



2022

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol N° 13.003-22 INA

[4 de agosto de 2022]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE LOS
ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO, 10, INCISO SEGUNDO, Y 11,
LETRAS A) Y B), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA
INFORMACIÓN PÚBLICA

CLARO CHILE S.A.

EN EL PROCESO ROL N° 571-2021 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO), SOBRE
RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE
SANTIAGO

VISTOS:

Introducción y preceptiva legal impugnada

A fojas 1 y 140, Claro Chile S.A. deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5°, inciso segundo, 10, inciso segundo, y 11, letras a) y b), de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, en el proceso Rol N° 571-2021 (Contencioso Administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La preceptiva legal cuestionada dispone:

Artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285.-

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su





formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Artículo 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.285.-

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Artículo 11, letras a) y b), de la Ley N° 20.285

El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:

a) Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

b) Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

Antecedentes de la gestión pendiente y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Afirma la parte requirente que la gestión pendiente que invoca se origina en una solicitud de información efectuada con fecha 24 de mayo de 2021 por la empresa WOM S.A., a la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) para obtener acceso a *“Todos los antecedentes y presentaciones relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda 3.400-3.700 MHz (“Banda 3.5”), presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A. (“Entel”) y Claro Chile S.A. (“Claro”) ante la Subtel, con fecha 17 de mayo de 2021”.*

La Subsecretaría de Telecomunicaciones denegó la solicitud invocando la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, tras haberse producido oposición de las empresas Entel y Claro, fundadas en que el acceso a la información produciría una afectación grave a sus derechos comerciales o económicos.

WOM S.A. dedujo amparo por denegación de información y el Consejo para la Transparencia, por resolución de 2 de noviembre de 2021, aplicando las normas impugnadas de inaplicabilidad, acogió el amparo Rol C-5298-21 y ordenó a la Subtel la entrega de la información.

La actora de autos, Claro Chile S.A. interpuso reclamo de ilegalidad en contra de la decisión del Consejo para la Transparencia, en la gestión judicial que se sustancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago, aduciendo que se trata de información reservada, al amparo del artículo 21, N° 2 de la Ley de Transparencia, y por constituir además una materia cuya divulgación afecta derechos de carácter comercial o económico de terceros.



Se afirma que los “antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa” es una frase genérica y excesivamente vaga que, ciertamente, va más allá de lo previsto por la CPR. En efecto, la decisión de amparo del Consejo no está ordenando entregar actos, fundamentos o procedimiento, sino cualquier tipo de documentación desarrollada de forma privada por sus titulares que sea “relativa” a la referida solicitud de autorización previa.

Agrega la actora que los antecedentes cuya entrega se encuentra en discusión, fueron proporcionados a la autoridad en el contexto del ejercicio de una potestad de autorización de Subtel, bajo la legítima expectativa de que se mantendrían bajo confidencialidad. Cabe hacer presente que tanto los titulares de la información (las empresas Claro y Entel) como Subtel, señalaron ante el CPLT que los antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa presentada ante esta última contienen información que no es pública.

El reclamo de ilegalidad invocado actualmente se encuentra en estado de relación, y suspendido por Primera Sala de este Tribunal Constitucional.

A continuación, en cuanto al conflicto constitucional se afirma por la requirente que la aplicación de los artículos 5°, inciso segundo; 10, inciso segundo, y 11, letras a) y b) de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, es decisiva para la resolución del reclamo de ilegalidad invocado como gestión judicial pendiente e importa en el caso concreto la infracción al artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en cuanto dicha preceptiva contraría y excede el contenido normativo dispuesto por la Carta Fundamental.

Se contravienen los límites del artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución que, como se desprende de su historia fidedigna, fija un límite preciso a la publicidad que está constituido por actos y resoluciones de los órganos del Estado, fundamentos de estos o documentos que consten en un procedimiento, y no es pública la información por el solo hecho de obrar en poder de la Administración.

La norma constitucional referida si bien hace públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración, así como sus fundamentos y procedimientos, no autoriza como pretende exigir el Consejo para la Transparencia, a transformar en pública toda información que obra en poder de la Administración.

Se agrega que el derecho a la información no es absoluto ni se encuentra consagrado a nivel constitucional en los términos pretendidos por el CPLT. Cita la requirente jurisprudencia previa de este Tribunal Constitucional, que abona su argumentación de inconstitucionalidad por infracción al artículo 8°, inciso segundo constitucional, instando porque esta Magistratura siga los mismos criterios y acoja la inaplicabilidad impetrada.



La requirente Claro Chile alega, además, que la aplicación de la preceptiva legal impugnada en el caso concreto vulnera sus derechos garantizados en los numerales 4°, 5° y 21 del artículo 19° de la Constitución Política de la República.

Los documentos que se ordenan entregar son privados, y su divulgación infringe la privacidad de la requirente, que pierde todo control sobre información propia y, además, de carácter estratégica, que el CPLT ha ordenado entregar a su directa competidora en la industria de las telecomunicaciones.

En particular, entregar antecedentes de naturaleza absolutamente privada a su competidor devendría en frustrar todo el esfuerzo e inversión de años destinados por Claro para diferenciarse y emprender proyectos, y constituiría un obstáculo insalvable a la actividad económica de Claro -se concluye a fojas 160-.

Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue acogido a tramitación y declarado admisible por la Primera Sala de este Tribunal, suspendiéndose además el procedimiento en la gestión judicial invocada (fojas 168 y 285).

Conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes en la gestión invocada, fueron formuladas observaciones dentro de plazo legal por Entel Telefonía Local S.A. ("Entel"), que solicita en definitiva, se acoja el requerimiento de inaplicabilidad (fojas 293), por WOM S.A. ("WOM"), que solicita el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad en todas sus partes, y por el Consejo para la Transparencia (fojas 307), que también solicita el rechazo del requerimiento de fojas 1, en todas sus partes.

Entel señala que tiene interés legítimo en el procedimiento porque es parte en la gestión pendiente consistente en los autos Rol N° 571-2021 (Contencioso Administrativo), sobre reclamo de ilegalidad, así como en los documentos objeto de la discusión.

Aduce igualmente la infracción al artículo 8° constitucional, al pretender ampliarse los ámbitos de la publicidad, así como del artículo 19 N°s 4, 5 y 21, porque la información que Wom pretende obtener está amparada por la garantía constitucional a la privacidad de Entel, por corresponder a información contractual privada.

Además, Entel se vería afectado competitivamente al tener que entregar a uno de sus principales competidores información que es conocida únicamente por las empresas involucradas (Entel y Claro Chile) y por el ente fiscalizador, que incluye planificación estratégica de Entel y que, por tanto, su divulgación a un competidor directo (como Wom) lo podría dejar en una posición desmejorada frente a futuros procesos de asignación de concesiones de espectro radioeléctrico que pudiera convocar el Estado (fojas 298).



WOM, por su parte, solicita el rechazo del requerimiento de Inaplicabilidad en todas sus partes. Expresa que la documentación solicitada contiene información necesaria para que su parte pueda ejercer diversas acciones que derivan de posibles infracciones legales, que ocasionarían gravísimos perjuicios no solo a WOM, sino que a las arcas fiscales y al mercado de las telecomunicaciones móviles en general.

Así, el interés de WOM en ningún caso es ni ha sido acceder a información sensible de sus competidores ni afectar el desenvolvimiento competitivo de Claro. Muy por el contrario, el acceso a la información se traduciría en mayor transparencia en el mercado y en las actuaciones del regulador sectorial. Lo anterior es especialmente relevante por cuanto Claro ha reconocido públicamente que el objeto de haber adquirido la concesión de Entel sería posteriormente solicitar ante la Subtel la modificación del tipo de servicio de dicha concesión. Esto habría quedado de manifiesto en la información pública de la Subtel cuyo acceso fue solicitado por WOM, en específico, en los contratos celebrados entre Entel y Claro para estos efectos.

Agrega que el requerimiento de Claro plantea cuestiones de mera legalidad, que deben ser resueltas por la Corte de Apelaciones que conoce del fondo del asunto, a saber, si se configura alguna de las causales de reserva del artículo 21 de la Ley de Transparencia; al tiempo que no se vislumbra ninguna de las infracciones constitucionales pretendidas por el requerimiento.

Por su parte, el Consejo para la Transparencia (CPLT), en presentación de fojas 307 insta por el rechazo del requerimiento en todas sus partes, afirmando que la aplicación de los preceptos cuestionados de la Ley de Transparencia, no generan la infracción al artículo 8° constitucional alegada.

Explica que este Tribunal Constitucional, ya en sus sentencias roles N°s 2870 y 2871, al igual como lo ha declarado la Corte Suprema (Recurso de Queja Rol N° 49.981-2016), han reconocido que el artículo 8° constitucional contempla un principio general de publicidad de la información en poder de los órganos del Estado, con las excepciones que señala la propia norma constitucional; al tiempo que su alcance e interpretación no puede ser de carácter restrictivo, salvo que se les desconozca su condición de principio, como pretende el requerimiento de fojas 1.

Luego, la aplicación que se ha efectuado en el caso concreto de los incisos 2° de los artículos 5° y 10, y de las letras a) y b) del artículo 11 de la N° 20.285 no contraviene el inciso 2° del artículo 8° de la Carta Fundamental, sino que desarrolla lícitamente el contenido del principio de publicidad.

Agrega el CPLT que la información concernida en el caso concreto sí corresponde a información que sirve de fundamento para la adopción de decisiones públicas por parte de los órganos concernidos, y forma parte de procedimientos administrativos, y fundamento de los actos y resoluciones ventilados en dicho ámbito; para concluir que la decisión de amparo del Consejo se ajusta plenamente al tenor del artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

Además, se expresa que del artículo 19 N° 12 constitucional se deriva el derecho de acceso a la información pública y a conocer cómo los órganos públicos fundan sus decisiones.



La Carta Fundamental no establece que solo los actos administrativos formales o terminales sean objeto del derecho de acceso a la información, ni que únicamente los procedimientos administrativos formales, sean susceptibles de derecho de acceso a la información, pues no establece un catálogo taxativo de información pública; al tiempo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad.

Por otro lado, expresa el CPLT que la normativa cuestionada no es decisiva en la resolución de la gestión pendiente, atendido que existen otros preceptos legales que producen efectos equivalentes a los que la requirente pretende evitar mediante esta acción y que no fueron requeridos de inaplicabilidad. A saber, los artículos 3°, 4°, 10 inciso 1°, 11 letra d), de la misma L. 20.285.

Y, respecto a las alegaciones de la requirente vinculadas con los numerales 4°, 5° y 21 del artículo 19° constitucional, en su traslado de fondo el CPLT las desestima, afirmando a fojas 338 que en realidad se reconducen a la causal de reserva del art. 21 N° 2 de la Ley 20.285, siendo por lo tanto una alegación de ilegalidad más que una cuestión de constitucionalidad que se encuentre plausiblemente fundada.

Por lo expuesto, el Consejo para la Transparencia solicita sea rechazado el requerimiento en todas sus partes.

Vista de la causa y acuerdo

A fojas 729, fueron traídos los autos en relación.

En audiencia de Pleno del día 23 de junio de 2022, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el Relator, quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con la misma fecha.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido interpuesto en representación de la empresa Claro Chile S.A., la que ha deducido un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de lo resuelto por el Consejo para la Transparencia en su decisión de amparo Rol C5298-21, a través del cual ha ordenado la entrega de información que la requirente califica de privada, motivo por el cual se ha impugnado tal resolución y a la vez se ha solicitado un pronunciamiento a esta Magistratura relativo a la constitucionalidad de la aplicación de las normas ya expuestas en la decisión del organismo público.

SEGUNDO: Que, como contexto de la cuestión controvertida, la parte requirente señala que con fecha 24 de mayo de 2021 la empresa WOM S.A., solicitó a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, "*Todos los antecedentes y presentaciones*



relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda 3.400-3.700 MHz (“Banda 3.5”), presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A (“Entel”) y Claro Chile S.A (“Claro”) ante la Subtel, con fecha 17 de mayo de 2021”. Frente a la solicitud descrita, la indicada Subsecretaría contestó mediante oficio Ord. N° 3971, de 8 de junio de 2021, denegando los antecedentes requeridos, por oposición de Claro S.A. y ENTEL. S.A. Esta última decisión configura el fundamento del amparo interpuesto por la empresa solicitante de tales antecedentes ante el Consejo para la Transparencia, impugnación que fue acogida por este órgano, ordenando la entrega de aquellos elementos que sustentaron la negativa de las empresas involucradas.

TERCERO: Que lo último antes indicado tiene una importancia central a la hora de analizar la controversia de la especie. Esto por cuanto los antecedentes solicitados responden a elementos que fueron proporcionados por Claro y Entel conjuntamente a la Subsecretaría de Telecomunicaciones, a propósito de la solicitud de autorización para poder transferir desde Entel a la requirente una concesión de servicio público local inalámbrico en la denominada “Banda 3.5”. De esta manera, la requirente sostiene que se trata de antecedentes que fueron proporcionados a la autoridad dentro del contexto de una autorización requerida por parte de esta y que se entregaron en la legítima expectativa de que se mantendrían bajo confidencialidad, atendido que se trata de antecedentes de carácter privados, propios de una negociación entre dos actores del mercado de las telecomunicaciones y que como tal, no son de libre acceso para terceros, más aun considerando que ese tercero es un competidor directo en el mismo ámbito.

CUARTO: Que de este modo, la requirente plantea como transgresión constitucional central derivada de la aplicación de los preceptos legales que indica, contenidos en los artículos 5° inciso segundo, 10 inciso segundo y 11 literales a) y c), todos de la Ley N° 20.285, una vulneración de los límites establecidos por el artículo 8° inciso segundo de la Constitución, como consecuencia de una ampliación de aquello que el constituyente entendió como público y que está plasmado en la indicada norma constitucional.

QUINTO: Que, sobre el particular, conocida es la numerosa jurisprudencia constitucional que se ha referido a la materia, y que configura criterios asentados que no pueden ser desconocidos en el análisis del caso específico que nos convoca. De este modo, pertinente resulta comenzar indicando que el artículo 8° inciso segundo constitucional no hace público todo lo que el Estado tenga o posea, sino sólo “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen” (entre otras, STC Rol N° 2907, c. 25°; STC Rol N° 3111, c. 21°; STC Rol N° 3974, c. 11°; STC Rol N° 8118 c. 11°). A partir de ello se ha señalado que, “son públicos sólo ciertos aspectos de la actuación administrativa: los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen” (STC Rol N° 2982 c. 26). A partir de ello es que también se ha señalado que la mencionada norma constitucional no establece el



principio de transparencia (STC Rol N° 1990/2012), añadiendo que la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC Rol N° 634/2007), todo ello unido al hecho de que la Constitución no habla de información (STC roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013). Por tanto, sin duda que el reconocimiento que hace la norma constitucional a la publicidad queda circunscrito *“a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*, siendo estos los verdaderos límites que deben ser reconocidos y respetados por la regulación normativa de la materia.

SSEXTO: Que en abono a lo anterior, huelga señalar que tal como ha advertido la jurisprudencia constitucional, ha sido la Ley N° 20.285 la que introduce el concepto de *“información”*, el que en caso alguno es contemplado en la disposición constitucional. Por lo pronto, pertinente resulta señalar que el derecho de acceso es definido como *“solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado”* (artículo 10, inciso primero). Sin duda el concepto de información alude a un ámbito de conocimiento y acceso a antecedentes mucho más amplio que el catálogo delimitado que consigna la disposición constitucional que, sin duda, configura el marco al cual debe ceñirse el mencionado cuerpo legal. Por lo pronto información deriva de informar, que en su primera acepción según la Real Academia Española alude a *“Enterar o dar noticia de algo”*, evidenciando la amplitud y carencia de delimitación de tal concepto.

SÉPTIMO: Que es precisamente en esta línea en que se desenvuelven los preceptos legales cuya inaplicabilidad se solicita. Así, el artículo 5° inciso segundo, obliga a entregar *“la información elaborada con presupuesto público”* y también *“toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”*. A su vez, el artículo 10 inciso segundo se refiere al derecho *“de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos”*, así como a *“toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga”*. En el caso de los literales impugnados del artículo 11, se aprecia igual tendencia. En su letra a), refiriéndose al principio de la relevancia se indica que *“se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”*, mientras que el literal b), referido al principio de la libertad de información, sostiene que *“toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado”*.

OCTAVO: Que en tal sentido, resulta palmario que los preceptos legales objetos del presente requerimiento van más allá de los límites precisados por la norma constitucional, lo que queda en evidencia cuando se analiza que esta razona sobre la base de decisiones, lo que permite entender por qué habla de actos y resoluciones y de lo que accede a éstas: *“sus fundamentos”* y *“los procedimientos que utilicen”*. En efecto, como ha señalado nuestra jurisprudencia, resulta difícil



imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece, porque la Administración o produce información o la posee a algún título. El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración” (STC Rol N° 2907, c. 35°; STC Rol N° 2558, c. 18°; STC Rol N° 4669, c. 23°).

NOVENO: Que al respecto esta Magistratura se ha preguntado *“si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley de Transparencia. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley de Transparencia que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880”* (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes) (STC Rol N° 2907, c. 37°; STC Rol N° 2558, c. 20°; STC Rol N° 3111, c. 33°; STC Rol N° 4669, c. 25°). Además -y tal como lo ha entendido previamente esta Magistratura- si el artículo 8° constitucional hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones *“acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”*. Se ha entendido que el uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que específicamente se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. Por ello el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: *“son públicos”* (entre otras, STC Rol N° 2907, c.38°; STC Rol N° 2558, c. 21°; STC Rol 4669, c. 26°).

DÉCIMO: Que es precisamente la amplitud de márgenes con que se concibe la idea de información en los preceptos legales cuestionados lo que ha sustentado una decisión de parte del Consejo para la Transparencia que precisamente no ha advertido los límites constitucionales a que hemos hecho referencia. Por lo pronto, en la misma fundamentación de la decisión de amparo se hace mención expresa a que los antecedentes que fueron entregados a la Subsecretaría de Telecomunicaciones se hacen en estricto cumplimiento a la regulación legal que norma el proceso de cambio de titular de la concesión de banda, tal como el pretendido por la requirente y la empresa cedente y titular de dicha concesión. En efecto, a fojas 39 y 40 del expediente constitucional se lee que fue la propia Subsecretaría la que informó lo siguiente: *“el proceso de transferencia de la concesión objeto de la petición, se lleva a cabo en dicha Subsecretaría y es un procedimiento reglado en el Título II de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, titulado “De las Concesiones y Permisos”, particularmente en los artículos 14 y 21 del citado cuerpo legal. El señalado artículo 14, en su numeral 2º, precisa que uno de los elementos de la concesión es su titular, el que solo podrá ser modificado mediante Decreto Supremo y previa solicitud de la interesada. A su vez, los incisos 1º y 2º del artículo 21 disponen que:” Solo podrán ser titulares de concesión o hacer uso de ella, a cualquier título, personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país. En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y*



permisos, se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada" (...) Añadió que en el presente caso, el proceso de transferencia se inició por una solicitud conjunta de autorización previa de transferencia de concesión., la que fue autorizada por Resolución Exenta N° 1045, de 19 de mayo de 2021, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, estableciendo esta última un plazo de 60 días, contados desde su notificación para enviar a la Subsecretaría el instrumento público o privado que dé cuenta de ella y una solicitud dirigida a S.E. el Presidente de la República, suscrita por la adquirente, impetrado la modificación de la concesión por cambio de titular. Agregó, que en razón de lo anterior, Entel Telefonía Local S.A., -en calidad de cedente presentó la solicitud d modificación de concesión por cambio de titular, acompañando a la misma, el instrumento privado mediante el cual se materializó la transferencia autorizada, modificándose la titularidad de la concesión de Servicio Público Telefónico Local Inalámbrico a claro Chile S.A."

UNDÉCIMO: Que se evidencia que lejos de estar bajo la entrega de antecedentes en el marco del cumplimiento de una obligación legal de publicidad, en el caso concreto se trataba de satisfacer un mandato legal tendiente a permitir que la autoridad verificase el cumplimiento de los presupuestos necesarios para permitir el cambio de titular del espectro en que funciona la denominada Banda 3.5, de manera tal que en caso alguno la entrega de antecedentes por parte de las empresas en cuestión encuentra un fundamento que sustente la publicidad de tales antecedentes. Por lo demás el Consejo para la Transparencia reconoce la argumentación referida a la posible afectación de derechos económicos y comerciales, pero como indica en su considerando 4, tal vulneración *"no se presume, sino que debe acreditarse una expectativa razonable de daño o afectación, la cual debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva"*. Al respecto cabe preguntarse cómo puede demostrarse *a priori* cual es el alcance y manifestación concreta de dicha afectación cuando se desconoce el objetivo detrás de la solicitud y cuando dicha solicitud recae en una generalidad de antecedentes, carentes de algún criterio de precisión o definición que permita siquiera apreciar el interés que pudiere existir, pero por el contrario se tiene certeza que el solicitante de la información es una empresa competidora directa en el mercado, que desarrolla el mismo giro comercial de las empresas que acordaron la transferencia de la concesión y que en tal sentido, el conocimiento de tales elementos sin duda tiene el efecto de develar ante un tercero no imparcial, aspectos de dos empresas que en condiciones normales no podrían ser conocidos.

DECIMOSEGUNDO: Que en la práctica la descripción de lo público que efectúan las normas cuestionadas ha sido determinante para permitir al Consejo para la Transparencia limitarse a hacer una ponderación del riesgo que existiría detrás de la entrega de información (porque no se desconoce su evidente contenido comercial, estratégico y hasta confidencial como se aprecia en el considerando 6 de la decisión de amparo), y a partir de ello acceder a la entrega de antecedentes que como hemos indicado, no se enmarcan dentro de los límites que consigna el artículo 8°



inciso segundo constitucional. Sin lugar a dudas esta vulneración es decisiva en el caso concreto y es resultado de la aplicación de los preceptos legales cuya inaplicabilidad se solicita y además es el núcleo de las restantes vulneraciones constitucionales que plantea la requirente, de modo que esta transgresión es lo suficientemente sólida y clara para sustentar una decisión estimatoria del presente requerimiento de inaplicabilidad, tal como se declarará.

DECIMOTERCERO: Que junto a lo anterior, se expone por parte de la requirente una transgresión a los numerales 4 y 5 del artículo 19, como consecuencia de la entrega de antecedentes que afectan la protección de la privacidad de la requirente, así como de toda comunicación privada. Al respecto, cabe indicar que como ha señalado esta Magistratura lo que la Constitución protege es la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, sin exclusión alguna e independiente de su formato. Por ello ha entendido que la garantía del numeral 5 del artículo 19 constitucional protege la inviolabilidad de “los documentos” que se empleen en el proceso comunicativo, dentro de los cuales debe entenderse incorporado todos aquellos soportes que sirvan para ilustrar o comprobar algo. Que la CPR los califique de “documentos privados” no está en relación con que no sean instrumentos públicos, sino que el término es utilizado como documento que ha sido empleado en una comunicación privada y que, por lo mismo, no es revelado ni accesible ni conocido por todos. La inviolabilidad de los documentos se extiende aún después del término de la comunicación. (STC 2153 cc. 33 y 34). Como ha señalado la doctrina, “[l]o determinante y que califica entonces una comunicación como privada es, por sobre el medio empleado, la intención de privacidad” (Miriam Henríquez Viñas y José Ignacio Núñez Leiva. “Manual de Estudio de Derecho Constitucional”. Editorial Metropolitana, 2007, p.84).

DECIMOCUARTO: Que, respecto a la eventual vulneración a la privacidad de la requirente, pertinente resulta indicar que si bien tanto la jurisprudencia de esta Magistratura como la doctrina han relacionado esta protección del numeral 4 del artículo 19 constitucional, con un atributo propio del individuo, expresado en la decisión de mantener ciertos aspectos de su vida al margen del conocimiento de terceros, lo cierto es que aun cuando en la especie puede resultar discutible una vulneración de este tipo tratándose de una empresa, sí existe un sustrato de aquella legítima expectativa de privacidad -expresada en la confidencialidad de la comunicación entre las empresas parte del acuerdo y el contenido de la misma- que se ha visto afectada por la decisión de dar a conocer los antecedentes y términos de dicho acuerdo, lo que si bien puede no ser suficiente para dar por vulnerada esta protección constitucional específica, resulta reveladora de los efectos inconstitucionales que se provocan en el caso concreto, pues tal como ha señalado nuestra jurisprudencia “El respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad.” (STC 389 c. 21)



DECIMOQUINTO: Que finalmente se alega una vulneración de la garantía constitucional del artículo 19 numeral 21, pues como señala la propia requirente “*La perturbación de la actividad económica de Claro es precisamente la principal consecuencia que se generaría de no declararse la inconstitucionalidad de los Preceptos Impugnados para este caso concreto. En particular, entregar antecedentes de naturaleza absolutamente privada de nuestra representada a su competidor devendría en frustrar todo el esfuerzo e inversión de años destinados por Claro para diferenciarse y emprender proyectos*” (expresión contenida a fojas 21 del expediente constitucional). Sobre el particular cabe recordar que esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional. En tal sentido la intervención de un tercero que fundado en normas legales que le entregan un amplio abanico de posibilidades para solicitar información, interviene en el desarrollo de una actividad económica y altera el natural régimen de competencia libre entre los distintos actores del sector, teniendo acceso a elementos de carácter privado y reservados de sus competidores, antecedentes que por lo demás forman parte del contenido de una comunicación privada entre dos empresas, sin duda aparece como un grado de intromisión que no resulta armónica con la protección constitucional descrita.

DECIMOSEXTO: Que de este modo y sin necesidad de explayarse en aspectos que constan en diversa y nutrida jurisprudencia constitucional, por los fundamentos expuestos y particularmente por consideración a las circunstancias concretas del caso, la aplicación de los preceptos legales contenidos en los artículos 5° inciso segundo, 10 inciso segundo y 11 literales a) y b) de la Ley N° 20.285, resulta desbordante de los límites contemplados en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución, generando junto con ello otras afectaciones a garantías constitucionales de la parte requirente, cuestión que hace pertinente declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de dichos preceptos, a fin de que surta efectos en la gestión judicial pendiente.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimeros, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- 1) QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 5°, INCISO SEGUNDO; 10, INCISO SEGUNDO, Y**



11, LETRAS A) Y B), DE LA LEY N° 20.285, SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, EN EL PROCESO ROL N° 571-2021 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO), SOBRE RECLAMO DE ILEGALIDAD, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.

- 2) QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE AL EFECTO.

DISIDENCIA

Acordada la sentencia con el voto en contra de la Presidenta del Tribunal, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, y de los Ministros señores NELSON POZO SILVA y señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento de fojas 1, por las siguientes razones:

I. SOBRE LA GESTIÓN PENDIENTE Y EL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADO.

1°. La gestión judicial pendiente tiene su origen en la siguiente solicitud de información que la empresa WOM S.A. efectuó a la Subsecretaría de Telecomunicaciones:

“Todos los antecedentes y presentaciones relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico en la banda 3.400-3.700 MHz (“Banda 3.5”), presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A. (“Entel”) y Claro Chile S.A. (“Claro”) ante la Subtel, con fecha 17 de mayo de 2021”.

Con fecha 8 de junio, la Subsecretaría de Telecomunicaciones respondió el requerimiento, denegando la entrega de la información fundado en la negativa de las empresas aludidas -Claro y Entel- por afectar sus derechos de carácter comercial y económico, quedando por ella impedida de otorgar la información conforme al artículo 20 de la Ley de Transparencia.

2°. Atendido lo anterior, la solicitante de información dedujo amparo ante el Consejo para la Transparencia, el cual fue acogido por éste, ordenando a la Subtel entregar a la solicitante:

“Los antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A. y Claro Chile S.A. ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, con fecha 17 de mayo de 2021. Previo a la entrega de toda la información que se ordenará entregar deberá tarjar aquellos datos



personales de contexto incorporados en la documentación requerida, por ejemplo, domicilio particular, fecha de nacimiento, nacionalidad, estado civil, teléfono y correo electrónico particular, entre otros, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 2°, letra f), y 4° de la ley N° 19.628. Lo anterior, se dispone en cumplimiento de la atribución otorgada a este Consejo por el artículo 33, letra m), de la citada Ley de Transparencia”.

3°. Con fecha 19 de noviembre de 2021, la requirente, Claro Chile S.A., dedujo ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago reclamo de ilegalidad en contra del Consejo para la Transparencia, Rol 571-2021, el que se encuentra pendiente de resolución.

4°. La empresa requirente cuestiona la parte subrayada de los artículos 5°, 10° y 11°, letras a) y b), de la Ley N° 20.285, según se indica a continuación:

“Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Artículo 11.- El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:

a) Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

b) Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

5°. La cuestión constitucional que cabe dilucidar por esta Magistratura recae en la interpretación del artículo 8° de la Constitución, específicamente en cómo dicha interpretación resulta compatible con los preceptos impugnados.



II. ALCANCE DEL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN

6°. La mayoría de los reproches formulados en el requerimiento de inaplicabilidad llevan a que la cuestión constitucional que especialmente debe dilucidar esta Magistratura se vincula con la interpretación del artículo 8° de la Constitución y cómo esa interpretación es compatible con los preceptos impugnados. Dos cuestiones han estado en el centro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos de los órganos del Estado. Primero, si la Constitución consagra o no un principio de publicidad. Y, segundo, el alcance del mismo y los límites de aquel.

7°. La noción de principio está en juego, puesto que, como ya se recordó y han sostenido las sentencias que han declarado inaplicables los preceptos que se cuestionan, el artículo 8° constitucional “tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a dicha publicidad. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza.” (STC Rol N° 1.990, c.19°).

8°. La ausencia de la voz “principio” en la Constitución no debería eludir que ello sea resorte de interpretación, como lo indica el propio Tribunal. Lo anterior resulta obvio, porque la Constitución denomina principio a pocas cuestiones: la probidad (artículo 8°, inciso primero, de la Constitución), los principios básicos del régimen democrático y constitucional (para la defensa del pluralismo político en el artículo 19, numeral 15° de la Constitución), los principios de carácter técnico y profesional en que se funda la carrera funcionaria en la Administración Pública (artículo 38 de la Constitución) y el principio del desarrollo territorial y armónico con que se debe organizar el gobierno y administración interior del Estado (artículo 115 de la Constitución), y nada más. Estos principios son los únicos que la Constitución indica en forma expresa, pero no es posible entender que sean los únicos que formen parte de nuestro ordenamiento.

9°. Sólo en la revisión de un cúmulo de sentencias es posible advertir que la jurisprudencia constitucional recurre permanentemente a los principios. Sólo a título ejemplar: al principio de separación de poderes (STC roles N°s 2865 y 2866 en el c.15°, 2868, c.6°, y 2805, c.19°); principio de igualdad ante la ley (STC roles N°s 2805, c.20°, y 2673, c.15°); principio de protección a la maternidad (STC Rol N° 2796, c.6°); principios del bien común y servicialidad del Estado (STC roles N°s 2693, c.7°, y 2793, c.19°); principio de legalidad (STC roles N°s 2671, c.17°, 2834, c.27°, 2694, c.14°, y 2722, c.14°); principio de legalidad del gasto (STC roles N°s 2868, c.14°, y 2744, c.6°); principio de independencia de la función parlamentaria (STC Rol N° 2868, c.7°); principio de igualdad (STC Rol N° 2694, c.3°); principio de certeza y



seguridad jurídica (STC Rol N° 2694, c.18°); principio de autonomía financiera del Congreso Nacional (STC Rol N° 2868); principios de culpabilidad penal, de tipicidad y de legalidad penal (STC Rol N° 2722); principio del debido proceso (STC Rol N° 2722, c.5°); principio del justo y racional procedimiento (STC Rol N° 2722, c.6°); principio de presunción de inocencia (STC Rol N° 2799, c.17°); principio de razonabilidad (STC Rol N° 2798, c.27°); principio de proporcionalidad (STC roles N°s 2671, c.23°, y 2798, c.27°); principio de juridicidad (STC Rol N° 2798, c.3°).

En este brevísimo racconto no hay referencias a los principios de dignidad humana, de libertad, de primacía de la persona humana, de igualdad de oportunidades, de participación o de integración social, por sólo indicar los referidos al artículo 1° de la Constitución. No haremos la distinción aquí entre valores (como igualdad, libertad o dignidad) y los principios, por cuanto desde el punto de vista normativo los valores operan como principios. En fin, interpretativamente no somos nada sin los principios, puesto que en ellos residen razones argumentativas que se hacen pesar en los casos concretos, sin importar que el constituyente o el legislador los denomine como tales.

10°. Resuelto interpretativamente el correcto uso del principio de publicidad, cabe verificar su alcance. Si un principio es tal, básicamente lo será para que su aplicación tenga el máximo alcance posible. *“Los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (...) Toda norma es o bien una regla o un principio.”* [Robert Alexy (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 86-87]. Es por ello que un principio es una norma genérica, porque *“por un lado, exige la formulación de otras normas -que la “concreticen”, la “actualicen” o le den “ejecución”- sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos; pero, b) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas”* (Riccardo Guastini (2010), *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Unam, México, Ed. Trotta, p. 77).

11°. Ahora bien, el artículo 8° de la Constitución Política establece el principio de publicidad y, como tal, es el mínimo o parámetro a partir del cual se admite un desarrollo legal. La fuerza normativa del principio es esencialmente expansiva, por lo que sería un contrasentido afirmar que el artículo 8° establece un límite superior al desarrollo de la publicidad de los actos públicos. Tal como resolvió esta Magistratura en Sentencia Rol N° 1.051 (en materia de control preventivo de la Ley N° 20.285), el artículo 5° de esta ley es constitucional y no es una ley interpretativa de la Constitución como se pudo contrastar en el debate sostenido con la minoría de ese fallo.



Por lo tanto, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución Política de la República, sino que es una norma legal que desarrolla el contenido constitucional de éste. En ese sentido, el artículo 8° de la Constitución Política de la República no señala que «son públicos [sólo] los actos y resoluciones de los órganos del Estado», por lo que es perfectamente posible que la ley amplíe la extensión de la publicidad. Tampoco sostiene la Constitución que son públicos “sus fundamentos” “incorporados en el expediente administrativo respectivo”, con lo cual administrativiza la modalidad de los fundamentos y reduce los cimientos del acto público a aquello que estaría dispuesto a formalizar la autoridad estatal. ¿Dónde se vierten esos fundamentos que es necesario explicitar que sean públicos? Hoy, hay muchos formatos en que se pueden consignar los fundamentos de un acto, siendo los correos electrónicos uno de ellos.

Por tanto, la alegación del requirente respecto de que los artículos 5°, 10° y 11°, letras a) y b), de la Ley N° 20.285 infringirían el artículo 8° de la Constitución Política de la República por “ir más allá” del texto constitucional es incoherente con la consideración de principio del determinado artículo. El deber argumentativo, cuando se enfrenta un principio, no es sostener que éste va más allá de la Constitución, sino que la contradice materialmente. En síntesis, el artículo 8° de la Constitución no es el techo normativo de la publicidad, sino que es el principio donde comienza la regulación de la publicidad de los actos de la Administración del Estado.

12°. Por lo demás, como ha sostenido esta Magistratura, el derecho de acceso a la información pública -cuyo ejercicio regula la ley N° 20.285 y que es consecuencia de la consagración del principio de publicidad establecido en el inciso 2° del art. 8° de la Carta Fundamental- “se encuentra reconocido implícitamente en el artículo N° 12 de la Constitución” (Roles 634-06, 1990-11, 2153-11). En efecto, “*el inciso 2° del precepto constitucional (del art. 8°) se vincula más propiamente con el derecho a la información que estamos analizando, puesto que se refiere a la necesidad de que los actos y resoluciones de los órganos estatales sean públicos*” (Silva Bascuñán, A., (2008), *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XII*, Editorial Jurídica de Chile, p.300), por lo que la citada norma constitucional “*garantiza el acceso a las fuentes informativas derivadas de la actividad estatal, lo cual es esencial para permitir el pleno ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar, y ello supone que no sólo los individuos, sino los medios de comunicación social, puedan llegar a tener conocimiento de los actos y resoluciones públicas, para estar así en condiciones de divulgarlos, examinarlos, evaluarlos, criticarlos, aprovecharlos y, eventualmente, impugnarlos*” (Silva Bascuñán, A., ob. cit., p. 301).



III. NO ES NECESARIO ACREDITAR UN INTERÉS PÚBLICO PARA OBTENER INFORMACIÓN PÚBLICA

13°. La Ley N° 20.285 expresamente establece que el ejercicio del derecho al acceso a la información no está subordinado a la justificación de un interés en particular para obtener la información solicitada. Ello, de conformidad con el principio de la no discriminación consagrado en la letra g) del artículo 11 de la Ley N° 20.285, el cual dispone que “los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud” (el subrayado es nuestro).

14°. La no necesidad de acreditar un interés público para obtener información pública no es sino aplicación del artículo 8° de la Constitución, que establece como regla general la publicidad de “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, salvo las excepciones señaladas en el mismo precepto. Es que en un Estado Democrático, como lo señaló Bobbio, “la publicidad es la regla, el secreto es la excepción” (citado en Contreras V, Pablo. (2010). *Transparencia y leyes secretas en Chile. Estudios Constitucionales*, 8(2), 87-124).

15°. En el mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando señaló que la información solicitada “debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción” (Caso Claude y otros Vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006, párr. 77).

16°. En este orden de ideas, cabe citar la Ley Fundamental de la Libertad de Prensa de Suecia, de 1949. Esta Ley Fundamental regula el ejercicio del derecho a la libertad de prensa, que comprende el libre intercambio de opiniones, la información libre y completa y la libre creación artística (artículo 1 del capítulo 1). En su capítulo 2, reglamenta en forma detallada la publicidad de los documentos oficiales. Conforme a su artículo 1, la publicidad de los documentos oficiales materializa el ejercicio de la libertad de prensa. El artículo 2 establece como regla general su publicidad y enumera las causales que autorizan la restricción a la publicidad.

Frente a una solicitud de acceso a un documento público, la autoridad está obligada a proporcionarlo, salvo que se trata de un documento que no es público o que concurra una causal de reserva, con arreglo a las disposiciones de la Ley Fundamental de Prensa. En este ámbito, el artículo 18 del capítulo 2 de la citada Ley Fundamental establece una doble prohibición a la autoridad pública ante una solicitud de acceso a un documento público, a objeto de garantizar, efectivamente, el acceso a la información pública. Por una parte, en relación con el solicitante, la autoridad no podrá indagar sobre su identidad y, por otra, en relación con los propósitos que motivan la solicitud, no podrá exigir su explicitación “más allá de lo necesario para permitir a la autoridad evaluar si existe un obstáculo para la



divulgación del documento”. En tal sentido, la doble prohibición anotada impide la intimidación, así como la censura previa.

17°. Cuando lo que está en juego tiene que ver con la determinación del alcance del régimen de publicidad, el solicitante originario de información no puede estar sujeto a una identificación previa de un interés público que justifique la solicitud. Una exigencia de tal naturaleza convertiría el régimen de publicidad en uno susceptible de censura previa afectando el sentido objetivo de la información. Más allá de si en definitiva la información es pública o reservada, el necesario sostenimiento de un interés público transformaría al Consejo para la Transparencia en un organismo censor incompatible con la función pública que desempeña en democracia.

18°. Lo anterior es sin perjuicio de que, una vez planteada una solicitud de información, en el caso que la publicidad de la misma afecte derechos de terceros, sea procedente efectuar un test de interés público, que es el instrumento empleado por el Consejo para la Transparencia para ponderar entre el interés público en la divulgación de la información y el interés privado de los terceros cuyos derechos resultarían afectados con la publicidad.

IV. LA RESERVA DE LA INFORMACIÓN INVOCADA ES UN ASUNTO DE MERA LEGALIDAD Y NORMAS NO RESULTAN DECISIVAS

19°. La Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en su artículo 21° preceptúa que “Sólo podrán ser titulares de concesión o hacer uso de ella, a cualquier título, personas jurídicas de derecho público o privado, constituidas en Chile y con domicilio en el país. Sus Presidentes, Directores, Gerentes, Administradores y representantes legales no deberán haber sido condenados por delito que merezca pena aflictiva”. En el inciso segundo de dicha norma se agrega que “En caso de transferencia, cesión, arrendamiento u otorgamiento del derecho de uso, a cualquier título, de concesiones y permisos, se requerirá la autorización previa de la Subsecretaría, la que no podrá denegarla sin causa justificada. En el caso de concesiones de radiodifusión sonora, la autorización no podrá solicitarse antes que las obras e instalaciones de la concesión hayan sido autorizadas de conformidad con el artículo 24 A y que hayan transcurrido a lo menos dos años desde la fecha en que se haya iniciado legalmente el servicio. El adquirente quedará sometido a las mismas obligaciones que el concesionario o permisionario, en su caso”.

En consecuencia, para realizar la transferencia de una concesión, como el de servicio público telefónico local inalámbrico, se requiere la autorización previa de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, la que podrá autorizarlo o bien denegararlo con causa justificada, la que, en el caso de autos, fue otorgada mediante Resolución Exenta N° 1.045, del 19 de mayo de 2021.



Conforme a lo expuesto, la información que el Consejo para la Transparencia ordenó entregar a la referida Subsecretaría no solo está en su poder sino que constituye el fundamento que permitió dictar la autorización previa que, a su vez, sirvió de fundamento al Decreto Exento N° 230, de 26 de mayo de 2021, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que modificó la titularidad de la Concesión de servicio público telefónico local inalámbrico que se indica.

20°. Ahora bien, la requirente alega que la entrega de la información requerida afecta su privacidad y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, manifestando que “la referencia amplia a “los antecedentes relativos a la solicitud” efectuada por WOM S.A. y erróneamente otorgado por el Consejo, comprende documentos cuya privacidad y confidencialidad incluso es reconocida en la Decisión de Amparo del Consejo, y que escapan de la instancia de autorización previa de Subtel” (fs. 14). Asimismo, señala que no es jurídicamente aceptable que, en virtud de la solicitud realizada por WOM S.A., “se justifique un ataque y afectación tan gravosa a la privacidad de nuestra representada, quien perderá ‘el control de la información propia’” (fs. 17).

Junto con lo anterior, estima que se afecta el derecho a la libre iniciativa económica, toda vez que la información solicitada “incluye planificación estratégica presente y a largo plazo de Claro y Entel, cuya divulgación a su competidor directo en la industria de las telecomunicaciones (WOM S.A.) lo dejaría en una posición muy desmejorada frente a los siguientes procesos licitatorios que pudieran ser convocados por la Subtel. En vista de ello, no corresponde perturbar la libertad de desarrollar cualquiera actividad económica a Claro, forzándola a entregar información comercial privada a un competidor directo, como lo es WOM S.A” (fs. 21).

21°. Si bien en su decisión el Consejo para la Transparencia resolvió que: “En la especie, los terceros involucrados no han proporcionado antecedentes que permitan a esta Corporación verificar o identificar una afectación o daño presente, probable y específico a sus derechos, de acuerdo con lo cual se descartarán sus alegaciones”, la Corte de Apelaciones puede revertir la decisión mediante el reclamo de ilegalidad que constituye la gestión pendiente, siendo el respectivo tribunal el que debe definir si en el caso concreto se vulneran los derechos alegados por la requirente, por constituir este conflicto uno de mera legalidad y no de constitucionalidad que corresponda a esta Magistratura decidir.

22°. En tal sentido, como se resolvió en STC Rol N° 2505, “la dicotomía información pública/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece, aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas.” (C. 26°). De ese modo, será competencia de la Corte de Apelaciones de Santiago determinar si en los hechos la revelación de la información solicitada afecta o no los derechos de terceros, teniendo presente además lo dispuesto en el artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia, que establece como



causal de secreto o reserva “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

23°. Por último, en lo que se refiere a la impugnación del artículo 11, letras a) y b) de la Ley N° 20.285, no cabe más que rechazar el requerimiento atendido a que, por el contenido de dichas normas, referidas a los principios de relevancia y de libertad de información, no se alcanza a divisar cómo podrían ellas resultar decisivas.

24°. En síntesis, por todo lo expuesto, a juicio de quienes suscriben este voto, debió desestimarse el requerimiento.

PREVENCIONES

La Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ estuvo por acoger la impugnación a los artículos 5, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N°20.285, únicamente en virtud del argumento siguiente:

1°. Que, la ley N°20.285, de acceso a la información pública, fue promulgada en agosto de 2008, en forma posterior a la condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude Reyes y otros versus Chile*, relacionado con la negativa a dar información sobre el proyecto de deforestación “Río Cóndor” y de la empresa forestal Trillium por parte del Comité de Inversiones Extranjeras a los ciudadanos solicitantes. Ya en ese tiempo, la Corte consideró que la norma, entonces en tramitación, era un paso adelante en la política legislativa para el cumplimiento de los fines que busca el acceso a la información pública. En su capítulo de reparaciones señaló que *“de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención (...) la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades [La Corte] valora los importantes avances normativos que Chile ha emprendido en materia de acceso a la información bajo el control del Estado, que se encuentra en trámite un proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública”* (párrafos 161 y 162 de la sentencia *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, de 19 de septiembre de 2006). La controversia, que llevó a Chile por tercera vez al Sistema Interamericano por asuntos vinculados a la libertad de expresión, demuestra que uno de sus ámbitos más propios es el acceder a información de privados que se encuentran relacionados a la actividad estatal, y que en ese campo se despliega gran parte de la potencia fiscalizadora y de control del poder público que esta política busca cumplir, como se ha señalado *“La existencia de expresión e información libre es objetivamente valiosa para una sociedad y por lo mismo se ha configurado una ‘posición preferente’ respecto de otros derechos fundamentales. Esta posición preferente es ratificación que la libertad de información no es sólo un valor en sí mismo, sino que es fundamental para el ejercicio de otros derechos. ‘Protege [...] la búsqueda de la verdad, que exige el flujo libre y contraste de ideas, y la necesidad de comunicarse con sus semejantes que tiene el ser humano para*



desarrollar su personalidad'. Asimismo, la información es el presupuesto para la activación de mecanismos de participación, de mecanismos de fiscalización de la autoridad y el presupuesto de exigibilidad de otros derechos fundamentales" (García, Gonzalo y Contreras, Pablo "Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la defensa nacional", *Estudios Constitucionales*, V. 7 N°1, Santiago 2009).

2°. Que, la Ley N°20.285 obliga a individualizar la persona del solicitante, pero no establece otros requisitos de acceso. Es una legitimación activa amplia y que tampoco se encuentra condicionada a ningún tipo de fundamentación, por lo que, si bien la peticionaria explicita que su objetivo es la preparación de una demanda, esto es irrelevante desde el punto de vista del derecho que ha decidido ejercer.

3°. Que, sin embargo, el tenor de la solicitud es completamente genérico, como también lo es la respuesta del Consejo para la Transparencia al ordenar entregar "los antecedentes relativos a la solicitud de autorización previa para la transferencia de concesión de servicio público telefónico local inalámbrico presentada conjuntamente por Entel Telefonía Local S.A. y Claro Chile S.A. ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones". Es aquí donde las normas legales que obligan a la entrega de "información", en el artículo 5, inciso segundo y 10 inciso segundo, de la citada ley, deben ponerse en relación con la norma constitucional. El artículo 8, inciso segundo, de la Constitución establece "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".

No son los artículos 5 y 10 de la ley los inconstitucionales, sino los términos en que es acogida la solicitud de información los que dan lugar al efecto inconstitucional de este caso, ya que es la idea de que "toda información o todo antecedente del proceso licitatorio" debe ser entregado, la que excede el derecho como ha sido configurado por la Constitución. En este sentido, para esta disidencia se tomará el voto de prevención del ministro Sr. Carmona en la STC 2870-15, en el sentido de argumentar que: "En el presente caso, se trata no de un documento público, en el sentido de que emane de un órgano de la Administración del Estado, cumpliendo las formalidades del caso. Se trata de un documento privado. Estamos frente a un contrato. Lo que de acuerdo al artículo 8 se entrega son actos y resoluciones, o sea, documentos del Estado (...) Que, en segundo lugar, para obviar lo anterior, se sostiene que aquí estamos frente a un documento que sirve de sustento o complemento directo o esencial a la decisión de adjudicación.

Sin embargo, dicha hipótesis no está tratada en el artículo 5 como un correlato de los fundamentos del acto. Dicho precepto distingue entre actos y resoluciones, fundamentos, documentos que sirven de sustento o complemento directo y esencial y los procedimientos.

Introduce, por tanto, una hipótesis que el artículo 8 de la Constitución no contempla.



Sobre todo, porque el artículo 41 de la Ley N°19.880 establece que la resolución final de un procedimiento administrativo debe ser fundada. Esto significa que debe tener motivación y que ésta debe ser adecuada y suficiente. La motivación implica explicitar las razones que la Administración tuvo para decidir, señalar los hechos y fundamentos de derecho que la llevan a resolver en un sentido y no en otro. Implica, por lo tanto, un razonamiento coherente que justifique la decisión. La Administración debe explicitar en la resolución final la justificación de su decisión.

Sin embargo, esa justificación, desde luego, no tiene que convencer a todos. Enseguida, no tiene que ser un tratado en la materia. Y, finalmente, no tiene que ver con documentos. Estos se citan, se ponderan, se consideran o aprecian o se refieren. Además, nada impide acceder a elementos o documentos fundantes, con base en el artículo 17 de la misma Ley N°19.880 (...) se sostiene que el contrato debe ser entregado porque es una información que obra en poder de los órganos de la Administración.

(...) Es cierto que la expresión 'toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración' que utiliza el precepto reprochado puede ser interpretada como que es información que tenga en su poder, sea que la haya producido el mismo, o se la hayan entregado otros órganos o particulares.

Sin embargo, debe descartarse una interpretación tan amplia, por varias razones. Desde luego, porque la información que la Constitución busca hacer pública es la información de los órganos de la Administración del Estado, no la de los privados.

Enseguida, implica una distorsión del derecho de acceso a la información, pues la información que se entrega al Estado en el entendido de terminar siendo compartida extraños, poniendo en juego suministro de información (...) Que, finalmente, constituye una carga excesiva para quien participa en este procedimiento licitatorio, que para participar deba acompañar ciertos documentos como condición inevitable y que luego esa información se le presuma pública, salvo que pruebe una causal de reserva o secreto".

4°. Que, en consecuencia, es en estos estrictos términos que se acoge la inconstitucionalidad de los artículos 5, inciso segundo y 10 inciso segundo, de la Ley N°20.285, descartando que lo que se deba entregar sea toda información que haya formado parte de un proceso licitatorio, sino que solo aquello que forme parte de la motivación, adecuada y suficiente, de los actos o resoluciones estatales.

El Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE estuvo por acoger la impugnación a los artículos 5º, inciso segundo, y 10, inciso segundo, de la Ley N°20.285, teniendo además en consideración lo siguiente:

1. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Magistratura, el art. 5º de la Ley 20.285 va más allá de lo reconocido en el art. 8º de la Constitución (STC rol 2.153-2011, considerando 54º y ss), pues "amplía" la información a que se tiene acceso



(STC rol 2.246-2012, considerando 79º) generándose de esta ampliación un vicio de “exceso competencial” o “vicio de incompetencia” (STC rol 2.246-2012, considerandos 89º-90º) de la norma en cuestión.

2. Este exceso competencial, diagnosticado a partir del cotejo entre lo que dispone el art. 8º CPR y lo que manda el art. 5º inciso 2º de la Ley N° 20.285, puede o no generar efectos contrarios a la Constitución dependiendo de las circunstancias del caso concreto y es una carga del requirente de inaplicabilidad el demostrar que, en la gestión judicial, habrán de producirse esos efectos. Por lo tanto, habrán casos en que el exceso competencial no generará efectos inconstitucionales (como, por ejemplo, si la información que obra en poder de la Administración y que es requerida mediante una solicitud de acceso a la información no puede ser conectada con ningún derecho constitucional o porque quien la produjo carece de derechos fundamentales propiamente tales) e hipótesis en que el exceso competencial sí generará efectos inconstitucionales. Esta última hipótesis será posible si se demuestra, por ejemplo, la vulneración de un derecho o el quebrantamiento de una regla constitucional objetiva.

3. El caso concreto se refiere a información reservada que la requirente aportó en un contexto en que razonablemente esperaba que dicha información se mantuviese reservada por la Administración. Esta expectativa de privacidad no solo refiere a asuntos propios sino que también comprende información de otra empresa (Entel) con la cual la requirente ha mantenido una relación que comprende intereses comerciales y económicos que, como consta en el proceso y como es además de público conocimiento, compiten con los de quien requiere el acceso a la información (en este caso WOM S.A.).

4. La información reservada corresponde a aquello que la doctrina comparada llama *secret d'affaires*, *segreti industriali*, *Betriebs- und Geschäftsgeheimnis* o *trade secrets* y comprende toda la información no disponible para el público y que es imprescindible para el funcionamiento competitivo del negocio. Esta información goza, merced del reenvío que hace el artículo 5º inciso segundo constitucional, de la protección que entrega el Derecho internacional y que se expresa en el Acuerdo de Marrakech (artículo 39, DS. N°16, Diario Oficial de 17 de mayo de 1995) y, a nivel doméstico, en la Ley N° 19.039 (artículo 86).

5. La publicidad de la información comercial reservada no solo impacta negativamente en el ejercicio de la privacidad que reconoce el artículo 19 N° 4, y que admite una interpretación que presta cobertura a las relaciones comerciales, sino que también genera un efecto contrario a lo derechos reconocidos en los números 21 y 25 del artículo 19 constitucional.

6. Por cuanto refiere al derecho de empresa reconocido en el artículo 19 N° 21, la actividad económica precisa justamente de aquella actividad contractual que articula jurídicamente las operaciones económicas dentro del mercado. Emprender,



o realizar actividades económicas, es también relacionarse jurídicamente o contratar. La actividad contractual de la empresa no es sino la faceta jurídica de la actividad productiva o intermediadora de bienes o servicios. Liberar el contenido de esas operaciones económicas, cuando ellas comprenden información sensible o estratégica por ser reservada, produce un efecto contrario a esa actividad contractual libre o, mejor dicho, de relacionamiento jurídico que es propia de la actividad económica y por lo tanto al derecho reconocido en el artículo 19 N° 21. La práctica en otros tribunales constitucionales demuestra que es plausible conectar la vulneración de los secretos empresariales con los derechos con las libertades económico (así por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán en el caso *Deutsche Telekom*, 14 de marzo de 2006, 1 BvR 2087/03).

7. La literatura comparada ha demostrado que la transparencia —cuando ella tiene por objeto la información empresarial— puede tener efectos indeseados en el área de la competencia, cuya libertad también forma parte del contenido implícito del artículo 19 N° 21. En materia de compras públicas, por ejemplo, la OCDE ha puesto de manifiesto que el exceso de transparencia es un factor de distorsión que puede estimular el *bidge rigging* o la manipulación de las ofertas: “mientras la transparencia es indispensable para la prevención de la corrupción, la transparencia excesiva o innecesaria debería ser evitada” (OECD, COMPETITION COMMITTEE, *Competition and Procurement. Key Findings*, 2011, pp. 31-32 y *Guidelines for Figthing Bid Rigging in Public Procurement*, 2009, y *Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, 2012). En similar sentido, la jurisprudencia de la Unión Europea ha sostenido que el principio de transparencia debe conciliarse con los intereses comerciales legítimos y con la competencia leal, pues la apropiación de la información comercial mediante las herramientas de la transparencia genera ventajas competitivas injustas (T-195/08, *AntwerpseBouwwerken NV c. Comisión Europea*, 10 de diciembre de 2009).

8. La liberación de información comercial reservada también vulnera el derecho de propiedad. La jurisprudencia norteamericana (*Ruckelshaus v. Montsanto*, 467 U.S. 986 1984) ha considerado que la violación de los secretos comerciales de parte de órganos estatales es una forma de infracción de la *taking clause* y que ella genera responsabilidad federal bajo la antigua *Ley Tucker* (QUINTO, David y SINGER, David, *Trade Secrets. Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p.219). Esta Magistratura, por su parte, ha reconocido la existencia de una pluralidad de propiedades cubiertas por el artículo 19 N° 24, en su primera parte (STC rol 1298-2010, considerando 44° y siguientes.), pluralidad en la que cabe comprender el dominio sobre los conocimientos. Todavía más específicamente, en el artículo 19 N° 25, particularmente en aquella parte que refiere a las “creaciones análogas”, se reconoce la regla con la que se encuentran frontalmente enfrentados los dos preceptos requeridos de inaplicabilidad.





9. Lo dicho plantea que la presente inaplicabilidad no es puramente una cuestión de legalidad. Por el contrario, lo que aquí se discute es que, justamente, a partir de la aplicación de un precepto legal —que hace públicos documentos que la Constitución no declara como tales— se pueden producir efectos contrarios a la Constitución.

Redactó la sentencia el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ; la disidencia, la Ministra señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO; y las prevenciones, la Ministra señora DANIELA MARZI MUÑOZ y el Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 13.003-22 INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, y por sus Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, señora DANIELA MARZI MUÑOZ, y por el Suplente de Ministro señor MANUEL NÚÑEZ POBLETE.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el País.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.