" que se contiene en el análisis realizado en la Decisión de Amparo; 12° Que en atención a todo lo expuesto, y citado, se procederá a rechazar el recurso interpuesto en estos autos."

Agrega que EMELPAR S.A. solicitó al Consejo de Defensa del Estado copia íntegra de la investigación realizada por éste a consecuencia de la denuncia efectuada por la empresa señalada y que decía relación, por un lado, con la supuesta falta de pago de una suma debida al Gobierno Regional de Tarapacá por parte de la empresa Coopersol Ltda. y, por otro, al eventual cobro de tarifas por sobre el máximo legal por parte de la misma, y a la mantención y operación de conexiones irregulares mediante las cuales la Municipalidad de Putre y la empresa Edelnor S.A. distribuían electricidad en sus áreas de concesión. En razón de la negativa de este Consejo a entregarle los antecedentes referidos, el solicitante dedujo amparo de su derecho a la información.

Las alegaciones del Consejo de Defensa del Estado consistieron en que los antecedentes solicitados además de incidir en el juicio en tramitación ante el Segundo Juzgado de Letras de Arica, rol N° 2202-2007, caratulado "Empresa Eléctrica de Parinacota S.A., Emelpar, con Fisco de Chile", se encontraban cubiertos por el secreto profesional a que se encuentra sujeto ese Servicio y su publicidad afectaría

derechos de terceros, órganos públicos demandados por el solicitante, quien reclama de ellos una indemnización de perjuicios.

Sostiene que en virtud de lo anterior, las consideraciones de la decisión del Consejo para la Transparencia de acoger el amparo y ordenar la entrega de lo solicitado son contrarias al marco legal aplicable, implican un análisis de constitucionalidad de las normas que concurren en el caso de autos, cuestión que excede del ámbito de su competencia y fijan límites a la institución jurídica del secreto profesional más allá de lo establecido en la ley y de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, circunstancias que fueron la base del reclamo que en su oportunidad formuló su parte.

Sostiene el recurrente que el marco constitucional, legal y regulación ética del ejercicio de la profesión de abogado está dado por los artículos 8 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, los artículos 231 y 247 del Código Penal, los artículos 5, 10, 20, 21 N° 1, 2, 4 y 5, y 1° transitorio de la Ley N° 20.835 sobre acceso a información pública, y lo planteado en los artículos 7, 46, 47, 63 y 64 del nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados, normas de las cuales se desprende que quedan exceptuados de la publicidad aquellos actos y resoluciones que afecten el debido

cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, o el interés nacional, cuando así lo establezca una ley de quorum calificado, jerarquía que posee la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado D.F.L. N° 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda.

Expone que el fallo se limita a señalar que por haberse invocado la causal del N° 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.285 el reclamo resultaba improcedente, cuestión que resulta grave, pues éste señalaba expresamente en relación a la causal del N° 1 del artículo 21, que se realizaba "Sólo a título informativo, esto es, sin que constituya fundamento del presente reclamo", además de haber sido planteada en conjunto con otras causales, como es la que dice relación con que lo solicitado afecta las funciones esenciales del órgano, toda vez que la información requerida es relativa a un juicio civil en actual tramitación entre el solicitante y el Fisco de Chile y la función del Consejo de Defensa del Estado no es sino desarrollar la representación judicial del Estado.

De lo anterior, agrega el quejoso, se desprende que no existe en la sentencia fundamentación alguna que permita vislumbrar el razonamiento que siguió el sentenciador, de modo que también se infringe la norma relativa a la forma de dictación de las sentencias contenida en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Argumenta que la falta y/o abuso grave se revela al ignorarse absolutamente la garantía del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, especialmente en lo relativo a la defensa y su relación con el secreto profesional, obligación que importa que el Consejo de Defensa del Estado y sus profesionales y funcionarios deben guardar reserva de los antecedentes de que conozcan en el ejercicio de sus funciones, la que debe estimarse que constituye la causal de reserva de información contemplada en el numeral 5° del artículo 21 de la Ley N° 20.285, o sea, cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política de la República.

Indica que en los descargos se invocó expresamente la causal prevista en el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 20.285, causal sobre la que se pronunció el Consejo para la Transparencia, desechándola.

Afirma que establecida la procedencia legal del reclamo corresponde tener presente que antes de las excepciones al principio general de publicidad de los actos de los órganos de la Administración, la Constitución contempla la garantía constitucional del derecho a defensa jurídica y del secreto profesional como una de sus expresiones fundamentales, alegación que sustenta el reclamo rechazado.

En lo que respecta a la vulneración y desconocimiento del texto y sentido de la Constitución en lo que dice relación al secreto de la información, expone que pese a reconocerse en el fallo que el artículo 8° de la Carta Fundamental reconoce situaciones de excepción a la publicidad dadas por la existencia de una ley de quórum calificado, ignora absolutamente la garantía del artículo 19 N° 3, especialmente lo relativo al derecho a defensa y su relación con el secreto profesional, al igual que los artículos 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado y 231 y 247 del Código Penal, así como también las normas establecidas en el Nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados.

Expresa que el principio general de publicidad de la información pública consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República admite causales de reserva contempladas en la misma norma; sin perjuicio, ellas no son las únicas. En este sentido afirma que el secreto profesional como parte del derecho a defensa jurídica constituye un límite o excepción al mismo y constituye el sustento del reclamo y del recurso de queja.

Refiere que el artículo 19 N° 3 de la Constitución consagra el derecho a defensa jurídica o defensa técnica, el que incluye como una de sus expresiones el secreto profesional del abogado, mediante el cual se brinda adecuada protección a las comunicaciones con su cliente, de

modo que cualquier perturbación o amenaza al mismo importa una afectación a la garantía.

Agrega que el nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados en su artículo 7° dispone que el abogado debe estricta confidencialidad a su cliente, agregando que en su cumplimiento debe exigir se le reconozca el mismo, confidencialidad que se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión. Dicho cuerpo consagra, además, el deber de cautelar el secreto profesional para lo cual debe actuar en consonancia con ello, incluyendo, de conformidad con el artículo 64, a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial, de lo cual se desprende que el secreto profesional es tanto un deber como un derecho.

Dado lo anterior es que no sería efectivo, como lo plantea el Consejo para la Transparencia, que los abogados funcionarios públicos no puedan excusarse en el secreto profesional para negar el acceso a información, pues de conformidad con los artículos 3, 7, 46 y 47 del nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados el deber de lealtad al cliente, de confidencialidad y secreto profesional se les aplica en tanto tienen la misma relación abogado - cliente y dicho deber es de carácter indefinido.

Plantea que efectivamente el Código de Ética señalado expone en su artículo 48 la obligación del abogado

funcionario de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa función, y que no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado. Sin embargo, dicha obligación genérica de transparencia está limitada en lo que dice relación con el resguardo de los antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales, para el debido cumplimiento de las funciones del órgano, y el interés nacional, limitación que justamente se encuentra reconocida en el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado.

Por lo demás, de la discusión sostenida al momento de redactar el actual Código de Ética se desprende que la relación existente entre el Consejo de Defensa del Estado, en tanto representante judicial del Fisco de Chile y sus servicios públicos, es análoga a la relación abogado cliente, con lo cual el deber de confidencialidad es el mismo que tiene un abogado particular para con su cliente.

A lo anterior ha de adicionarse, explica el quejoso, el hecho que a todo empleado público, conforme lo dispone la letra h) del artículo 55 del Estatuto Administrativo, le está vedado revelar asuntos que tengan carácter reservado en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones aplicables y si lo hace, compromete gravemente su responsabilidad disciplinaria, ello sin

perjuicio de la responsabilidad penal contemplada en los artículos 231 y 247 del Código Penal.

En el fundamento 11° de la sentencia dictada por los jueces recurridos, anteriormente reproducidos, se reconoce que existe una norma de quórum calificado que establece la reserva, sin embargo los sentenciadores estiman que ello no es suficiente, porque además se requiere del "test de daños". Agrega que en el considerando 6 letra C de la resolución de amparo se señala, en relación al secreto profesional, que dicha institución debe interpretarse de manera estricta pues deben distinguirse los antecedentes de la estrategia jurídica del órgano reclamado, de los documentos que sólo constituyen medios de prueba, concluyéndose que sólo los primeros serían objeto de secreto o reserva, en tanto exista una relación directa entre los documentos o información solicitada y el o los litigios, argumentación que pone de manifiesto que el secreto profesional fue parte de la discusión.

Refiere que la distinción realizada entre antecedentes de estrategia judicial y documentos probatorios es inaceptable y vulnera la ley, por cuanto los instrumentos de prueba tienen resguardo del secreto profesional, pesando en el abogado a cargo de la causa su reserva y la responsabilidad y facultad de resolver la oportunidad en que presentará los mismos, pudiendo incluso postergar su presentación a la segunda instancia, o pedir en cualquiera

de estas instancias que se tengan por acompañados como medida para mejor resolver, siendo en consecuencia artificiosa la distinción en comento. Por lo demás, las distinciones en cuanto a sí la documentación tiene o no relación directa con el proceso en que incide, es una determinación que corresponde exclusivamente a la defensa y no a un órgano externo que no está en condiciones de ponderar, ni menos aún puede hacerlo por carecer de facultades para ello. Su aceptación importa que el Consejo para la Transparencia se subroga en la persona del abogado para decidir qué antecedentes merecen la protección del secreto profesional y cuáles no, debiendo para ello proceder a violarlo de partida.

Precisa que el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, de quórum calificado, dispone que "los profesionales y funcionarios que se desempeñen el Consejo, cualquiera sea la naturaleza de su designación o contratación, estarán obligados a mantener reserva sobre los trámites, documentos, diligencias e instrucciones relacionados con los procesos o asuntos en que intervenga el Servicio", de lo que se desprende que la relación que existe entre los abogados del Consejo y el Servicio es idéntica a la de un abogado con su cliente, y en consecuencia le son aplicables las normas de secreto profesional, pues de hecho la violación a dicha norma importa la comisión de delito de prevaricación y

violación de secreto, resultando absurdo concluir, como lo hace el Consejo para la Transparencia, que el secreto profesional obliga sólo a los funcionarios, pero no al Órgano y su jefatura, quienes en consecuencia sí estarían obligados a entregar esa misma información. El órgano no tiene existencia sin sus funcionarios y la jefatura también corresponde a un funcionario, por lo que el Consejo para la Transparencia no puede obligar a tales funcionarios, o a quien ejerce el cargo de Jefe Superior del Servicio, a cometer un delito.

Por lo demás, en el caso de autos lo pedido influye en un juicio seguido en contra del requirente, quien por lo demás para la obtención de información debe sujetarse a la normativa procesal -vía solicitud de exhibición de documentos, por ejemplo- puesto que cualquier otra alternativa, como la de la Ley N° 20.285, alteraría el equilibrio procesal entre las partes, dejando en desventaja al litigante Estado-Fisco, cuestión que, a su juicio, el legislador ha querido evitar.

El recurrente hace una relación de las causales invocadas por el Consejo de Defensa del Estado en el Reclamo de Ilegalidad regulado en la Ley N° 20.285, mencionando al efecto las de los numerales 1, 2 y 5 del artículo 21 de esa Ley.

En cuanto a la contemplada en el artículo 21 N° 5, ésta expresa que serán secretos o reservados los

documentos, datos o informaciones, cuando una ley de quórum calificado así lo haya declarado, de acuerdo a las causales del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

En su oportunidad el Consejo para la Transparencia desechó la procedencia de esta argumentación como parte de la fundamentación de la causal del numeral 1° del artículo 21, debiendo haber reconducido la misma al análisis de la causal 5° del mismo artículo y en virtud de ello haber resuelto el conflicto aplicando la preeminencia del secreto profesional, el que, como ha sostenido el propio Colegio de Abogados se extiende a todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedentes que hubiere conocido el abogado en virtud de su encargo.

En el mismo sentido, refiere el quejoso, se expresa el artículo 21 N° 1 letra a), norma que señala que cuando su publicidad, comunicación o conocimiento, refiriéndose a documentos, datos o informaciones, afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales, han de ser secretos o reservados.

Plantea que dicha causal -artículo 21 N° 1 letra a)- fue deducida sólo a título informativo, sin que constituyera fundamento del reclamo, ello sin perjuicio de

señalar que la información solicitada consiste en antecedentes directamente vinculados con el juicio civil en actual tramitación en contra del solicitante.

Expresa que en sentido contrario y entrando al análisis de fondo los Ministros de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones, en fallo de 13 de marzo pasado, concluyeron que las normas que rigen el secreto profesional y particularmente el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado resulta aplicable al caso, por lo cual al fallar como lo han hecho los recurridos han incurrido en falta o abuso grave, ignorando absolutamente la garantía constitucional del artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República en lo relativo al derecho a la defensa y su relación con el secreto profesional, como asimismo las normas relativas al mismo contenidas en el Nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados, razones todas por las cuales solicita se ponga pronto remedio a la falta o abuso grave cometido, resolviendo dejarla sin efecto, al igual que la decisión del Consejo para la Transparencia a que se hace referencia, ordenando en su reemplazo que no procede disponer la entrega de la información requerida, sin perjuicio de la adopción de las medidas que se estimen conducentes y de la aplicación de las sanciones disciplinarias que se pudieren considerar.

Tercero: Que al informar los jueces recurridos exponen que el recurso de funda en que al decidir del modo en que lo hicieron habrían cometido faltas o abusos graves, consistentes en no haber expresado las consideraciones en atención a las cuales se decidió rechazar el reclamo interpuesto, así como en haber desconocido el texto y sentidos expuestos de la Constitución Política de la República y la ley que garantiza el secreto de la información que se ha ordenado revelar, reiterando los argumentos relativos a la obligación/derecho del secreto profesional de los profesionales abogados en que básicamente sustentó su recurso.

Expresan que ello no es efectivo, toda vez que la sentencia que se impugna por esta vía efectivamente contiene las razones jurídicas que los llevaron a negar lugar al reclamo interpuesto, manteniendo a firme la decisión de amparo impugnada que ordenó al Consejo de Defensa del Estado entregar al requirente de información, Empresas Eléctrica Parinacota S.A., "copia íntegra de los antecedentes recabados por este Servicio para la determinación de la procedencia de ejercer acciones judiciales, con ocasión de la denuncia efectuada por Emelpar S.A., de 25 de agosto de 2006".

Afirman que la sentencia contiene una relación circunstanciada de las argumentaciones esgrimidas por el recurrente, así como del planteamiento del Consejo para la

Transparencia y del tercero interesado, luego de lo cual desarrollan las consideraciones de hecho y derecho en atención a las cuales se decidió rechazar el reclamo para negarse a entregar la información que le había sido solicitada, todo lo cual se puede apreciar de la sentencia pronunciada.

En razón de ello es que estiman, respetuosamente, no haber incurrido en las faltas o abusos que se le atribuyen.

Cuarto: Que compareció Raúl Ferrada Carrasco, Director General y representante legal del Consejo para la Transparencia y se hace parte.

Quinto: Que de lo relacionado en los motivos que anteceden se aprecia que las faltas o abusos graves que se atribuyen a los jueces recurridos se contraen a la vulneración de la garantía del secreto profesional de que es titular el Consejo de Defensa del Estado en tanto tiene una relación de abogado-cliente con los órganos de la administración, secreto que se extiende a los antecedentes relativos a la investigación realizada por el Consejo de Defensa del Estado a consecuencia de la denuncia efectuada por Emelpar S.A.

Sexto: Que previo al examen de las cuestiones jurídicas implicadas en la presente impugnación, ya sintetizadas precedentemente, es menester consignar que la Constitución Política de la República señala, en su artículo 8°, que "son públicos los actos y resoluciones de

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

También el Código Político asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (art. 19, N° 12), el que se encuentra reconocido en la Carta Fundamental -aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.

La relevancia de este derecho público subjetivo queda de manifiesto al observar que, reconocido inicialmente a nivel legal fue posteriormente recogido por la reforma constitucional de agosto de 2005 como una de las bases de la institucionalidad o como un principio fundamental del Estado Constitucional democrático que funda el Código

Político, en que la publicidad es la regla y el secreto la excepción.

Tal preceptiva, que sin distinción obliga a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios -tanto en sus contenidos y fundamentos- y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, lo que se relaciona justamente con el derecho de las personas a ser informadas.

Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente.

En cumplimiento del mandato constitucional fue dictada la Ley de Acceso a la Información Pública (N° 20.285) que preceptúa, en lo que interesa, que "la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella" (art. 3°). También que "el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la

Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley" (art. 4). Por último, que "en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas" (art. 5).

Por último, cabe observar que la referida legislación establece dos mecanismos de transparencia. Uno, denominado transparencia activa, que consiste en la obligación de los órganos públicos de difundir o poner a disposición del público determinada información. Y transparencia pasiva, traducida en la obligación de entregar determinada información a los ciudadanos cuando éstos la soliciten. El legislador creó el Consejo para la Transparencia como un órgano de la Administración del Estado -con autonomía- con

el fin de hacer efectivo el principio de publicidad previsto en la Carta Política y es en esa línea que lo dotó de facultades para conocer reclamos respecto de actos emanados de entidades que forman parte básicamente de la Administración del Estado.

Séptimo: Que puede decirse, entonces, que el derecho de acceso a la información pública es un derecho implícito que, como otros -entre ellos el derecho a la identidad personal o al desarrollo libre de la personalidad- nuestro orden constitucional asegura a toda persona y por tal consideración merece integra protección.

Octavo: Que las consideraciones anteriores exhiben singular importancia para la resolución de la presente impugnación, desde que el Consejo de Defensa del Estado ha alegado que, de obligársele a revelar los antecedentes de la investigación practicada, se arrastraría al abogado funcionario a cargo de la asesoría o defensa a la disyuntiva de tener que entregar la documentación o antecedentes de los cuales hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de su profesión con quebranto del deber de confidencialidad y secreto profesional que el Código de Ética le impone.

Noveno: Que el quejoso ha sostenido que la decisión de no considerar los antecedentes de la investigación practicada por el Consejo de Defensa del Estado como documentos sujetos a secreto profesional, en virtud del

objetivo dado por ley al Consejo de Defensa del Estado en relación al Fisco de Chile, constituye una falta o abuso grave, violentando con ello el derecho que le cabe al Estado de contar con una defensa jurídica en los términos garantizados en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Décimo: Que el secreto profesional constituye una obligación legal que tiene como sujeto pasivo a un profesional y que importa que el mismo no puede revelar lo que el cliente mantiene oculto y solamente ha permitido conocer al profesional para el mejor desempeño de su cometido (Novoa Monreal, Eduardo, RDJ Tomo XLI, marzo a diciembre de 1944, N° a 10, pág. 85 - 100), reconociéndose su existencia a nivel legal en los artículos 231 y 247 del Código Penal, que sancionan la violación del secreto por el abogado o procurador y la violación del secreto por los que ejercen profesión que requiera título, respectivamente, excluyéndose las normas contempladas en los artículos 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil y 303 del Código Procesal Penal, pues las mismas sólo se limitan a consagrar la facultad del profesional para eludir declaraciones judiciales que puedan justamente comprometer el secreto; carecen, en consecuencia, del carácter imperativo como para calificarlas de normas sustantivas, lo que se hace extensivo al artículo 269 bis inciso final del Código Penal, que señala que están exentas de las penas -que

establece la misma norma- las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 del Código Penal y el artículo 302 del Código Procesal Penal.

Undécimo: Que el objeto del secreto profesional, en el caso de los abogados, encuentra su fundamento en el ejercicio mismo de la abogacía pues ella importa, principalmente, el informar al cliente lo que el derecho le exige en una determinada situación, señalarle qué debe hacer para pasar de su actual situación a otra deseada y hacer valer los derechos o pretensiones de los que goza en cada caso para los cuales es necesario un acabado conocimiento de las situaciones fácticas que sólo el cliente puede otorgar, cuestión que importa tener acceso y conocer hechos no conocidos públicamente y que el cliente quiere mantener en dicha opacidad, todo ello enmarcado en una relación en que el cliente confía y tiene seguridad de que sus confidencias no serán objeto de difusión.

De lo dicho se desprende claramente que la existencia y reconocimiento del secreto profesional es una cuestión de interés público pues permite asegurar las condiciones que promuevan que el cliente dé acceso o informe al abogado las situaciones de hecho que permitan a dicho profesional una adecuada defensa de los intereses que le ha encomendado proteger, encontrando garantía en el sistema legal que dichos antecedentes quedarán resguardados por el secreto profesional.

Duodécimo: Que si bien nuestra Constitución no tiene referencia directa al secreto profesional si se observa, por ejemplo, la Carta Española de 1978 en su artículo 20 N° 1 letra d), dicho deber-obligación se encuentra subsumido como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica que toda persona tiene y que se encuentra garantizado en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, norma que importa asegurar las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento, elemento que constituye una pieza fundamental en el justo y debido proceso. Ello es así pues, sin una legítima expectativa de confidencialidad por parte del cliente, la confianza en que esa relación se basa se vería seriamente perjudicada y con ello su derecho a defensa técnica gravemente menoscabada.

Décimo tercero: Que establecido lo anterior cabe señalar que la reglamentación precisa del secreto profesional de los abogados se encuentra en el Código de Ética Profesional dictado por el Colegio de Abogados de Chile, particularmente en su artículo 7°, que señala "El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el

abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión", norma que ha de ser relacionada con la letra a) del artículo 46 del mismo Código -en cuanto a la litis importa- que dispone: "El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contenga dicha información y que se encuentre bajo su custodia".

Así, el secreto profesional se extiende, entonces, a todos a los antecedentes con que cuente el abogado y que digan relación con el encargo que ha recibido, extensión que ya ha sido reconocida en fallo de esta Corte de fecha 13 de mayo de 1954, en los autos caratulados "Guttman con Guttman" (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. I, pág. 128, Vol. 51, 1954).

Décimo cuarto: Que de lo que se ha venido sosteniendo es posible concluir que al disponer el artículo 61 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado que "Los profesionales y funcionarios que se desempeñen en el Consejo, cualquiera sea la naturaleza de su designación o contratación, estarán obligados a mantener reserva sobre los trámites, documentos, diligencias e instrucciones relacionados con los procesos o asuntos en que intervenga el Servicio, siéndoles aplicables las disposiciones del artículo 247 del Código Penal", lo que está haciendo no es

sino precisar la prohibición de publicitar la información que ha sido puesta en su conocimiento, pues la misma la han recibido en su calidad de abogados y, por ende, queda amparada bajo el secreto profesional.

Décimo quinto: Que si bien es efectivo que el Código de Ética Profesional -aprobado en su nueva versión el año recién pasado por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. y que rige a partir del 1 de agosto 2011- no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República, sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conducta generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva, más allá del órgano que en definitiva ejerza la tuición ética del profesional en el caso concreto, el Colegio Profesional correspondiente con sujeción al Reglamento de Disciplina que en éste rija o el tribunal especial que el Constituyente manda crear al legislador para que ante él se juzgue a los profesionales no afiliados y mientras éstos no se establezcan a la justicia ordinaria.

Décimo sexto: Que entendidas con la fuerza indicada las normas relativas a la conducta ética que deben cumplir

los profesionales que detentan un grado o título universitario, más allá de su afiliación al colegio profesional respectivo, toda vez que las mismas afincan su legitimidad general en el mínimo ético exigible a quienes han recibido un título para el ejercicio profesional a que se los habilita -en el caso de los abogados prestando estos incluso el juramento que exige el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 522 ante la Corte Suprema, con todas las implicancias que de ello se derivan-, habrá de entenderse también que las normas del Código de Ética que obligan a los abogados tienen para todos estos fuerza vinculante, las mismas que este máximo Tribunal, como todo juez de la República, debe exigir en su estricto cumplimiento con el mayor rigor.

Décimo séptimo: Que en virtud de lo anterior la problemática no radica en establecer si los antecedentes de la investigación tantas veces mencionada se encuentran o no señalados expresamente en el artículo 61 de Ley Orgánica del mismo Consejo, sino si los mismos se encuentran sujetos a reserva en virtud del secreto profesional.

Décimo octavo: Que el supuesto básico para que se configure el secreto profesional, en los términos que se ha venido desarrollando, es la existencia de un deber fiduciario generado como consecuencia de la relación cliente - abogado, pues de no existir la misma dicho deber no se genera.

En este contexto resulta clarificador el contenido del artículo 2° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que señala que dicha institución "tiene por objeto principalmente la defensa judicial de los intereses del Estado", es decir, el de hacer valer los derechos o pretensiones de los que goza el Estado respecto de una determinada situación, objetivo que -como ya se señalara precedentemente- constituye uno de los elementos fundamentales del ejercicio de la abogacía, cuestión que por lo demás quedó plasmada en la discusión que dio origen al Código de Ética Profesional (Acta N° 3. Sesión ordinaria 18.06.2008 de la Comisión de Ética y Código de Buenas Prácticas del Colegio de Abogados de Chile A.G.).

Décimo noveno: Que el artículo 48 del Código de Ética dispone que "El abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa función no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado", aun cuando esta norma lo que pretende es establecer que no por la mera calidad de abogado un funcionario público queda exento de la obligación de revelar o entregar información, la misma no se extiende y no puede ser interpretada como lo ha sostenido el Consejo para la Transparencia al caso concreto en que el Consejo de Defensa del Estado, representado por su Presidente, se presenta en su calidad de abogado, toda

vez que su función legal es el cumplimiento de su misión institucional cual es justamente la de representar judicialmente los intereses del Estado y, por ende, las vinculaciones que entabla con los órganos públicos es precisamente la de cliente-abogado, elemento necesario para que se genere el derecho/obligación de secreto profesional.

Dicha concepción fue justamente la que tuvieron en mente los redactores del Código de Ética del Colegio de Abogados A.G., quienes enfrentados a la redacción del artículo 48 expusieron, en la Sesión N° 16 de 29 de septiembre de 2008, "El primer objetivo, fue tratar de encontrar la mejor forma posible para expresar conceptualmente de modo preciso una cuestión ya debatida por el Consejo. Lo crucial del modo adoptado fue la consideración de relación abogado-cliente versus la relación funcional o de funcionario público. Las dos cosas no se excluyen ni se presuponen. Entonces el problema en orden es el siguiente: el abogado funcionario público, sí. Si es funcionario público, está sometido a deberes de divulgación que son especiales, sí. Pregunta: ¿en su oficio ejerció representación de intereses de clientes o tuvo otra función? Si tuvo otra función, no puede pretextar el deber de confidencialidad para eximirse del deber de divulgación. La idea es que los órganos públicos no contraten abogados para eximirse de los deberes de divulgación, y se debe pensar en el día de mañana también en los propios fiscales

del Ministerio Público. La idea es que los abogados que desempeñen función pública sin representar clientes no pretexten la condición de abogados para eludir los deberes de divulgación o de revelación que imponen las reglas de orden público (...) La pregunta del día de mañana va a ser: el abogado fiscal respecto de la Municipalidad ¿es abogado de un cliente o no? Agregó que a él le parece que desde un punto de vista de las reglas de la Ética, la mejor manera en que se puede plantear el problema es preguntarse si en este caso se da la relación fiduciaria de abogado con cliente. Agregó que no le cabe ninguna duda, que tratándose del Ministerio Público y sus Fiscales no hay ninguna relación fiduciaria respecto a cliente alguno. Y respecto del abogado de la Municipalidad diría que en principio nó, pero no se puede descartar que haya algún tipo de relación confidencial de abogado cliente en la posición que desempeña" (Consejero Sr. Antonio Bascuñan).

Más precisa resultó la intervención de la Consejera Sra. Olga Feliú, quien expresó, refiriéndose a la situación de abogados que prestan servicios a la administración: "Si a un abogado se le encarga una gestión profesional por un servicio público, por una empresa pública, por una Universidad, se le encarga una labor profesional, ese abogado tiene la obligación de reserva del N° 1, ese abogado no puede andar revelando cosas."

Concordando con lo anterior el Consejero Sr. Sergio Urrejola señaló que "le preocupaba el tema del 1.3 porque rápidamente van a llegar al tema del abogado-empleado, entonces el abogado público-empleado tiene unas normas éticas y el abogado empleado-particular tiene otras" y agrega que "a su juicio el abogado que ejerce como tal siempre, sea quien sea su empleador, sea quien sea quien lo contrate, sea trabajador asalariado o no, siempre está sujeto al secreto profesional con respecto a su cliente."

Finalmente, y en lo que importa para la litis, el Consejero Sr. Antonio Bascuñan reiteró a modo de conclusión "la regla lo que hace es decir "en adelante tenga usted presente que necesita calificar la situación como si es una situación de la Regla 1.1" o que "la condición de abogado no basta", que lo crucial es la existencia de la relación abogado-cliente. Por lo tanto habrá abogados en el desempeño administrativo que tienen casos con clientes y el Fisco puede ser un cliente, pero hay otros abogados que no tienen clientes y esos abogados no pueden ampararse en nuestra nueva regla 1.1 para introducir una alteración de sus deberes de funcionarios públicos".

Vigésimo: Que así las cosas es posible concluir que la relación que entabla el Consejo de Defensa del Estado con el Fisco de Chile es una relación cliente-abogado y en esta virtud los antecedentes que recaba quedan sujetos a secreto profesional, secreto que, como ya fuera establecido, forma

parte del derecho a defensa garantizado en la Constitución Política de la República.

Vigésimo primero: Que la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tiene por objeto el regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo y las excepciones a la publicidad de la información. Entre estas últimas se encuentra la establecida en el artículo 21 N° 1 letra a) que contempla como causal de secreto o reserva en cuya virtud puede denegarse total o parcialmente el acceso a la información el que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de antecedentes necesarios para defensas jurídicas.

Vigésimo segundo: Que la situación referida en el fundamento precedente, que corresponde a la descrita en la letra a) del N° 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.085, es justamente la que acontece en el caso de autos, toda vez que teniendo el Consejo de Defensa del Estado por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado, la publicidad de los antecedentes que obren en su poder y que él mismo genere en el marco de la decisión de defensa importa, entonces, una violación al secreto profesional y con ello al derecho a defensa, cuestión que

se traduce en una afección directa a la función del órgano, generándose a su respecto la causal de secreto o reserva contemplada en la ley.

Vigésimo tercero: Que el Consejo para la Transparencia ha alegado en estos autos que para decidir el amparo de acceso a la información se halla en el imperativo legal de examinar el contenido de los antecedentes solicitados al órgano del Estado requerido, por lo que éste en cualquier caso deberá enviárselos para su examen previo a fin de resolver si ordenará o no su entrega. En ese sentido reclama para sí el ejercicio de una facultad que estima privativa y excluyente de ponderación de toda la documentación e información que hubiere motivado su intervención, y sobre la cual, sostiene, está llamado a aplicar lo que denomina el "test de daños", ponderación que importa discernir si la divulgación de ella -información- podría llegar a erosionar alguno de los bienes jurídicos protegidos por las causales de secreto o reserva que taxativamente la Constitución Política autoriza y que sólo el legislador de quórum calificado puede precisar -lo que hizo la Ley N° 20.285 en cinco numerales en su artículo 21- casos en los cuales debe negar el acceso a los antecedentes solicitados, y si así no fuere ordenará su entrega.

Vigésimo cuarto: Que para descartar esa alegación basta considerar que el secreto profesional, del modo en que se ha venido conceptualizando, está garantizado a nivel

constitucional y es precisado en el Código de Ética Profesional, por lo cual se vería seriamente conculcado si se admitiera que el Consejo de Defensa del Estado está obligado a remitir al Consejo para la Transparencia los antecedentes, documentación e informes que reciba para las asesorías, defensas o patrocinios que en cumplimiento de las obligaciones que le impone su ley orgánica debe asumir en favor de autoridades y órganos del Estado. Desde luego porque siendo un derecho constitucional implícito, asegurado a todos los letrados, pero que constituye para éstos a la vez un deber al que quedan sujetos, incluso, bajo sanción penal, el mismo no puede ser afectado por el requerimiento que haga un órgano que integra la Administración del Estado, como lo es el Consejo para la Transparencia, aun cuando la ley que lo estableció lo haya dotado de autonomía frente a los restantes órganos pertenecientes a la Administración, ya que constitucionalmente sólo mediante autorización judicial previa, la que en el presente caso no existe, podría permitirse un requerimiento tal. No es admisible entonces, porque carece de la facultad para ello, que el Consejo para la Transparencia recabe antecedentes que obran en poder del órgano del Estado encargado de la defensa fiscal y que de revelarse conduciría a la afectación de un bien jurídico de la más alta significación, el que sólo podría ceder eventualmente ante un requerimiento judicial.

Vigésimo quinto: Que el secreto profesional de los letrados así conceptualizado y dada su extensión se halla en íntima conexión con el derecho a la defensa jurídica, con la garantía que ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la intervención del letrado si ésta hubiere sido requerida, con la inviolabilidad de la documentación privada que con ese carácter fuere recibida por el abogado de su cliente y, en fin, con la libertad que constitucionalmente se le reconoce a aquéllos para el ejercicio de su profesión.

Vigésimo sexto: Que el Consejo para la Transparencia ha sostenido, también, que dada la causal esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado al momento de contestar el requerimiento de información, esto es, la contemplada en la letra a) del numeral 1 del artículo 21 de la ley del ramo, se vería impedido en virtud del artículo 28 de recurrir ante la Corte de Apelaciones, pues esta última norma contempla una restricción a dicho recurso.

Vigésimo séptimo: Que al analizar la alegación referida en el fundamento precedente se hace necesario dejar establecido que el Consejo de Defensa del Estado al momento de interponer el Reclamo de Ilegalidad sostuvo que lo hacía en virtud de los numerales 1° y 5° del artículo 21, causal esta última a la que no se le aplica la restricción del artículo 28.

A lo anterior se adiciona el hecho de que esta Corte en tanto tribunal de justicia ejerce función jurisdiccional, la que consiste en la aplicación del derecho en relación con los términos fácticos en los que se plantea un conflicto jurídico entre partes, razón por la cual el tribunal goza de libertad al momento de aplicar el derecho invocado, ámbito en el que por cierto se encuentra lo relativo al ejercicio de las acciones.

Tales razones conducen a desestimar el planteamiento, de orden procesal, sostenido por el Consejo para la Transparencia.

Vigésimo octavo: Que al no haber aplicado los jueces recurridos las normas expresas que se refieren a las causales de secreto o reserva han incurrido en falta o abuso grave que debe ser enmendado por esta vía.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 38, se deja sin efecto la sentencia de veinte de marzo de dos mil doce que rechazó el reclamo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado y en su lugar se acoge el mismo, declarándose que se deja sin efecto la decisión de Amparo C-719-10, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión de 25 de febrero de 2011, que acoge el amparo por denegación de información deducido por Emelpar S.A. y, en consecuencia, se deniega la

entrega de la copia íntegra de los antecedentes recabados por el Consejo de Defensa del Estado para la determinación de la procedencia de ejercer acciones judiciales con ocasión de la denuncia efectuada por Emelpar S.A. de 25 de agosto de 2006 y que se singularizan en el Ordinario Reservado N° 0001, de 11 de febrero de 2011, de dicha institución.

Se previene que el Ministro señor Carreño estuvo por enviar los antecedentes al Tribunal Pleno en virtud de lo dispuesto obligatoriamente por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, sin perjuicio de lo que aquél pueda resolver en cuanto a la procedencia de aplicar una medida disciplinaria.

Acordada contra el voto del Ministro señor Muñoz, quien fue de parecer de rechazar el recurso deducido por el Consejo de Defensa del Estado, fundado en las siguientes consideraciones:

1°.- Que el derecho al acceso a la información pública encuentra sus orígenes en las demanda de los pueblos por conocer los fundamentos de las determinaciones de las autoridades, evolucionando en su reconocimiento por el derecho positivo (Ley Sueca de 1766) y dotándole de contenido por la doctrina, la jurisprudencia y declaraciones especializadas sobre la materia. Es así como surgen los conceptos de libertad de prensa, libertad de información y libertad de expresión, todos conceptos

desarrollados en instrumentos internacionales como la Resolución 59 (I), de 14 de diciembre de 1946 dictada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la que se señala: "La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las de libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas" y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19°) y a partir de ahí, en el resto de la Convenciones sobre Derechos Humanos, a saber, artículo 10° de la Convención Europea de Derechos Humanos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos mediante los cuales se consagra el derecho a la libertad de expresión con conceptos que incorporan el derecho a investigar y recibir informaciones; libertad de investigación y libertad de buscar, recibir y difundir informaciones, reconociéndose en consecuencia un derecho a exigir información cuando ésta recae sobre temas de interés público.

En el concierto Latinoamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 expuso que "el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y ya recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del

Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”.

Es siguiendo dicha argumentación que la Corte Interamericana, el 16 de septiembre de 2006, en el caso “Claude et. Vs Chile”, da por acreditado que el Estado demandado ha vulnerado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en tanto dicho derecho importa “no sólo el derecho a la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también del derecho y libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, con lo cual la garantía ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona puede tener acceso a esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto, información que debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos que

en que se aplique una legítima restricción; entrega por ende permite que dicha información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla, todas razones que condujeron a que en su resolutive 7, por unanimidad se condenara a que "El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho a acceso a la información bajo el control de Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 161 a 163 y 168 de la presente Sentencia".

2°.- Que de lo que se viene expresando es posible señalar que desde el punto de vista del derecho interno del Estado, se puede sostener la vinculación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, que no tienen el carácter de tratados solemnes, puesto que les ampara la normativa general del tratado marco que está constituida por la Carta de las Naciones Unidas, orientada por los factores que llevaron a constituirarla.

3°.- Que nuestro país desde los primeros textos constitucionales reconoció la existencia de ciertos derechos consustanciales a las personas, es así que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sobre la base de la redacción de una norma que obligara a respetar los derechos de las personas y

limitara la soberanía, se inicia un intercambio de opiniones, señalando el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz que "La soberanía tiene un solo límite fundamental que es el derecho natural. Concuera en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero si se podría hablar del respeto a los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana. Ese le parece que es un límite a la soberanía", concluyendo el presidente señor Ortúzar que la disposición propuesta es de extraordinaria importancia, pues "conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse" (Sesiones 48 y 49, de 25 y 27 de junio de 1974), consideración que se tiene presente al formular la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de 1980. Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que "de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos" (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de

1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, si no por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Esta decisión se enmarca, además, en el hecho reconocido y aceptado por nuestro país, que ante la inobservancia del derecho internacional, los tribunales internacionales no se constituyen en una instancia revisora del mérito del proceso, sino que se limitan a declarar la transgresión, responsabilizando al Estado, al que le imponen adopte las medidas pertinentes para reparar a los afectados, que es justamente el objetivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso de "Claude et. Vs Chile", elemento que sin duda debe tenerse presente al momento de resolver los conflictos particulares, de hecho en cumplimiento de lo anterior es que esta Corte ha debido emitir informes a la Cancillería para explicar el proceder de los tribunales ante casos concretos, los que

han sido sometidos a la jurisdicción de la Comisión y Corte Interamericana de Justicia.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los estados deben disponer de medios idóneos de investigación, respondiendo a parámetros de eficiencia y no de formalidad, reprochando la inhibición de mecanismos que fueron diseñados teóricamente (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, considerandos 119, 167 y 178).

4°.- Que en este contexto se hace posible sostener que en el sistema jurídico interno la Constitución Política de la República garantiza en el numeral 12° del artículo 19 "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 de y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado", agregando en su numeral 14° el artículo en comento "el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes", garantías de las cuales se deriva, como lo señala la jurisprudencia internacional citada, el derecho a exigir información a la autoridad.

5°.- Que con fecha 14 de diciembre de 1999 se publica la Ley N° 19.653 sobre "probidad administrativa aplicable a

los órganos de la administración del Estado” que incorpora los principios de probidad, transparencia y publicidad, principios que posteriormente, 17 de noviembre de 2001, se incorporarían a la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

El 29 de mayo de 2003 se publica la Ley 19.880 sobre “procedimientos administrativos” en la cual se incorpora el principio de publicidad.

6°.- Que el derecho al acceso a la información pública encontró su reconocimiento positivo en nuestra Constitución por medio de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, que importó la modificación del inciso segundo del artículo 8° de la misma, disponiendo: “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 cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, seguridad de la Nación o el interés nacional”, cuestión que se condice con el hecho de ser Chile una República democrática, tal y como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política y es, dicho derecho, una manifestación y forma parte, por ende, del derecho a la libertad de expresión consagrado en el numeral 12° del artículo 19 de la misma norma fundamental, ello pues de

nada sirve que se asegure la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a acceder a una información oportuna, veraz y completa.

7°.- Que establecido el acceso a la información como garantía constitucional, existe la posibilidad que la administración estatal se pueda ver favorecida por las eventuales limitaciones que el mismo constituyente imponga a su ejercicio.

Sin embargo y teniendo en consideración, tal como ya se señalara, que las garantías fundamentales están concebidas como barreras de protección para los ciudadanos respecto del accionar del Estado y no a la inversa, es que en el caso en concreto la excepción al ejercicio de la garantía, en tanto crea espacios de opacidad en el actuar de la Administración, debe estar no sólo contemplada en una ley de quórum Calificado, sino que debe tener un carácter expreso y específico, requisitos copulativos que en el caso de autos no se cumplen.

Razonar en sentido inverso supone limitar entonces, con base a una interpretación extensiva de las excepciones, el ámbito de protección que generan las garantías fundamentales, cuestión que no tiene lógica si de lo que se trata es de garantizar a los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos.

El principio de no regresión lleva a considerar que ampliado los márgenes de un derecho fundamental no es posible ya restringirlo, con menos razón por vía interpretativa.

El sistema de control de constitucionalidad de las normas legales permite la aplicación directa de la Constitución por los tribunales ordinarios, y además determinar el derecho vigente que tenga carácter pre-constitucional e interpretar las leyes de la forma que tenga mayor coincidencia con la carta Política. Sin embargo, esta función no puede extenderse considerando normas de menor jerarquía y de carácter post-constitucionales.

Resuelto por el constituyente que "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos" no es posible relativizar su alcance. Es así como el mismo texto señala las excepciones a tal publicidad exclusivamente cuando pueda afectar el cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, que en el caso del Consejo de Defensa del Estado no es posible que acontezca, puesto que su accionar, como el de todos los órganos estatales, se rige por el principio de legalidad, pero especialmente en su caso le es consustancial dado que no puede realizar actuación alguna que se aparte de tal presupuesto.

8°.- Que, en todo caso, cualquier reglamentación que los preceptos legales hagan respecto de las garantías fundamentales o que desarrollen las limitaciones en los casos que lo autoriza, no podrán afectar la esencia del derecho, con mayor razón ningún precepto de menor jerarquía al legal, puede integrar la ley en este sentido, que está expresamente prohibido por el mismo constituyente (artículo 64 inciso segundo de la Constitución Política de la República). Esta congruencia la destaca la disposición cuarta transitoria de la Carta Fundamental, que reconoce valor a las leyes pre - constitucionales, "en lo que no sean contrarias a la Constitución".

9°.- Que en todo caso, sobre la base de este recurso extraordinario, que únicamente procede ante una falta o abuso grave, no se advierte que pueda constituirse en una instancia de revisión de todos los aspectos de la controversia, puesto que, puede acarrear consecuencias igualmente graves para los jueces.

10°.- Que, en concepto de este disidente, el Consejo de Defensa del Estado no puede asilarse en el secreto profesional, puesto que sus determinaciones deben ajustarse a la ley y deben ser conocidas de todos los afectados, puesto que ello es propio de un Estado de Derecho, al cual es consustancial el principio de responsabilidad. Además, no es posible que bajo el amparo del secreto profesional desarrolle estrategias en perjuicio de su contraparte,

mantenga en reserva antecedentes o elementos de juicio, puesto que su defensa siempre debe estar en consonancia con la verdad, poniendo a disposición del juez todos los antecedentes con los que cuente en relación al caso, no le resulta lícito a dicho órgano, como no le es permitido al Estado mismo, litigar en contra de los ciudadanos como un individuo más, tiene estándares de probidad y excelencia superiores, esto mismo lleva a que sus deliberaciones, actos y antecedentes recabados y que tuvo en consideración puedan ser conocidos por todos los interesados, como si se hicieran directamente ante la ciudadanía, de quien derivan sus atribuciones y facultades, sin que le sea permitido ocultar ningún análisis o antecedente que no quede comprendida en las excepciones constitucionales.

11°.- Que la cuestión a resolver no se refiere al juego de distintas disposiciones legales, sino a determinar si el artículo 61 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado es contrario a la Constitución, en el caso de autos, al artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental.

La respuesta se impone sin ningún tipo de dudas. El secreto o reserva está regulado respecto de los funcionarios profesionales que integran el organismo, no en relación al órgano en si mismo. En efecto, corresponde descartar que la publicidad de los antecedentes recabados por el Consejo de Defensa del Estado para la determinación

de la procedencia de ejercer acciones judiciales, con ocasión de la denuncia efectuada por Emelpar S.A. de 25 de agosto de 2006, y que se singularizan en el Oficio Reservado N° 0001, de 11 de febrero de 2011, no afectan el debido cumplimiento de sus funciones, puesto que se trata de documentos no sujetos a reserva o secreto y que han permitido que el Consejo de Defensa del Estado adopte sus determinaciones con entera libertad, las ha ejecutado y generado con sus profesionales relaciones funcionales según esas determinaciones.

Las consecuencias de una determinación contraria llamará a amparar con la reserva y limitar la publicidad de los actos, fundamentos y procedimientos desde que se reclame por cualquier afectado o interesado, puesto que desde esa ocasión se inicia la defensa de la autoridad, conclusión que repugna a toda interpretación, no puede sostenerse que iniciado un procedimiento en resguardo de los intereses de los administrados, esta circunstancia le prive del acceso a los elementos de juicio destinados a fundar tal defensa. Un acto propio le traerá consecuencias perjudiciales, sería la conclusión, conclusión que ciertamente el ordenamiento jurídico no puede tolerar.

12°.- Que con el mérito de lo expuesto y a juicio de este disidente no procede sino desechar el planteamiento sostenido por el Consejo de Defensa del Estado.

Regístrese y agréguese copia autorizada de esta resolución a la causa tenida a la vista, la que será devuelta en su oportunidad.

Redacción a cargo del Ministra Sra. Sandoval y del voto disidente su autor.

Rol N° 2.582-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sra. Sonia Araneda B., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer U. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar en comisión de servicios y la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 28 de noviembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de noviembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.