

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, TELEOLÓGICA Y
COHERENCIA JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN AL
DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

PABLO CONTRERAS VÁSQUEZ*

Resumen

El texto analiza y critica el cambio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta el año 2012 en relación al reconocimiento y protección constitucional del derecho de acceso a la información pública. Primero, se describen tres estándares de interpretación constitucional: interpretación sistemática, teleológica y respeto al precedente. Segundo, se analiza la jurisprudencia constitucional que se refiere al derecho de acceso a la información pública. Tercero, se concluye que el giro de la jurisprudencia evita el respeto del precedente del Tribunal, debilita los fundamentos institucionales del derecho y, finalmente, lo margina operativamente en la argumentación constitucional.

Palabras clave

Derecho de acceso a la información pública, precedente, publicidad, interpretación constitucional.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magister en Gobierno y Sociedad, Universidad Alberto Hurtado; Máster en Derecho (L.L.M.) y candidato a Doctor en Derecho (S.J.D.), Northwestern University; Investigador Asociado, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: pcontreras@nlaw.northwestern.edu

Sitio web: www.pcontreras.net Quisiera agradecer la asistencia bibliográfica de Victoria Martínez en la elaboración de este documento. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué queda del derecho de acceso a información pública en nuestro sistema constitucional? La pregunta es inevitable: tras las últimas decisiones del Tribunal Constitucional (TC), lo que antes se entendía como un derecho constitucional “implícito”, ahora pasa a convertirse en una interrogante constitucional. En efecto, en las sentencias del TC (STC), Roles 1990 y 2153, el derecho parece no jugar ningún rol en su argumentación sobre los cuestionamientos a la constitucionalidad de la ley 20.285.

Para este *V Encuentro Nacional de Profesores Jóvenes de Derecho Constitucional* pretendemos analizar la jurisprudencia constitucional en torno al derecho de acceso a información pública (DAIP) hasta el año 2012, atendiendo a los cambios que ha tenido en torno a su estatus y protección constitucional¹. En particular, nos abocaremos al debilitamiento de la protección iusfundamental del derecho en comentario. El TC ha asentado la desconexión conceptual-normativa entre el artículo 8 —que establece el principio constitucional de publicidad— y el artículo 19 N° 12 —que consagra la libertad de información—. Se trata de un giro jurisprudencial muy reciente. Hasta el año 2012, el TC había leído ambas disposiciones —junto a la cláusula democrática del artículo 4º— como la fuente constitucional que protegía el derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, con la STC Rol 1990, se suprime toda relevancia interpretativa-constitucional del derecho fundamental de acceso a información pública. Este derecho, no tiene ningún rol operativo en la decisión. Igual consideración se reproduce en la STC Rol 2153. En dicha causa, la mayoría del TC no justifica de qué manera el declarar el secreto de los correos electrónicos es una limitación constitucionalmente compatible con el derecho fundamental de acceso a la información pública (a diferencia del riguroso análisis del voto de minoría, que pondera ambos derechos en colisión).

Estos giros jurisprudenciales —se argumentará— no son adecuadamente justificados e, incluso, son innecesarios para la decisión

1. Después de la realización del *Encuentro*, el TC dictó la Sentencia Rol 2246-12, 31 de enero de 2013, la más reciente decisión que trata el problema del acceso a los correos electrónicos de autoridades públicas. Esta sentencia fue dictada con posterioridad a la ponencia y no es analizada en este artículo.

final. El resultado del cambio de criterio del TC socava el reconocimiento del derecho, cuestión que podría haber sido evitada sin desproteger, necesariamente, otros intereses de relevancia constitucional (como lo es el derecho a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas).

Para ello, el texto sigue el siguiente orden. Primero, se describen los principios de interpretación que son aplicables al análisis que se efectúa, destacando el estándar de interpretación sistemática, teleológica y de respeto al precedente. Segundo, se analiza la jurisprudencia del TC sobre el DAIP, explicando primero su reconocimiento constitucional y cómo las decisiones del TC alteran los fundamentos normativos del derecho para efectos de resolver casos difíciles sobre respeto a la vida privada e inviolabilidad de comunicaciones privadas. Tercero, se critica la falta de coherencia jurisprudencial del TC en tres ámbitos: la falta de respeto del precedente —o, al menos, una desviación del mismo sin una fundamentación expresa sobre el punto—, la privación de los fundamentos institucionales del DAIP en la Constitución y, finalmente, la marginación argumentativa del derecho en los argumentos que resuelven los casos de respeto a la vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

II. PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL APLICABLES AL ANÁLISIS

1. Interpretación sistemática

Se entiende como interpretación sistemática el proceso argumentativo a través del cual se determina el sentido y alcance de una norma jurídica mediante la búsqueda de un enunciado acorde y armónico con el contenido de un cuerpo jurídico determinado —por ejemplo, de un precepto en relación a la Constitución en su conjunto— o, en general, con el ordenamiento jurídico al que pertenece. Guastini entiende por interpretación sistemática aquella “que pretenda obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el sistema del derecho”². Esta actividad hermenéutica parte desde el supuesto de que “la norma no

2. Guastini (1990): pp. 227-228.

está nunca sola [...] existe y practica su función dentro de un ordenamiento, y su sentido cambia con el dinamismo y la complejidad del mismo ordenamiento”³.

En el Derecho Privado chileno, el inc. 2º del art. 22 del Código Civil establece lo que en doctrina se conoce como elemento sistemático de interpretación, al prescribir que “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

Desde el punto de vista constitucional, la interpretación sistemática permite contextualizar el sentido de una norma más allá de su tenor literal, vinculándola con la Constitución como un conjunto armónico. “El resultado preliminar al que se ha llegado luego del examen lingüístico gramatical es después *contextualizado*, es decir, relacionado con el resto del ordenamiento constitucional”⁴. El elemento sistemático es uno de los más utilizados por el TC, y se alude en repetidos fallos a “la armonía contextual” y la “eficacia de las normas”⁵.

Así, se ha sostenido que “[l]a Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquier interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”⁶. La misma idea se repite explícitamente en torno al elemento sistemático: “[l]a Constitución no es la sumatoria de un conjunto aislado de preceptos, sino que un todo armónico y sistemático. Por lo mismo, no puede privilegiarse una interpretación que imponga una norma en desmedro de otra”⁷.

3. Perlingieri (2008): pp. 103-104.

4. Zapata (1990): p. 167.

5. Zapata (2008): p. 179.

6. Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante “STC”) R. 33-1985, 24 de septiembre de 1985, c. 17°.

7. STC R. 2358-2012, 9 de enero de 2013.

2. Interpretación teleológica o finalista

Se entiende que es aquel proceso argumentativo a través del cual se determina el sentido y alcance de una norma apelando a la intención, fines u objetivos del constituyente. Se afirma que este método presenta dos variantes: en primer lugar “la intención del legislador [o constituyente] se identifica con la voluntad del legislador histórico [...] con la voluntad de los hombres que históricamente han participado activamente en la redacción y aprobación del documento normativo”⁸. En este sentido, los fines de la norma se determinan por la vía de una interpretación originalista⁹. Tal posición, en la actualidad, es altamente controvertida¹⁰. En segundo lugar, “la intención del legislador [o constituyente] se identifica no ya con la voluntad del legislador histórico [...] sino con una más impalpable voluntad de la ley, la ratio legis, considerada en forma abstracta”¹¹. Al igual que la interpretación sistemática, la interpretación teleológica es una clase de interpretación correctora que “no atribuye a un texto normativo el significado literal más inmediato sino un significado distinto”¹².

En nuestro contexto constitucional, se afirma que “el Capítulo I, sobre Bases Fundamentales, constituye el principal criterio orientador para fijar la finalidad de los distintos preceptos constitucionales. En alguna medida, los valores y principios allí recogidos constituyen el alma o espíritu de la Constitución”¹³. Esta posición es compartida por la jurisprudencia. Como lo ha establecido el TC, “el [elemento] finalista o teleológico postula

8. Guastini (1999): pp. 218-219.

9. Hay diversas escuelas o tipos de originalismo, desde aquel que busca el significado de las palabras en su contexto histórico, pregonado por el juez de la Corte Suprema federal estadounidense, Antonin Scalia (Scalia, 1988), hasta el denominado “originalismo viviente” (*living originalism*) de Jack Balkin (Balkin, 2011).

10. Sobre las aristas contemporáneas del debate, véase Scalia (1997) y Calabresi (2007).

11. Guastini (1999): p. 219.

12. Guastini (1999): p. 217.

13. Zapata (2008): p. 201.

que sobre el tenor literal de una disposición debe predominar la finalidad del precepto que la contiene, ya que este elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance, puesto que las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de las normas tiene su 'ratio legis' y su propia finalidad"¹⁴.

En una aplicación práctica de este criterio de interpretación, el TC establece que "[l]a exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, no debe, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Esta conclusión resulta plenamente consecuenta con el criterio de interpretación finalista o teleológico, que ha orientado la jurisprudencia de este Tribunal"¹⁵.

3. Respeto del precedente

Desde la perspectiva constitucional "todo intento por teorizar sobre la justicia constitucional supone adoptar alguna posición sobre el valor jurídico del precedente jurisprudencial"¹⁶. Quienes se manifiestan en contra de adoptar el *stare decisis* plantean como argumentos la imposibilidad para determinar cuál precedente debe aplicarse en un caso concreto, la *fosilización* del Derecho como consecuencia del apego al precedente y en desmedro de la adecuación de las normas jurídicas a las realidades sociales y culturales, y por último, "que la regla del *stare decisis* contradice el deber fundamental del juez, y del intérprete en general, cual es discernir para cada caso concreto el sentido jurídico genuino de las normas constitucionales"¹⁷. En contrario, quienes se manifiestan a favor de la doctrina del precedente esgrimen que ésta permite dar coherencia a las decisiones judiciales evitando los efectos inequitativos de una

14. STC R. 464-2006.

15. STC R. 946-2007.

16. Zapata (2008): p. 368.

17. Ídem.

jurisprudencia en permanente estado de cambio. En segundo lugar, se sostiene que la aplicación del precedente permite que las decisiones judiciales sean presentadas como el resultado de una aplicación de principios previos, y no producto de influencias políticas, otorgando mayor prestigio y legitimidad social al tribunal. En tercer lugar, se argumenta que la obligación de considerar los propios precedentes "constituye un límite, aunque fuere autoimpuesto, a la posibilidad que los jueces resuelvan caprichosamente o arbitrariamente"¹⁸. Finalmente, "existen quienes plantean que el precedente jurisprudencial, por el solo hecho de recoger las tradiciones jurídicas, tiene un valor intrínseco que va más allá de las consideraciones utilitarias o igualitarias que se esgrimen habitualmente para justificar el *stare decisis*"¹⁹.

El precedente, entendido como la regla de *stare decisis*, conlleva una concreción del mandato de igualdad y tiene por objeto brindar mayores cotas de certeza jurídica²⁰. Si bien las normas admiten diversas interpretaciones y cada órgano aplicador del derecho tendría cierto margen de discreción en la aplicación de las mismas, se estima que, una vez fijado el sentido y alcance de una norma, lo que el adjudicador no puede hacer —para un caso sustancialmente igual— es cambiar de criterio de forma arbitraria. Ello conllevaría una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Ese es el fundamento normativo para la obligatoriedad del precedente. Sin perjuicio de ello, la regla del *stare decisis* también tendría límites: "lo es sólo para el mismo órgano jurisdiccional que lo ha establecido; siempre que exista una igualdad sustancial en los supuestos de hecho enjuiciados y en la normativa aplicable; y siempre que se razone adecuadamente el eventual cambio de opinión"²¹. Ahora bien, y dado el factor temporal de las normas, toda "nueva interpretación, si quiere seguir siendo interpretación, tiene que radicar todavía en el marco del sentido literal (de entonces o de ahora) y también del contexto de la ley"²².

18. Zapata (2008): p. 369.

19. Ídem.

20. En general, véase Wittaker (2008).

21. Prieto Sanchis (2005): p. 221.

22. Larenz (2001): p. 347.

El fundamento del principio de igualdad²³, en la misma línea, exige que en la adjudicación, los cambios en la interpretación y aplicación de la ley no sean arbitrarios o irracionales. En consecuencia, lo que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige, "no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se apliquen resulten idénticamente afectados, sino que *no se ermitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal*, es decir, como solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo, y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado"²⁴.

De lo anterior se sigue que la regla del *stare decisis* no importa una fosilización de las decisiones jurisprudenciales. El cambio de criterio interpretativo es admitido, pero se sujeta a límites. La exigencia de razonabilidad, propia del respeto al principio de igualdad, se delimita en la técnica del precedente de la siguiente manera: el órgano encargado de aplicar el derecho no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, "a no ser que se *aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial*, o por existir otros elementos de juicio externos que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la sentencia impugnada"²⁵. La carga de la argumentación o de la fundamentación del cambio de precedente radica en quien debe demostrar que la interpretación y la argumentación que permitió fijar la regla jurisprudencial ya no es conveniente o no se estima correcta. Esto se debe hacer, para efectos de seguridad jurídica, en términos explícitos, de manera de preservar una coherencia interpretativa en la que se desechan y marginan reglas jurisprudenciales que mediante la nueva interpretación se estiman erróneas²⁶. Dicha actividad es distinta a la delimitación del precedente, en

23. Balaguer Callejón (1997): pp. 66-71.

24. Rubio (1995): p. 424, énfasis agregado.

25. Ídem.

26. Véase Prieto (2005): p. 348.

virtud de la cual, lo que se busca es precisar los hechos operativos que permiten la subsunción de la regla jurisprudencial y cómo una hipótesis que *prima facie* está cubierta por dicha regla, constituye un supuesto distinto al original. En cualquiera de los casos, quien invoque la situación contraria al status quo que determina el precedente debe —de manera expresa— argumentar las bases para el cambio normativo.

Esta es la única forma en que la regla del precedente constituye un control de racionalidad de la función de juzgar, y versa, en consecuencia, sobre las resoluciones de un mismo órgano, mientras que el ideal de unidad en la interpretación y aplicación de la ley afectaría tanto a las resoluciones emanadas de un mismo órgano, como a las producidas por órganos distintos²⁷.

Ha sido el mismo TC el que ha reivindicado la importancia del precedente y de la conveniencia de seguir la *ratio decidendi* de decisiones anteriores. En un sentencia, el Tribunal expresó claramente que

"debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la *conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada*, que ella crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen"²⁸.

Si tiene algún valor esta auto-definición que hace el TC —y tal magistratura está dispuesta a vivir a la altura de lo que predica en sus decisiones— entonces debe entenderse que el precedente y los fines de seguridad y certeza jurídica son elementos relevantes a la hora de evaluar sus sentencias.

4. Balance

Esta sección desarrolla brevemente aspectos metodológicos de interpretación constitucional que deben ser considerados a la hora de

27. Gascón (1993): p. 54.

28. STC R. 171-1993, c. 15º, énfasis agregado.

evaluar la jurisprudencia constitucional en materia del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública. Los dos primeros elementos de interpretación —el sistemático y el teleológico— son frecuentemente utilizados por el TC y gozan de un profundo consenso doctrinal. El tercer elemento —el precedente—, si bien existe discusión respecto de sus alcances en el ámbito chileno, la doctrina se inclina favorablemente en su inclusión. En cualquier evento, debería considerarse como una buena práctica argumentativa que debe ser seguida para mantener la integridad de las decisiones judiciales en materia constitucional.

A continuación, el texto se aboca a la descripción y análisis de la jurisprudencia del TC en materia del derecho de acceso a la información pública. Para ello, se revisan las principales consideraciones que ha tenido a la vista el TC para dotar de reconocimiento constitucional a tal derecho. Sobre esta base, en la última parte del trabajo, se efectúa una apreciación crítica de los giros jurisprudenciales que carecen de fundamentación expresa y que podrían debilitar la protección constitucional del derecho en comento.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC reconoció, a partir del año 2006, el carácter constitucional del DAIP. Su jurisprudencia, sin embargo, ha variado en el último tiempo, modificando los criterios y los fundamentos en virtud de los cuales debe entenderse tal protección constitucional. En esta sección se analizan los fallos que se refieren al estatus constitucional del derecho en comento y cuáles han sido las principales modificaciones en torno a su fundamentación y protección. Se concluye que el reconocimiento original del derecho, si bien en términos “implícitos”, se radicaba en distintas cláusulas constitucionales cuyo fundamento teleológico se inscribe en las Bases de la Institucionalidad, mientras que las referencias posteriores al DAIP omiten estas consideraciones, sin una justificación explícita.

1. Reconocimiento del DAIP

Inicialmente, en sede de inaplicabilidad, el TC tuvo la oportunidad de resolver un caso al amparo de la legislación que existía previa entrada

en vigencia de la ley 20.285, sobre transparencia de la función pública y de acceso a la información del Estado. Con el objeto de fundar la constitucionalidad del DAIP, el TC optó por una pluralidad de argumentos que, a través de una interpretación sistemática de la Constitución, obligaba a reconocer el carácter “implícito” del derecho²⁹. Este fallo, como ha señalado un autor, reconocería “sin ambages” la recepción constitucional del DAIP³⁰.

En palabras del TC, “es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental —aunque no en forma explícita— como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático [...]”³¹. A continuación señala que “acorde a la naturaleza del derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley [...] el establecimiento de las causales de secreto o de reserva [...]”³².

En consecuencia, para el TC no existe una norma que expresamente fije un derecho de acceso a la información, pero ello no importa un desconocimiento del derecho o la exclusión de su protección constitucional. Al contrario, en base a las mismas normas de la Constitución, el TC entiende que un derecho como el DAIP se encuentra reconocido y tutelado y que proceden, respecto de éste, las garantías comunes que la Carta Fundamental reserva para los derechos fundamentales.

La decisión estimó que el derecho podía desprenderse al interpretar, de manera sistemática, la cláusula democrática de la Constitución (artículo 4º), el contenido normativo del derecho a la libertad de expresión (artículo

29. STC R. 634-2007, 9 de agosto de 2007. En torno al análisis de la doctrina de los derechos implícitos, véase Contreras (2011): pp. 149-183. Acerca del reconocimiento de derechos constitucionales no explícitos en la Carta Fundamental, existen otras sentencias constitucionales: véase STC R. 226-95, 30 de octubre de 1995, relativa al derecho a recibir informaciones (c. 19º) y la STC R. 1340-2009, 29 de septiembre de 2009, sobre el derecho a la identidad personal (c. 9º).

30. Díaz de Valdés (2009): p. 201.

31. STC R. 634-2007, *cit.*, c. 9º (énfasis agregado).

32. STC R. 634-2007, *cit.*, c. 10º (énfasis agregado).

19 Nº 12), la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión³³ —de la Organización de Estados Americanos— y, finalmente, el principio general de publicidad establecido en la Constitución (artículo 89).

Esta línea jurisprudencial se vio consolidada en los fallos Roles 1732 y 1800. En ambas decisiones, los considerandos rescatan la interpretación sistemática desarrollada por el TC sobre el DAIP en la STC Rol 634 y se remiten a ésta bajo la técnica del precedente³⁴. Sin embargo, el Ministro Carmona disiente y comienza a adelantar la tesis que luego desarrollará durante el año 2012³⁵.

2. Evolución de la jurisprudencia

La jurisprudencia del TC varió significativamente en el año 2012. El punto de quiebre se encuentra en la STC Rol 1990. La sentencia dictamina que los artículos 5, inciso 2º y 21, Nº 1, letra b) de la Ley 20.285, son inaplicables por afectar el derecho al respeto de la vida privada, establecido en el artículo 19 Nº 4 de la Constitución. En el caso concreto, el Consejo para la Transparencia había ordenado entregar la información relacionada

33. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptados en la sesión regular Nº 108 de 19 de octubre de 2000. El principio Nº 4 establece: "El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas". El TC citó el párrafo 19 del documento "Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios", que establece: "Sin esta información, no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental. Este control se hace aún más necesario por cuanto uno de los graves obstáculos para el fortalecimiento de las democracias son los hechos de corrupción que involucran a funcionarios públicos". STC R. 634-2007, *cit.*, c. 9. El documento "Antecedentes e Interpretación", se puede encontrar en el sitio web de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artiID=132&IID=2> (última visita efectuada, 08.11.2012).

34. STC R. 1732-10-INA y R. 1800-10-INA (acumulados), 21 de junio de 2011, cc. 12º, 13º y 29º.

35. STC R. 1732-10-INA y R. 1800-10-INA (acumulados), *cit.*, voto disidente del Ministro Carmona, c. 13.

a un proceso de selección para el cargo de Director Nacional del FOSIS. Entre la información solicitada se encontraba la evaluación psico-laboral del requirente, atributos directivos, referencias laborales, fundamentos y puntajes asignados durante el proceso y copia del acta en que el Consejo de Alta Dirección Pública define y fundamenta la nómina de candidatos. El TC estimó que la aplicación de los preceptos de ley 20.285 producirían un efecto contrario a la Constitución y que la divulgación de la información solicitada contravendría el derecho establecido en el artículo 19 Nº 4. Más allá del resultado final de la sentencia, es relevante analizar el razonamiento tras ella y, en particular, si el TC ha cambiado su línea jurisprudencial en relación con el derecho de acceso a la información pública.

La STC Rol 1990 analiza el artículo 8º de la Constitución de manera aislada. Este es el primer quiebre jurisprudencial con el precedente establecido en la STC Rol Nº 634, antes revisado. El Tribunal expresa que el artículo 8º sólo establece "una declaración genérica de publicidad" y que "[n]o habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia"³⁶. A su vez, rechaza que dicho artículo establezca un "principio de publicidad"³⁷, contraviniendo a la doctrina dominante en este punto y sin dar mayores antecedentes. El TC a continuación analiza el contenido del artículo 8º para determinar si la divulgación de la información solicitada podría afectar el derecho de respeto a la vida privada. En este análisis, el derecho de acceso a la información pública —tal como fue reconocido por el Tribunal— se encuentra ausente en el razonamiento de la decisión. En un considerando casi desvinculado de la argumentación, el TC señala que el derecho se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 19 Nº 12, pero previene expresamente que el artículo 8º "no consagra" un derecho de acceso a la información³⁸. Sin embargo, el enunciar este derecho no significa que se efectúe una argumentación que permita entender, por un lado, los límites del DAIP y, por el otro, el contenido constitucionalmente protegido del derecho de respeto a la vida privada. En consecuencia, el

36. STC R. 1990, 5 de agosto de 2012, c. 18º.

37. STC R. 1990, *cit.*, c. 19º.

38. STC R. 1990, *cit.*, c. 25º.

DAIP como derecho constitucional, no cumple rol operativo alguno en el marco de la sentencia³⁹.

El razonamiento del Tribunal rompe la conexión conceptual y normativa entre ambos artículos que dota de vigencia constitucional al DAIP. Así, luego de separar ambos preceptos, el Tribunal razona sólo sobre la base de los límites a los deberes de publicidad del artículo 8º y no sobre la potencial restricción de un derecho fundamental —el de acceso a la información— tal cual ha sido reconocido por la propia magistratura. Esta forma de diseñar la argumentación simplifica la tarea para apoyar la prevalencia condicionada de la vida privada frente a la publicidad o el DAIP. La sentencia concluye que el derecho de respeto a la vida privada (artículo 19 Nº 4) constituye un límite constitucional a las obligaciones de publicidad establecidas en las Bases de la Institucionalidad (artículo 8º). Sin embargo, tal conclusión no se plantea en ningún caso si tal resultado tiene efectos constitucionales respecto del DAIP (que ahora se encuentra reconocido exclusivamente en el artículo 19 Nº 12). El derecho fue deliberadamente marginado del análisis para encontrar una solución que protegiese la vida privada del requirente. Nuevamente, y sin entrar al mérito del fondo del asunto, el problema de la sentencia es que no aborda las cuestiones constitucionales que plantea la inaplicabilidad para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, por un lado, y desacopla estratégicamente la conexión conceptual y normativa entre el artículo 8º y 19 Nº 12 para mermar su fuerza normativa en causas iniciadas en el marco de la ley 20.285.

El giro jurisprudencial que debilita el reconocimiento constitucional del DAIP se ratifica en la STC Rol 2153-12, conocida como “Correos Electrónicos”. El TC debía resolver si la publicidad de los correos electrónicos de funcionarios de la Administración del Estado era compatible con la

39. El Ministro Viera-Gallo previene expresamente sobre este punto, reivindicando la línea tradicional del TC en relación al DAIP. Puntualmente, el Ministro afirmó que “la Constitución asegura el derecho de acceso a la información pública, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 19, Nº 12º, y 8º. En efecto, el artículo 19, Nº 12º, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública. Lo mismo se desprende del deber de publicidad que establece el artículo 8º, directamente en lo relativo a la transparencia activa e indirectamente a la pasiva. Ello ha sido reconocido por esta Magistratura en los precedentes sobre la materia (STC 654, 1732 y 1800)” (STC R. 1990, *cit.*, prevención del Ministro Viera-Gallo, c. 1).

Constitución⁴⁰. En particular, se trataba de aquella correspondencia mantenida entre el Subsecretario del Interior y el Gobierno Regional de Melipilla, sobre una serie de antecedentes de ejecución del gasto público, con ocasión del terremoto de 27 de febrero de 2010. Para la mayoría del Tribunal, los correos electrónicos están protegidos por la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, establecida en el artículo 19 Nº 5 de la Constitución. Los funcionarios públicos no se encontrarían marginados de tal derecho⁴¹ y el mandato de publicidad del artículo 8º no supone una limitación a la protección de dichas comunicaciones⁴². Además, el TC estima que la publicidad ordenada por la Constitución se limita taxativamente a los actos o resoluciones administrativas, sus fundamentos y procedimientos⁴³. En consecuencia, la ley 20.285 violaría la Constitución al referirse genéricamente a “información” y no circunscribirse exclusivamente a tal enumeración taxativa.

El voto de minoría, por otro lado, reivindica la antigua línea jurisprudencial del TC, que protegía el derecho de acceso a la información pública en razón de sus fundamentos constitucionales en la libertad de información, la cláusula democrática de la Constitución y el principio de publicidad⁴⁴. Adicionalmente, efectúa un cuidadoso análisis mediante el cual pondera la validez de la restricción a la privacidad de los funcionarios públicos. En un razonamiento prolijo —y siguiendo al Derecho y la jurisprudencia comparada en la materia— el voto desarrolla los test de razonabilidad, proporcionalidad y de contenido esencial del derecho en cuestión, concluyendo que la publicidad de los correos no vulnera la Constitución.

Esta decisión confirma el giro jurisprudencial iniciado con la STC Rol 1990. Si bien esta decisión contiene unos matices —por ejemplo, evita

40. STC R. 2153-12, 11 de septiembre de 2012. Un comentario a esta decisión se encuentra en Muñoz, 2012.

41. STC R. 2153-12, *cit.*, c. 43º.

42. STC R. 2153-12, *cit.*, c. 46º.

43. STC R. 2153-12, *cit.*, cc. 58º, 60º y 63º.

44. STC R. 2153-12, *cit.*, voto disidente de los Ministros Fernández Fredes, Viera-Gallo y García, c. 15º.

las expresiones respecto del artículo 8º como “una declaración genérica de publicidad” y que “[n]o habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia”, contemplados en la STC R. 1990⁴⁵—, igualmente se asienta la desconexión conceptual-normativa entre el artículo 8º —que establece el principio constitucional de publicidad— y el artículo 19 Nº 12 —que consagra la libertad de información—. El principal problema de esta tesis es que, dentro de su análisis, margina toda relevancia interpretativo-constitucional del derecho fundamental de acceso a información pública. Si bien el TC reitera que el DAIP es un derecho implícito⁴⁶, este derecho, para el voto de mayoría, no tiene ningún rol operativo en la decisión. La mayoría del TC no justifica de qué manera el declarar el secreto de los correos electrónicos es una limitación constitucionalmente compatible con el derecho fundamental de acceso a la información pública (a diferencia del riguroso análisis del voto de minoría, que pondera ambos derechos en colisión). Su análisis se centra en la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En vista de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, se puede concluir que el DAIP mantiene su carácter de derecho implícito pero sólo vinculado a la libertad de información, establecida en el artículo 19 Nº 12 de la Constitución. Adicionalmente, el TC razona en estos casos sobre la delimitación constitucional y la protección del derecho de respeto a la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones. No hay un ejercicio de ponderación o de aplicación de los test de proporcionalidad y contenido esencial, en el evento de restringir el DAIP.

IV. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y COHERENCIA

En esta sección se explican los problemas de coherencia jurisprudencial en relación con las decisiones sobre el DAIP. Específicamente, se critica la desviación del TC de sus decisiones anteriores que establecieron el estatus constitucional del derecho, sin fundamentación al respecto. En segundo lugar, la reciente interpretación

45. STC R. 1990, *cit.*, c. 15º.

46. STC R. 2153-12, *cit.*, c. 15º.

del TC priva de los fundamentos institucionales del DAIP, cuyos preceptos se ubican, precisamente, en las Bases de la Institucionalidad. Finalmente, se sostiene que los recientes fallos relevan la importancia constitucional del DAIP y que se margina a éste dentro de la argumentación de la decisión.

1. Precedentes constitucionales son obviados sin fundamentación

El primer elemento a considerar, desde el punto de vista de los problemas de interpretación y coherencia, es el respeto al precedente constitucional. Como el DAIP es un derecho cuya construcción ha sido eminentemente jurisprudencial, la línea de respeto al precedente es determinante en la configuración del contenido constitucionalmente protegido del mismo.

En este aspecto, la examinación deberá considerar no sólo la mera cita o referencia a las decisiones previas del TC. Al contrario, de lo que se trata es determinar si el TC ha preservado el fundamento a partir del cual se establece la *ratio decidendi* de cada fallo. La estrategia del TC —liderada por el Ministro Carmona— ha sido preservar el DAIP como un derecho “implícito” pero desvincularlo de sus fundamentos institucionales. En relación al precedente, el TC ha citado sus decisiones anteriores, mas ha obviado la argumentación iusfundamental que daba soporte al reconocimiento del derecho. Lo detallaremos a continuación.

Esto se nota claramente en la evolución que tiene el tratamiento del DAIP a través de los fallos del TC. Como ya vimos, en el primer fallo (STC R. 634), la construcción jurisprudencial del derecho se remite a fuentes nacionales e internacionales y realiza una interpretación sistemática —esto es, tomando en consideración diversos preceptos constitucionales y coordinándolos armónicamente— al igual que teleológica —esto es; en relación con preceptos fundamentales que forman parte de las bases de la institucionalidad: la cláusula democrática (artículo 4º) y el principio de publicidad (artículo 8º)—. Los fallos subsiguientes en la materia (STC R. 1732 y 1800) confirman esta lectura conforme a los principios de interpretación.

El giro jurisprudencial del 2012 viene dado por una interpretación que, si bien no suprime el reconocimiento constitucional del DAIP, sí obvió los fundamentos de tal reconocimiento. La estrategia se esbozó en el voto

disidente del Ministro Carmona en las STC R. 1732 y 1800 donde señaló que

Que lo anterior es relevante, primeramente, porque la ley se encarga de establecer que ahí, en el artículo 8°, hay un principio, no un derecho. Cuando se busca un derecho (el derecho de acceso a la información pública), tal como lo ha hecho la jurisprudencia de este Tribunal (STC roles N°s 226/1995 y 634/2007), hay que recurrir a un derecho implícito consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Ello es reconocido por la Ley N° 20.285, que consagra, en el artículo 10 de su artículo primero, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración. *Aquí no hay referencia a la Constitución*, como en sus artículos quinto a décimo. *Es un derecho de configuración legal*. Lo que no puede ser es que dicho derecho esté simultáneamente en el artículo 8° y en el artículo 19 N° 12 de la Constitución⁴⁷.

Esta consideración la afirmará, por primera vez como mayoría, en la STC R. 1990. El fallo, como revisamos, sostuvo que el artículo 8° establece una “declaración genérica de publicidad” y no un “principio”. Específicamente, sostiene que dicho precepto no establece “no consagra [...] un derecho de acceso a la información”⁴⁸. Tales consideraciones fueron levemente matizadas en la primera sentencia sobre publicidad de correos electrónicos (STC R. 2153). Ubicar el DAIP sólo respecto del artículo 19 N° 12 puede ser correcto pero no ha sido argumentado el cambio de criterio que se hizo respecto de las decisiones STC R. 634, 1732 y 1800. La mera referencia a la primera de estas sentencias no es suficiente para respetar el precedente. El cambio de la argumentación ha debilitado la construcción del derecho y sus consecuencias ya se desplegaron. El precedente original fue respetado únicamente en su núcleo pero toda la fundamentación constitucional que permitió la construcción “implícita” del DAIP ya habría sido marginada en las nuevas decisiones del TC. Este desvío del precedente tiene dos consecuencias de relevancia: la pérdida de los fundamentos institucionales del derecho y la escasa relevancia normativa-operativa en las STC R. 1990 y 2153.

47. STC R. 1732-10-INA y R. 1800-10-INA (acumulados), *cit.*, voto disidente del Ministro Carmona, c. 13, énfasis agregado.

48. STC R. 1990, c. 25º.

2. DAIP pierde sus fundamentos institucionales

Una de las consecuencias principales de desvincular los fundamentos de los artículos 4º y 8º respecto del DAIP, radica en la pérdida de sus bases institucionales. La argumentación reciente del TC evita las referencias sistemáticas y teleológicas a estas bases de la institucionalidad. Al contrario, busca encapsular constitucionalmente al DAIP como derecho “implícito” en el artículo 19 N° 12, que establece la libertad de información y opinión.

Las bases de la institucionalidad tienen un rol fundamental en materia interpretativa. El propio TC ha definido este capítulo de la Constitución como un “marco de carácter valórico y conceptual” en donde se establecen los principios y valores básicos del ordenamiento jurídico chileno⁴⁹. La jurisprudencia constitucional estima que las “Bases” tienen un carácter normativo y no constituyen normas programáticas⁵⁰. Asimismo, el TC ha señalado que la Constitución debe ser interpretada en conformidad con lo que establecen las Bases de la Institucionalidad, especialmente cuando se aplican técnicas de interpretación sistemática y teleológica⁵¹. Así, por ejemplo, en relación a la interpretación de los derechos fundamentales, el TC ha sostenido que deben “desecharse las interpretaciones constitucionales que resulten contradictorias con los principios y valores rectores. Así frente a diversas interpretaciones posibles del alcance de la protección constitucional de un derecho fundamental, debe excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que en la práctica imposibiliten la plenitud de su vigencia efectiva o compriman su contenido a términos inconciliables con su fisonomía”⁵².

Todas estas consideraciones de interpretación constitucional han sido omitidas respecto del fundamento del DAIP en la jurisprudencia reciente del TC. Al obviar la interpretación sistemática y teleológica de las

49. STC R. 167, 6 de abril de 1993, c. 10 y STC R. 280, 20 octubre de 1998, c. 12.

50. STC R. 46, 21 de diciembre de 1987 c. 21.

51. STC R. 19, 29 de octubre de 1983, c. 9 y STC R. 53, 5 de abril de 1988, c. 12.

52. STC R. 1185, 16 de abril de 2009, c. 13.

decisiones STC R. 634, 1732 y 1800, el DAIP queda desvinculado de sus fundamentos radicados en las Bases de la Institucionalidad. Esto tiene particular relevancia desde el punto de vista de la dimensión objetiva de la libertad de información y el DAIP. Además, el TC no explica cómo la interpretación que ahora realiza sobre el DAIP se conforma con su propia doctrina de coherencia constitucional sistémica a la hora de describir las Bases de la Institucionalidad. En conclusión, la nueva interpretación merma fuerza normativa al derecho en comento, como se explica en seguida.

3. *DAIP no tiene operatividad normativa*

El corolario de todo el análisis previo radica en que el DAIP pierde operatividad normativa en la resolución de casos difíciles de privacidad. En efecto, al decidir las materias de vida privada o inviolabilidad de las comunicaciones, el TC no se plantea los posibles costes que importarían para la libertad de información y el DAIP. Si bien el TC no suprime el reconocimiento constitucional del derecho —ahora debilitado, eso sí, de sus fundamentos institucionales—, su razonamiento lo excluye en la práctica.

Esto no significa que el DAIP tenga que prevalecer abstractamente en todos los casos. De lo que se trata es tomar en cuenta el factor normativo que juega en la publicidad de las informaciones solicitadas en los casos STC R. 1990 y 2153. Por ello, una mera referencia a la jurisprudencia previa no es suficiente. Uno puede concordar en que ciertas informaciones relativas a concursos del sistema de Alta Dirección Pública puedan constituir “datos sensibles” o que los funcionarios públicos también gozan de “inviolabilidad de las comunicaciones privadas”. Pero ese no es el debate de fondo. Como bien lo ha planteado un autor, la discusión “es cómo conjugar dichos derechos fundamentales con el interés público por acceder a la información solicitada” en ambos procesos⁵³. Si bien existe una delimitación del contenido normativo de los derechos establecidos en los artículos 19 N^{os} 4 y 5, se omite su consideración sistémica en relación al DAIP y la libertad de información (artículo 19 N^o 12) y su interpretación teleológica en función de las Bases constitucionales de Democracia (artículo

53. Muñoz (2012): p. 285.

4^o) y publicidad (artículo 8^o). Por ello, es dable concluir, el DAIP ha perdido relevancia en la argumentación constitucional de estos casos y es plausible hablar, siguiendo a Muñoz, “de una predilección del tribunal constitucional por la privacidad sobre la publicidad, con todo el simbolismo que ello representa”⁵⁴.

V. CONCLUSIÓN

La publicidad y el acceso a la información pública constituyen factores fundamentales para el escrutinio público del ejercicio del poder estatal. Para ello, las democracias modernas aseguran un conjunto de resguardos jurídicos que permiten a la ciudadanía fiscalizar y exigir rendición de cuentas por parte de las autoridades públicas. En particular, el DAIP se ha erigido como uno de los mecanismos centrales para lograr tal objetivo.

En nuestro país, el reconocimiento constitucional del DAIP responde a una construcción jurisprudencial por parte del TC. Tal camino fue iniciado el año 2006 y respondió a una interpretación sistemática y teleológica de la Constitución que integraba, debidamente, la libertad de información (artículo 19 N^o 12), la cláusula democrática (artículo 4^o) y el principio de publicidad (artículo 8^o). Ello conectaba al derecho con sólidos fundamentos institucionales, reforzando su dimensión objetiva o colectiva.

Sin embargo, la reciente jurisprudencia ha ido variando y termina socavando el derecho en cuestión. Esta estrategia avanzó desentendiéndose de los precedentes del mismo Tribunal, en lo que dice relación con el DAIP mismo y sus fundamentos. Como consecuencia, el derecho no cumple un rol operativo en la decisión de los casos difíciles de privacidad. Tal efecto, a su vez, podría, en el futuro, replicarse en otros casos de compleja resolución, como aquellos que importan la reserva o secreto de la información en base a la seguridad de la Nación o el interés nacional. La consecuencia institucional, en definitiva, es privilegiar los intereses privados de las autoridades públicas sobre el escrutinio ciudadano. Y en tal balance, la democracia es la que pierde.

54. Muñoz (2012): p. 285.

BIBLIOGRAFÍA

- BALAGUER, María Luisa (1997): *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico* (Madrid, Tecnos).
- BALKIN, Jack (2011): *Living Originalism* (Cambridge, Mass., Belknap Press, Harvard University Press).
- CALABRESI, Steven G. (2007): *Originalism: A Quarter-Century of Debate* (Washington, DC, Regnery Publishing).
- CONTRERAS, Pablo (2011): "¿Derechos Implícitos? Notas sobre la Identificación de Normas de Derecho Fundamental", en Núñez, José Ignacio (coord.), *Nuevas Perspectivas en Derecho Público* (Editorial Librotecnia, Santiago).
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2009): "Una Visión del Combate a la Corrupción centrada en los Derechos Fundamentales: El Derecho de Acceso a la Información Pública y su nueva Regulación Legal", en Romero, Juan José; Rodríguez, Nicolás y Olivares, José Miguel (eds.), *Buen Gobierno y Corrupción* (Santiago, Pontificia Universidad Católica).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1993): *La Técnica del Precedente y la Argumentación* (Madrid, Tecnos).
- GUASTINI, Riccardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría de derecho* (Barcelona, Gedisa).
- KENNEDY, Duncan (1986): "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology". En *Journal of Legal Education* (Vol. 36). Hay traducción en español (1999): *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial* (Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores).
- LARENZ, Karl (2001): *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Traducc. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2a. ed. Española (traducción de la 4a. ed. alemana, 1980).
- MUÑOZ, Fernando (2012): "Correos Electrónicos de Autoridades Públicas: En Torno a una Mala Caracterización Jurídica (Tribunal Constitucional)", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral, Vol. XXV, Nº 2).
- PERLINGIERI, Pietro (2008): *El Derecho Civil en la Legalidad Constitucional según el Sistema Italo-Comunitario de las Fuentes* (Madrid, Dykinson).

- PRIETO SANCHÍS, Luis (2005): *Apuntes de Teoría del Derecho* (Madrid, Trotta).
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1995): *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales* (Barcelona, Ariel).
- SCALIA, Antonin (1988): "Originalism: The Lesser Evil", en *University of Cincinnati Law Review* (Vol. 57).
- ____ (1997): *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law: An Essay* (Princeton, Princeton University Press).
- WITTKER, Simon (2008): "El precedente en el Derecho inglés: Una visión desde la ciudadela", en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35, Nº 1).
- ZAPATA, Patricio (1990): "La Interpretación de la Constitución", en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 17).
- ____ (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).