



En lo principal : **Requerimiento de inaplicabilidad**
Primer otrosí : **Suspensión del procedimiento.**
Segundo otrosí : **Acompaña certificado.**
Tercer otrosí : **Personería.**
Cuarto otrosí : **Patrocinio y poder.**

Excmo. Tribunal Constitucional

CAROLINA VASQUEZ ROJAS, cédula de identidad N° 13.439.600-8, Abogada Procurador Fiscal de Santiago (S), del Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile-Ministerio de Educación, ambos domiciliados para estos efectos en Agustinas N°1225, 4 piso, Santiago, a SS Excma. con respeto digo:

Que en conformidad con lo establecido en los artículos 93, N°6 de la Constitución y 79 y siguientes de la ley N°17.997, LOC del Tribunal Constitucional, deduzco requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad solicitando se declare inaplicable el precepto legal contemplado en el artículo 28, inciso segundo, de la ley N°20.285, sobre acceso a la información pública, en adelante también “Ley de Transparencia” en el recurso de queja Rol 243.934-2023 de la Excma. Corte Suprema y en la causa Ingreso Corte N°587-2023 de la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago. Ello, por cuanto la subsunción de la base fáctica del caso *sub-lite* a dicha normativa acarreará como efecto ineludible la infracción de lo dispuesto en las normas constitucionales que se detallarán más adelante.

I.) **GESTIÓN PENDIENTE.**

El día 13 de septiembre de 2023 el Fisco de Chile- Ministerio de Educación presentó ante la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago un reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia, asignándosele el N°587-2023 Contencioso Administrativo.

En dicho reclamo se impugna la Decisión Amparo Rol C2321-23, adoptada en sesión 1.380, de fecha 22 de agosto de 2023, que en lo medular, ordena a la Subsecretaria de Educación “...*Entregue al reclamante, copia de las preguntas cerradas de los instrumentos de evaluación de conocimientos específicos y pedagógicos (ECEP), de Educación física de enseñanza básica y media del año 2022, incluidas las pautas de corrección; y, las rúbricas utilizadas para la revisión de la evaluación docente de la asignatura de educación física y salud de los tres módulos que tiene dicho instrumentos, del año 2022, que incluya el satisfactorio, básico, competente y destacado*”.



En aquel reclamo se sostiene que la referida Decisión adolece de claros vicios de ilegalidad, en especial y en lo que aquí interesa, que la decisión reclamada afecta el debido cumplimiento de las funciones de la Subsecretaría de Educación, invocándose la causal de reserva del artículo 21 número 1 de la Ley de Transparencia.

Por resolución de fecha 20 de octubre de 2023 se declaró inadmisibile la reclamación, respecto de la causal invocada del artículo 21 N°1 de Ley de Transparencia y se le dio curso a la reclamación únicamente en relación a la causal del artículo 21 N°2 de la misma disposición.

En contra de la referida resolución, con fecha 24 de octubre de 2023, esta parte presentó recurso de reposición sosteniéndose, en síntesis, que la Corte de Apelaciones no puede declarar la inadmisibilidat en esta etapa del procedimiento y que ello contraviene la normativa constitucional.

El referido recurso de reposición fue rechazado mediante resolución de fecha 3 de noviembre de 2023, por lo que el día 9 de noviembre de 2023 se presentó recurso de queja ante la Excma. Corte Suprema, asignándose el Rol 243.934-2023 y que desde el 16 de noviembre de 2023 el recurso se encuentra en estado de Dar Cuenta en la Tercera Sala del máximo tribunal.

Así, se encuentra pendiente que el reclamo de ilegalidad sea incluido en tabla para su vista y fallo por parte de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago y que se resuelva el recurso de queja presentado ante la Excma. Corte Suprema.

II.) EL RECURSO CUMPLE LOS REQUISITOS PARA SER DECLARADO ADMISIBLE.

El artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional enumera las causales que justificarían una declaración de inadmisibilidat de los recursos de inaplicabilidad. Como argumentaremos a continuación, este recurso da cumplimiento a todos los requisitos de admisibilidat que establece la Constitución y la propia ley.

A) El requerimiento ha sido formulado por una persona legitimada.

El artículo 84 N°1 de la referida ley dispone que se debe declarar la inadmisibilidat si el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado.

Son personas legitimadas, como dispone el artículo 79, las partes en la gestión pendiente. En este caso quien recurre es el del Fisco-Ministerio de Educación que, como

consta en el certificado adjunto, es parte de la gestión pendiente ya que presentó el reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia ya individualizada.

B) El precepto que se impugna no ha sido objeto de examen de constitucionalidad en sede de control preventivo, por los mismos vicios que aquí se alegan.

El precepto legal impugnado no fue objeto de control preventivo de constitucionalidad por los mismos vicios que aquí se alegan. En efecto, de la STC Rol 1051-2008, en su considerando 22 y 30, se puede apreciar que el mencionado control solo tuvo por objeto examinar las normas que habían sido calificadas de rango orgánicas constitucionales y el control no profundizó en ninguno de los aspectos que en este requerimiento se alegan.

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido consistente en cuanto a considerar que el control preventivo obligatorio es un control abstracto que no inhibe más tarde el control concreto por la vía de la inaplicabilidad dado la diferente naturaleza de ambos controles. Así sentencias tales como el Rol 707-2007 y la Rol 1564-2009 han sostenido que lo relevante en el análisis de este requisito de admisibilidad es que el control preventivo, abstracto por definición, no haya versado sobre el mismo vicio, como es el caso.

C) Existe una gestión pendiente que está en pleno desarrollo.

El numeral 3 del artículo 84 dispone que debe declararse la inadmisibilidad *“cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada”*.

En este caso, como ya se expuso, la gestión pendiente, según consta en el certificado acompañado, se tramita ante la Excm. Corte Suprema un recurso de queja, asignándose el Rol 243.934-2023 y también ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, Ingreso Corte N°587-2023. Cabe señalar que se encuentran en pleno desarrollo, tanto el recurso de queja como el reclamo de ilegalidad.

D) La norma cuya inaplicabilidad se pide es un precepto legal.

Se impugna el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 20.285, Ley sobre Acceso a la Información Pública. El mencionado precepto dispone:

Art. 28, inciso segundo: *“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”.

E) El precepto legal que se pide inaplicar tendrá aplicación y resultará decisivo para la resolución del asunto.

Es tan decisivo para la resolución del asunto, que por resolución de fecha 20 de octubre de 2023, la ltma. Corte de Apelación de Santiago declaró inadmisibles la reclamación, respecto de la causal invocada del artículo 21 N°1 de Ley de Transparencia, fundada precisamente en la norma impugnada. La referida resolución señala:

“Vistos y teniendo presente:

*1.- Que, **el artículo 28 de la Ley N°20.285, en su inciso 2°, señala que: “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.”***

2.- Que, la reclamante Ministerio de Educación, en su oportunidad, denegó el acceso a la información que le solicitara el peticionario Rodolfo Meza Mesina, fundado en las causales del artículo 21 N° 1 y 21 N° 2, ambas de la norma en análisis, conforme se expresa en el texto de su reclamación.

*3.- Que, atendido lo señalado en el numeral primero, no resulta admisible la reclamación judicial realizada por la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N°20.285, por lo que no se le dará curso al reclamo en relación a la misma. Y visto además lo dispuesto en los artículos 24° y 28° de la Ley N°20.285, **se declara inadmisibles la reclamación, respecto de la causal invocada del artículo 21 N° 1 de la misma norma**, y se le da curso a la reclamación únicamente en relación a la causal del artículo 21 N° 2 de la misma disposición (...).”*

En virtud de que no fue acogida nuestra reposición en contra de dicha resolución, fue necesario recurrir de queja, argumentándose, entre otro, que la declaración de inadmisibilidad fundada en el artículo 28, inciso segundo, de Ley de Transparencia implica una vulneración de la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

Además, en otras causas similares a este, es habitual que el Consejo para la Transparencia al evacuar su informe sostenga que, en relación a la causal de reserva consagrada en el N°1 del artículo 21 de la Ley de Transparencia, invocada por el Ministerio de Educación en el reclamo de ilegalidad *“...dicha causal de secreto no puede ni debe formar parte de la controversia en el presente reclamo de ilegalidad, por cuanto el inciso 2° del Art. 28 de la LT expresamente prohíbe a los órganos de la Administración del Estado reclamar de ilegalidad sobre la base de la causal contemplada en el numeral 1 del Art. 21 de la LT, por*

cuanto el legislador ha estimado, que basta la ponderación que el Consejo para la Transparencia haya efectuado de los supuestos en que se sustenta la referida causal de secreto o reserva". Así, también lo más probable es que agregue frases tales como "En consecuencia S.S. Iltma., teniendo en consideración la especificidad de la parte petitoria del reclamo de autos, y el tenor de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, el debate únicamente se debe centrar en determinar si esta Corporación obró conforme a derecho, al acoger el amparo C8208-22, y ordenar hacer entrega de la información solicitada, desestimando la causal de reserva del Art. 21 N° 2 de la LT, única causal de reserva que permite su revisión judicial por medio de un reclamo de ilegalidad".

F) El requerimiento está debidamente fundado.

Por último, como se analizará a continuación, el requerimiento se encuentra debidamente fundado pues razona sobre la base de las normas legales en juego y su vínculo con la Constitución en el caso concreto, teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como la doctrina relevante.

III.) ANTECEDENTES.

Con fecha 19 de enero de 2023, se recibió en la Subsecretaría de Educación la solicitud de acceso a la información pública N°AJ001T0009132, presentada por don Rodolfo Meza Mesina, del siguiente tenor:

"hola junto con saludar, solicito acceso a la información pública, las preguntas cerradas de los instrumentos de evaluación de conocimientos específicos y pedagógicos de educación física de enseñanza básica y media del año 2022 y las pautas de corrección para revisar exhaustivamente, de acuerdo al derecho de la ley de transparencia como fue acogido anteriormente en mis amparos C8155-20 y C4482-22. solicito las rubricas utilizadas para la revisión de la evaluación docente de la asignatura de educación física y salud, de los tres módulos que tiene dicho instrumento del año 2022 y que incluya el insatisfactorio, básico, competente y destacado." (sic)

A continuación, mediante la Resolución Exenta N°1180, de fecha 2 de marzo de 2023, la Subsecretaría de Educación denegó lo solicitado respecto del instrumento de evaluación de conocimientos específicos del año 2022 en virtud de lo dispuesto en el artículo 21, N°1 y N°2 de la Ley N°20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, por los motivos que se expondrán.

Con motivo de la respuesta evacuada descrita en el numeral anterior, con fecha 3 de marzo de 2023, don Rodolfo Meza Mesina, dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la Subsecretaría de Educación, por denegación de acceso a la información pública, ante el CPLT, el cual se tramitó bajo el Rol C2321-23.

Enseguida, con fecha 13 de abril de 2023, fue recibida por la Subsecretaría de Educación, el Oficio E7524, del 13 de abril de 2023, del CPLT, por el cual se notificó del amparo impetrado. Conferido el traslado, este fue evacuado por el Ministerio de Educación a través del Oficio Ordinario N°1741, del 11 de mayo de 2023, a través del cual se reiteraron y complementaron las consideraciones expuestas en la referida Resolución Exenta N° 1180, de 2023.

En este contexto, se reiteró la denegación del acceso al instrumento de Conocimientos Específicos y Pedagógicos del año 2022, toda vez que su publicidad, comunicación o conocimiento afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, y los derechos de las personas particularmente en la esfera de su vida privada, de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 21 N°s 1 y 2, de la Ley de Transparencia, en relación con el artículo 7° de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

Además, de acuerdo con la información recientemente enviada desde el Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas (CPEIP), también correspondería la denegación de los antecedentes de acuerdo con lo indicado en la letra b) del artículo 21 N°1, que establece que se podrá denegar total o parcialmente la información tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política.

El Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, en su sesión ordinaria N°1380, de 22 de agosto de 2023, acuerda, entre otros:

“Entregue al reclamante, copia de las preguntas cerradas de los instrumentos de evaluación de conocimientos específicos y pedagógicos (ECEP), de Educación física de enseñanza básica y media del año 2022, incluidas las pautas de corrección; y, las rúbricas utilizadas para la revisión de la evaluación docente de la asignatura de educación física y salud de los tres módulos que tiene dicho instrumentos, del año 2022, que incluya el insatisfactorio, básico, competente y destacado”.

Con fecha 13 de septiembre de 2023, el Fisco – Ministerio de Educación interpuso reclamo de ilegalidad en contra de la Decisión señalada, dando lugar a la gestión pendiente individualizada en el capítulo I precedente.

A lo largo de todo este procedimiento, tanto administrativo como judicial, el Ministerio de Educación ha fundamentado su posición *grosso modo* en las siguientes líneas argumentales, ente otras:

La entrega de la información solicitada afecta el debido cumplimiento de las funciones del Ministerio de Educación, configurándose la causa del N°1 del artículo 21 de la Ley de Transparencia. El Ministerio de Educación aplica instrumentos de evaluación a los docentes que permitan verificar el cumplimiento de los estándares de desempeño profesional y el conocimiento de las bases curriculares. Así, la entrega de las preguntas solicitadas implica dar a conocer aproximadamente un 30% de las exámenes que podrían volver a ser ocupadas este año, produciendo una evidente dificultad al órgano público para el cumplimiento de las tareas que se han impuesto. Las preguntas anclas que tienen una duración trianual, serán reutilizadas para el periodo de evaluación correspondiente al año 2023, por lo que permanecen reservadas hasta marzo de 2024. Su revelación anterior, implica necesariamente la falla del proceso y la imposibilidad de aplicar la evaluación con el objeto para el que fue creada, impidiendo el desarrollo de la política pública y el daño fiscal subsecuente, generando una pérdida monetaria y de oportunidad. Además, de la evidente afectación a los derechos de los docentes que no tienen acceso a tales preguntas. Las preguntas “anclas” son las permiten dar comparabilidad y consistencia al sistema de evaluación docente.

El impacto negativo que tendrá la entrega de lo solicitado es medible en términos administrativos (el funcionamiento del Ministerio de Educación y sus reparticiones), económico (cada evaluación trianual tiene un costo de dos mil millones de pesos), temporales (se pierde el trienio y los 44 meses que efectivamente se demora en prepararse desde la licitación hasta la elaboración de las preguntas), estadístico (imposible recopilar datos medibles cuando la información es pública y puede ser preparada), cualitativa (por cuanto habilita la preparación de la prueba *a priori*, pero no en términos de contenidos, sino de tener las respuestas definitivas que alteran el resultado), políticas y sociales.

IV.) JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL REITERADA

Es indispensable mencionar que respecto de la materia objeto de la presente acción existen diversas sentencias de este Excmo. Tribunal Constitucional, que han acogido los requerimientos en casos análogos a aquel que se plantea en este libelo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha acogido los requerimientos de inaplicabilidad en diversas ocasiones, tales como STC números 11.150-2021; 9223-2020; 9156-2020, 6126-2019 y 2997-2016.

El Tribunal Constitucional ha fundado las sentencias que acogen la inaplicabilidad en diversos argumentos:

- i) El primero es que constituye una carga excesiva para el órgano público agotar la vía administrativa y no tener posteriormente posibilidad de reclamar;
- ii) La norma que se impugna presenta una asimetría sin justificación entre los órganos administrativos y los particulares;
- iii) La historia fidedigna del precepto no da cuenta de una argumentación que logre superar un estándar suficiente.

En este sentido, una de las sentencias más recientes resuelve lo siguiente:

*“En el escenario planteado, la **norma impugnada se revela abusiva desde la perspectiva del órgano de la Administración**. Lo anterior, toda vez que para aquel una decisión adversa adoptada en la vía administrativa abierta a instancias del solicitante de la información, que revierte la denegación de la información fundada en la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285, deviene en inimpugnable, siendo entonces las alegaciones que el órgano Administrativo planteó no sólo frente al solicitante sino que también frente al Consejo para la Transparencia, ponderadas de modo definitivo por éste”.*

“Como puede apreciarse, la vía administrativa que se abre deviene, en aquel caso, excesivamente gravosa para el órgano de la administración, no así para el solicitante de la información, pues aquel, en caso de no conformarse con lo resuelto por el Consejo para la Transparencia puede – pese a haber discutido en sede administrativa la procedencia de la entrega de la información que finalmente se le denegó – acudir a la tutela de un órgano jurisdiccional, para discutir nuevamente respecto de la entrega de la información” (considerando décimo octavo).

*“De esta suerte, **el agotamiento de la vía administrativa que supone el sistema recursivo contenido en la Ley N° 20.285 está diseñado en términos tales que resulta inconstitucional por afectar el debido proceso**, en tanto no existe una vía judicial abierta para el órgano de la Administración para cuestionar la decisión del Consejo, en virtud del efecto inhibitorio ya descrito, que produce naturalmente la norma impugnada”.*

“En términos prácticos, el precepto impugnado implica que la decisión del referido Consejo se resuelve en “única instancia”, sin que exista la posibilidad de acudir a un tercero independiente e imparcial, equidistante respecto de las partes en disputa, es decir, un Tribunal de Justicia, que resuelva el conflicto de relevancia jurídica que se produce por las posiciones encontradas entre el órgano que alegó la causal del artículo 21 N° 1 de la Ley N° 20.285 – para denegar la entrega de la información – y el Consejo para la Transparencia que descarta su concurrencia, para conferir el acceso solicitado” (considerando décimo noveno)

De lo anotado más arriba aparece claramente que no estamos entonces ante un debate desconocido sino que, por el contrario, se trata de una norma que ya ha ido siendo configuradas en su aplicación por la propia jurisprudencia constitucional. Son estos precedentes, como veremos, los que conducen a acoger este requerimiento.

V.) CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

La aplicación a la gestión pendiente de la norma legal señalada, traerá como consecuencia la conculcación de los siguientes preceptos constitucionales:

- a) Artículo 8, inciso segundo en cuanto establece que la publicidad es respecto de actos y resoluciones además de sus fundamentos, así como que puede determinarse el secreto o reserva de los actos o resoluciones *“cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”* (del Estado).
- b) Artículo 19 N°3°, incisos primero, segundo y sexto, en cuanto consagra los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso;

A) EL PRECEPTO IMPUGNADO VULNERA EL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN.

El artículo 8 de la Constitución, en la parte que aquí interesa, fue incorporado por la Reforma Constitucional del 2005. La incorporación al texto de nuestra Constitución del principio de probidad y transparencia se considera hasta hoy como un hito relevante en nuestra historia constitucional. Ambos principios se han insertado plenamente a las bases del derecho público chileno y su configuración y profundización tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es hoy indudable.

El inciso segundo del artículo 8 establece 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.”*

A. La aplicación del art. 28, inciso segundo vulnera el artículo 8 de la Constitución al subvalorar una causal de reserva establecida en la propia Constitución.

La norma cuya inaplicabilidad se pide, el artículo 28, inciso segundo ya individualizado, vulnera en el caso concreto el inciso segundo del artículo 8 de la Carta Fundamental porque subvalora sin fundamento alguno una de las cuatro causales de reserva que autoriza la Constitución. En efecto, son cuatro las causales que, al amparo de una ley de quórum calificado, pueden invocarse para justificar la reserva de un acto o resolución: i) los derechos de las personas; ii) la seguridad de la Nación; iii) el interés nacional; y iv) la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado.

Cada una de estas causales, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, se encuentran en el mismo nivel; *“ninguna de ellas tiene más valor que la otra, siendo todas ellas tratadas de modo igualitario por la Constitución, la que no las jerarquiza ni contiene elementos que permitan hacer primar unas por sobre las otras”* (STC 9223-20, c. 14).

Sin embargo, en el caso concreto y por haberse invocado la afectación del debido cumplimiento de las funciones de un órgano del Estado, se impide que el asunto sea revisado por un órgano jurisdiccional y se exige que la controversia se resuelva exclusivamente por el Consejo para la Transparencia. Esto no solo distingue sin fundamentos entre causales de reserva que tienen la misma valoración constitucional, sino que además omite que el órgano primeramente llamado a velar por el debido cumplimiento de sus funciones es el propio órgano que invoca la causal y no el Consejo para la Transparencia. Así como el primer llamado a invocar la causal de reserva de la protección de los derechos de terceros, son los titulares de esos derechos, en este caso es el propio órgano que invoca la causal el que institucionalmente llamado a velar por el buen funcionamiento del órgano en cuestión.

No debe olvidarse que el Ministerio de Educación planteó ante el Consejo para la Transparencia y más tarde también en el reclamo de ilegalidad ante la Iltma. Corte de Apelaciones que entregar las evaluaciones afecta severamente el cumplimiento de las funciones que la ley le encomienda. No cabe duda alguna el impacto negativo que tendría la entrega de la información solicitada, afectando en términos administrativos (el funcionamiento del Ministerio de Educación y sus reparticiones), económico (cada evaluación trianual tiene un costo de dos mil millones de pesos), temporales (se pierde el trienio y los 44 meses que efectivamente se demora en prepararse desde la licitación hasta la elaboración de las preguntas), estadístico (imposible recopilar datos medibles cuando la información es pública y puede ser preparada), cualitativa (por cuanto habilita la

preparación de la prueba a priori, pero no en términos de contenidos, sino de tener las respuestas definitivas que alteran el resultado). También aquí está en juego la correcta y adecuada evaluación docente e igualmente la carrera docente.

La centralidad de la causal invocada en el caso concreto -el debido cumplimiento de las funciones del órgano del Estado- hace que sea más inexplicable aún la subvaloración y menosprecio que la ley le concede a esta causal constitucionalmente reconocida. Se trata, como ha sostenido SS Excm., de una *“causal legítima que el legislador no puede subvalorar”* (STC 9223-20, c. 14). Y hay una subvaloración evidente cuando la configuración de esta causal queda solo entregada al órgano administrativo (en este caso el Consejo para la Transparencia) sin que pueda un poder del Estado, como el Poder Judicial, apreciar su alcance y juzgar la adecuada interpretación de la norma constitucional.

B) EL PRECEPTO IMPUGNADO VULNERA EL ARTÍCULO 19 N°3 DE LA CONSTITUCIÓN. IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

El artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental reconoce a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Inserto en este numeral, la jurisprudencia y la doctrina encuentran también una serie de otros derechos y libertades que suelen denominarse como el *“debido proceso”* y la *“tutela judicial efectiva”*. Sin ánimo de entrar a profundizar en el alcance de estos derechos, lo relevante para este requerimiento es que el artículo 19 N°3 garantiza a las partes en litigio la posibilidad de recurrir a tribunales para la resolución de sus conflictos en un pie de igualdad y someterse a un *iter procesal* que, por sus características esenciales, se califica como un debido proceso.

El precepto cuya inaplicabilidad se solicita vulnera esta norma constitucional pues impide que el Fisco – Ministerio de Educación, una de las partes en el proceso administrativo ante el Consejo para la Transparencia, pueda impugnar la calificación que ha hecho éste de la norma constitucional.

B.1. Los órganos del Estado pueden reclamar la protección del artículo 19 N°3 de la Constitución.

Previo a profundizar en ello corresponde detenernos en la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales. No escapa a esta parte la discusión que ha habido en el propio Tribunal Constitucional y en general en la doctrina sobre si un órgano del Estado puede o no reclamar amparándose en alguno de los derechos del artículo 19 de la Constitución. La pregunta ha evolucionado en el tiempo y así si originalmente se pensaba

que solo las personas naturales eran titulares de derechos fundamentales, con el tiempo se ha ido extendiendo dicha titularidad a las personas jurídicas o personas morales en ciertos casos específicos. Este mismo Tribunal Constitucional tiene ya consolidada jurisprudencia al respecto reconociendo la titularidad de derechos respecto de personas jurídicas tales como la libertad de expresión, la honra, la propiedad y recientemente la libertad de conciencia.

Que sea el Estado el que reclama la protección del 19 N°3 en este caso concreto no es una cuestión que debiera ser objeto de debate. A esta altura del desarrollo jurisprudencial, y como anota Manuel Núñez, una razón que explica que diversas cortes reconozcan la titularidad de derechos de parte del Estado es que *“pareciera que, bajo el art. 19 de nuestra Constitución se contienen reglas y principios de justicia de contenido algo más amplio que la noción clásica de derechos ‘humanos’ o ‘fundamentales’”*. Y luego agrega algo relevante para este requerimiento: *“En este sentido, bajo la apariencia de ‘derechos’ el constituyente incluyó principios generales como el debido proceso o derechos subjetivos patrimoniales como el de propiedad que, en su dimensión de derecho objetivo, pueden también ser reclamados por el Estado y sus órganos personificados”*¹.

Esta es el planteamiento que ha adquirido fuerza en nuestro derecho como queda de manifiesto de nuestra propia práctica jurisprudencial en la que los órganos del Estado litigan, por la vía del Recurso de Protección, en diversas ocasiones amparados en el ejercicio de derechos reconocidos en el artículo 19. Lo mismo puede deducirse si se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias que se pronuncian sobre impugnaciones a la misma norma que hoy se examina. En todas ellas, como se anotó más arriba, SS Excm. ha declarado la inaplicabilidad sobre la base de la vulneración del artículo 19 N°3. Y es que el artículo 19 N°3 consagra un conjunto de garantías y reglas básicas de lo que denominamos debido proceso que benefician a los sujetos partes de un litigio no exclusivamente en razón de su dignidad inherente, sino que principalmente en su calidad de parte del litigio. Y como tal, también puede ser reclamado por personas jurídicas y los órganos del Estado.

Cabe señalar, que incluso los votos de minoría en tales sentencias, han reconocido que al Consejo de Defensa del Estado se le ha *“conferido expresamente una especie de legitimación en causa activa para defender en juicio ciertos derechos o intereses colectivos, [por lo que] pueden exigir una ecuánime aplicación del derecho al debido proceso legal, en iguales términos que a las personas reconoce la Constitución”* (STC 9223-20, n. 2)

¹ NÚÑEZ, MANUEL. Titularidad y sujetos pasivos de los derechos fundamentales. Revista de Derecho Público 63 (2001), pp. 205.

Por todo lo anotado más arriba es que los órganos del Estado pueden fundar una inaplicabilidad como la que se analiza en la vulneración del artículo 19 N°3.

B.2. La aplicación del artículo impugnado genera un efecto contrario al artículo 19 N°3 de la Constitución.

En lo que aquí es necesario destacar, el artículo 19 N°3 en sus incisos primero, segundo y sexto consagra los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente del derecho al recurso. Desde diversas perspectivas éstos se ven violentados por la aplicación del precepto legal que este requerimiento impugna.

En efecto, y tal como lo ha señalado este Excmo. Tribunal en varias oportunidades, la norma impugnada establece una prohibición (“*no tendrán derecho a reclamar*”) que solo tiene como destinatarios a los órganos de la Administración del Estado. Dicha prohibición se aplica cuando concurren tres requisitos: (i) que el órgano de la administración del Estado haya negado el acceso a la información; (ii) que la negativa se funde en la causal consistente en la afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; y (iii) que el CPLT haya conferido el acceso a la información que el Servicio negó².

Ya anotamos que impedir recurrir subvalora una causal de reserva establecida en el artículo 8 de la Constitución. Ahora corresponde argumentar que esta subvaloración no solo vulnera el artículo 8 sino también el artículo 19 N° 3 pues impide que ésta sea ponderada e interpretada por un órgano jurisdiccional e impide que un órgano del Estado haga valer sus alegaciones en plenitud; todo ello sin justificación alguna que permita apreciar la razonabilidad de una regla como la que se ha solicitado inaplicar.

C. Impide que un conflicto de relevancia jurídica sea resuelto por los tribunales de justicia.

Al prohibir que el órgano del Estado pueda fundar su reclamo en la causal contenida en el artículo 21 N°1, que replica la causal contenida en el artículo 8 de la Constitución, la norma del artículo 28, inciso segundo lo que hace es impedir que un conflicto de relevancia jurídica sea resuelto por los tribunales.

Ante todo, se trata de un conflicto de relevancia jurídica pues el órgano del Estado fundamenta la reserva en que la entrega de la información afecta gravemente el debido cumplimiento de las funciones del Ministerio de Educación, que le encomienda la

² STC 9923-20, c. 5 y 6.

Constitución y las leyes. El Consejo para la Transparencia, por su parte, considera que tal afirmación es incorrecta y no ha sido demostrada. ¿Quién es el llamado a resolver tal controversia? El precepto legal impugnado le entrega tal decisión al Consejo para la Transparencia sin que el respectivo órgano del Estado pueda ocurrir ante quienes, por expresa disposición constitucional (artículo 76), están llamados a ejercer la jurisdicción, esto es, *“el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir”*³.

Esta exclusividad del Consejo para la Transparencia se torna aún más gravosa en el caso concreto pues ello impide que un órgano externo pueda ponderar adecuadamente todos los elementos en juego. De hecho, la decisión del CPT solo argumentó en algunas líneas que no había sido probado la debida afectación por la vía de exigir pruebas imposibles de satisfacer. Si esa argumentación no puede, por una disposición legal, ser contrastada, sea para complementarla o contradecirla, es evidente que la causal de reserva reconocida en la constitución se transformará en una causal “dormida”⁴.

D.- Impide que el órgano del Estado, en este caso, el Ministerio de Educación pueda hacer valer adecuadamente sus defensas.

Como consecuencia de lo anotado, el órgano del Estado que, por aplicación del artículo 28 inciso segundo, no puede impugnar ante tribunales la decisión del Consejo para la Transparencia, se ve impedido que sus alegaciones sean ponderadas en una sede distinta, no administrativa sino jurisdiccional, que pondere las reglas y derechos en juego con mayor distancia e imparcialidad.

La jurisprudencia de S.S. Excma. ha validado esta argumentación cuando argumenta que al órgano del Estado se le impone una carga excesiva por el hecho de exigirle agotar la vía administrativa ante el Consejo para la Transparencia y luego negarle la posibilidad de reclamar. En sentencia rol 2997-2016, el Tribunal Constitucional calificó como una *“carga*

³ STC 165 c. 1, STC 346 c. 43, STC 472 c. 15, STC 478 c. 13, STC 499 c. 15, STC 554 c. 8, STC 616 c. 24, STC 815 c. 7, STC 2159 c. 11, STC 2301 c. 35, STC 2731 c. 94, STC 2727 c. 32, STC 2066 c. 33, STC 2865 c. 35, STC 2866 c. 35.

⁴ Es posible sostener que el único espacio que la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia ha abierto al despliegue de esta causal es en aquellos casos en que se invoca el privilegio deliberativo. En los demás casos, bien puede afirmarse que está cláusula constitucional está dormida. Ver MÚÑOZ, ANA MARÍA. Los criterios del Consejo para la Transparencia sobre el privilegio deliberativo. En *Transparencia y Sociedad* N° 2, 2014, pp. 81 – 94.

abusiva” que no se permita que el órgano de la Administración del Estado pueda reclamar. Así anotó *“Dicho de otra forma, se le impone un doble gravamen. Por una parte, el de debatir sus decisiones ante el Consejo. Por la otra, el de no poder impugnar la decisión de dicho Consejo.”* Y concluye el mismo fallo sosteniendo que *“el agotamiento de la vía administrativa se vuelve inconstitucional, pues afecta el debido proceso, dado que no hay vía judicial abierta para cuestionar la decisión del Consejo. Dicha decisión se resuelve en ‘única instancia’”*⁵.

De esta forma, la existencia de una carga abusiva o un doble gravamen, para usar las expresiones de SS Excm., vulnera la posibilidad que tienen los órganos de la Administración de defenderse en plenitud invocando todas las causales legales que la propia Constitución contempla. Si bien es cierto que el Ministerio de Educación planteó sus argumentos en sede administrativa, es evidente que ellas no fueron ponderadas adecuadamente a la luz del mandato constitucional por lo que se requiere, como lo garantiza el artículo 19 N° 3, un examen ante la ltma. Corte de Apelaciones para que sea ésta la que ahora evalúe el alcance de la causal invocada y los aspectos fácticos que permiten deducir la reserva de la información solicitada.

E.- No hay razón suficiente que permita justificar tal limitación.

Por último, podría argumentarse que la prohibición de reclamar de la decisión del Consejo para la Transparencia que contempla el artículo 28 inciso segundo de la ley 20.285, objeto de esta inaplicabilidad, tiene un fundamento suficientemente poderoso como para justificar las restricciones al artículo 19 N°3 que se han planteado. Sin embargo, nada de ello puede encontrarse.

¿Cuál sería la justificación de una norma como la que se examina? La Historia de la Ley 20.285 no ofrece una explicación acabada de la prohibición. Solo da cuenta de una decisión de acotar la posibilidad de reclamar de los órganos de la Administración respecto de las decisiones del Consejo para la Transparencia. Así, inicialmente la prohibición se extendía no solo a la causal vinculada con la afectación del debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, sino que también en los casos que se invocara los derechos de las personas. Sin embargo, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados se eliminó esta última restricción quedando únicamente subsistente aquella que ahora se cuestiona⁶. Más adelante, el entonces Diputado Jorge Burgos ratificó está

⁵ STC 2997-2016, c. 19 y 20.

⁶ Historia de la Ley 20.285, pág. 150. En www.leychile.cl

restricción señalando: “Ante alguna resolución del Consejo que otorgue la publicidad, la posibilidad de operación del órgano del Estado es mucho más restringida. En cambio, el particular, el chileno de a pie, la señora Juanita, puede apelar de todo”⁷.

Como puede apreciarse no hay una reflexión acabada que permita sustentar una limitación al debido proceso de los órganos de la Administración del Estado como la que se discute.

Con todo, más adelante se ha justificado esta norma en el espíritu que inspiró la incorporación del artículo 8 a la Constitución en la Reforma Constitucional del año 2005. En efecto, como es conocido, el principio de transparencia y los mecanismos de acceso a la información pública nacen en nuestro derecho a fines de los años noventa primero en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado. Con todo, en tal cuerpo legal se establecía que los órganos de la Administración podían determinar por medio de una resolución que determinados actos administrativos y procedimientos serían reservados. Eso generó, en los hechos, que la regla general fuera la reserva y la publicidad fuera solo una excepción. Por eso el artículo 8 de la Carta Fundamental fue, entre otras cosas, una reacción a aquella práctica⁸. Y la Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, dictada años después, se inspira en los mismos propósitos.

Es perfectamente posible coincidir con tal reflexión sin necesidad de suscribir la constitucionalidad del artículo cuya inaplicabilidad se pide en este caso concreto. Si lo que se busca es evitar reiterar prácticas que pudieran dañar la transparencia en la Administración del Estado la norma en cuestión no contribuye a ello. Más bien su único efecto ha sido *desactivar* una causal establecida en la propia Constitución. Ello pues, como también ha argumentado SS Excm., la ley ya contempla un mecanismo para impedir que los órganos de la administración pudiesen abusar de aquella causal de reserva o secreto, y precisamente por ello es que establece la posibilidad de impugnar la determinación de la reserva por el órgano respectivo ante el CPLT y, más tarde, incluso reclamar de aquello ante la Corte de Apelaciones. Lo inexplicable es que posteriormente la ley deje de ponderar la variable de exceso o abuso, pero esta vez de parte del CPLT, pues estima no revisable su decisión.

⁷ Ídem, pág. 196.

⁸ Ver, entre otros, Fernández, Miguel Ángel. 2005. El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8º, inc. 2º de la Constitución; Ramírez, J.A., 2005. Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005. Ambos en: Zúñiga, Franciso (editor). Reforma Constitucional. Lexis Nexis.

Por todo lo anterior, no cabe duda alguna que la aplicación del artículo 28, inciso segundo, de la Ley N°20.285 vulnera los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, a la defensa jurídica y al debido proceso legal, en su vertiente, del derecho al recurso, consagrados en el artículo 19 N° 3° (incisos primero, segundo y sexto) de la Carta Fundamental.

Por tanto, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 93 N° 6 de la Constitución; 79 y siguientes de la ley N° 17.997, LOC del Tribunal Constitucional,

Sírvase S.S. Excma.: tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, acogerlo a tramitación y, en definitiva, declarar inaplicable el inciso segundo del artículo 28, de la ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, respecto del recurso de queja causa Rol 243.934-2023 de la Excma. Corte Suprema y Causa rol IC N°587-2023 de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Primer otrosí: En virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso 11 de la Constitución y en el artículo 85 de la Ley 17.997, solicito a SS. Excma., disponer la inmediata suspensión del procedimiento del recurso de queja causa Rol 243.934-2023 de la Excma. Corte Suprema y en los autos rol N°587-2023 ante la Itma. Corte Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado “Fisco de Chile – Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la Transparencia”, en actual tramitación.

Hago presente que la suspensión inmediata es indispensable para que el pronunciamiento que en definitiva se adopte pueda tener efecto, toda vez se encuentra pendiente tanto el recurso de queja como el reclamo de ilegalidad, en ambos se pretende dar aplicación a la norma impugnada, declarándose inadmisibles el reclamo de ilegalidad fundado en el artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia.

Segundo otrosí: Para efectos de lo dispuesto en el artículo 79 inciso segundo de la Ley 17.997, vengo en acompañar certificado emitido con fecha 16 de noviembre de 2023 por la Excma. Corte Suprema, con citación.

Tercer otrosí: Sírvase S.S.E. tener presente que mi personería para actuar en representación del Fisco de Chile, como Abogada Procurador Fiscal Subrogante de Santiago, consta en el certificado otorgado por el Secretario Abogado del Consejo de Defensa del Estado, que en este acto acompaño.

Cuarto otrosí: Sírvase S.S.E. tener presente que, sin perjuicio de mi facultad legal para representar al Fisco de Chile, y de conformidad con lo previsto en los artículos 24 y 42 del D.F.L. N°1 de 1993, del Ministerio de Hacienda, en mi calidad de abogado habilitada para el ejercicio de la profesión, asumo personalmente el patrocinio y poder en esta causa, fijando como domicilio el de calle Agustinas N°1225, 4º Piso, de la comuna y ciudad de Santiago.

MGS / 3820-2023 / JMS