
JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

José Ignacio Lisboa Casassas¹

“SALMONES MULTIEXPORT S.A.”

Tribunal Constitucional, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5°, inciso 2°, y 10, inciso 2° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (Ley de Transparencia) y de parte del artículo 31 bis de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medioambiente. Sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016, Rol Ingreso Corte N° 2.907-15-INA.

El artículo 5°, inciso 2°, de la Ley N° 20.285 define de manera amplia el concepto de información pública; el artículo 10 inciso 2° de la misma ley establece la información a la cual se puede acceder por parte de los particulares; y el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300 define lo que debe entenderse como información pública de carácter ambiental.

La sentencia del Tribunal Constitucional, dictada el 27 de diciembre de 2016, acoge, por mayoría de votos, el requerimiento de inaplicabilidad interpuesto por Salmones Multiexport S.A y declara inaplicables los artículos impugnados en la causa caratulada “por contravenir el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución Política de la República”.

La gestión pendiente tuvo su origen en la solicitud realizada por don Alex Muñoz al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA) sobre información acerca de la cantidad total de

1 **JOSÉ IGNACIO LISBOA CASASSAS.** Abogado del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado.

antibióticos y clases de los mismos utilizados por la industria salmonera entre los años 2009 y 2013. En su solicitud el Sr. Muñoz pedía que la información se proporcionara desagregada por empresa sobre cantidades y clases de antibióticos utilizados por cada una de ellas en el cultivo del salmón. Precisa el requerimiento que, conforme a la letra b) del artículo 90 quater de la Ley de Pesca, SERNAPESCA tiene la obligación de transparencia activa consistente en mantener en su sitio de dominio electrónico la información sobre el uso de antimicrobianos por cantidad y tipo, pero ello a nivel de agrupaciones de concesiones no por empresa.

SERNAPESCA negó el requerimiento de información al Sr. Muñoz debido a la oposición de las empresas salmoneras titulares de la información requerida.

Ante la negativa el Sr. Muñoz recurrió ante el Consejo para la Transparencia el que accede parcialmente a la solicitud de información, pero no en lo que dice relación con la información desagregada por empresa por considerar que esta información constituía un secreto empresarial de cada compañía en los términos de la ley sobre propiedad industrial que tiene un valor comercial cuya publicidad afecta el desenvolvimiento competitivo y, por tanto, se encuentra amparada por la casual de reserva del artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia.

En contra de esta decisión del Consejo Para la Transparencia el Sr. Muñoz interpone un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago la que acoge el reclamo considerando que la información solicitada era pública, sin que concurriera a su respecto causal de reserva alguna, ordenando al Servicio la entrega de la información desagregada del uso de antibióticos en la producción de salmones en casi cincuenta empresas del rubro, por estimar que toda persona tiene derecho a acceder a la información que obre en poder de la Administración.

Ante esto Salmones Multiexport S.A presenta un recurso de queja ante la Corte Suprema, que es la gestión pendiente ²

2 El recurso de queja fue acogido en fallo dividido dictado por la Corte Suprema el 6 de julio de 2017 (Rol N° 15.138-2015). La sentencia de la Corte Suprema señala

En cuanto al fundamento de derecho señala el requerimiento que el artículo 8° de la Constitución Política establece un límite a la publicidad que no es respetado por las normas impugnadas ya que, señala, el artículo 8° sólo ordena la publicidad de actos, resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos atinentes y no de toda información que obre en poder de la Administración. Agrega que así queda claro de la historia fidedigna del citado artículo 8° en la que constaría que se rechazó una indicación por la que se harían públicos los antecedentes que proporcionan a las entidades estatales las empresas que prestan servicios de utilidad pública y que actualmente existe un proyecto de reforma constitucional que permitiría a las personas el acceso a toda la información que pueda estar en manos de la Administración (boletín N° 8.805-07).

Durante la tramitación del requerimiento el Consejo para la Transparencia formuló diversos cuestionamientos al mismo, entre otros que en él se plantearía una contradicción abstracta entre las normas impugnadas y el artículo 8° de la Constitución, lo que es propio de una declaración de inconstitucionalidad y no de un requerimiento de inaplicabilidad. El Tribunal Constitucional rechaza esta observación señalando que lo que está en juego en el requerimiento es la aplicación de las normas impugnadas a un caso concreto y sus posibles efectos inconstitucionales y respecto de ello, agrega, girará la decisión de esta Magistratura. Asimismo, en relación a las observaciones del Consejo para la Transparencia acerca de la irrelevancia del requerimiento –por existir otras normas no impugnadas que se aplicarían y producirían el mismo efecto que el requerimiento pretende evitar– que al Tribunal Constitucional, como reiteradamente lo ha señalado, le basta la potencialidad de aplicación de la o las normas impugnadas lo que no vuelve irrelevante la declaración de inaplicabilidad.

que la información que se pide por el solicitante, en tanto exige sea disociada por empresa -para cuando se trate de una agrupación de concesiones cuyo titular esté compuesto por diversas sociedades-, importa acceder a la entrega de información que tiene el carácter de reservada o secreta, en el entendido que constituyen antecedentes que guardan relación con formación confidencial y estratégica de cada compañía. Por su parte hubo dos ministros (Muñoz y Valderrama) que estuvieron por rechazar el recurso por tratarse de un tema de interpretación legal.

Señala además el Tribunal Constitucional, en esta parte preliminar, que las tres normas impugnadas sin duda influyen en la gestión pendiente de autos puesto que en ella lo que se analizará será la existencia o no de una falta o abuso de parte de la Corte de Apelaciones en la aplicación que dio a dichas normas en el reclamo de ilegalidad que ordenó a SERNAPESCA entregar la información desagregada por empresa, del uso de antibióticos.

El fallo desecha, por otra parte, hacerse cargo de la alegación de la requirente acerca de la vulneración que las normas impugnadas causarían al derecho al secreto industrial, por tratarse de un conflicto de interpretación legal ajeno a la competencia del Tribunal Constitucional.

Criterios interpretativos

Antes de entrar a resolver el fondo del requerimiento, el Tribunal Constitucional se refiere en su sentencia a los criterios interpretativos que utiliza el Tribunal. Destaca entre ellos, lo indicado en relación a la evolución que ha tenido el acceso a la información sobre informes y antecedentes que las empresas privadas deben proporcionar a las entidades encargadas de su fiscalización.

Señala que, en definitiva, la historia fidedigna de los preceptos apunta a restringir el acceso a la información que las empresas privadas sujetas a fiscalización entreguen a las entidades que las controlan y que el artículo 8° de la Constitución Política 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”.

El fallo analiza en seguida la diferencia entre leyes interpretativas de la Constitución y leyes de reforma constitucional. Las primeras son aquellas que fijan el genuino sentido y alcance de un precepto constitucional, pero sin agregarle nada a la norma constitucional interpretada por la ley. Las segundas, por su parte, no persiguen aclarar o interpretar un precepto sino innovar.

Señala el fallo que la distinción es importante debido a que existe en tramitación ante el Congreso un proyecto de reforma constitucional

que modifica el artículo 8° de la Constitución agregando como principio que rige la Administración –junto al de probidad ya reconocido en dicho artículo– el de transparencia, el que incluye “los principios de publicidad y acceso a la información pública”.³ Además, se indica, el proyecto modifica el artículo 19, N° 12, consagrando el derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Agrega en este punto la sentencia que se comenta, que el proyecto de reforma constitucional constituye una reacción a diversos fallos del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 8° que han señalado que éste no establece el principio de transparencia (STC Rol N° 1990/2012), que la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC Rol N° 634/2007) y que la Constitución no habla de información (STC Roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013).⁴

Esta parte de fallo es de suma importancia pues, independientemente de lo que se resuelve en el caso concreto, fija la interpretación que debe darse al artículo 8° de la Constitución Política la que aparece como más restrictiva de lo que suele creerse o pensarse⁵, concluyendo que en el

- 3 El proyecto se tramita en boletín 8805-07 y permanece sin movimiento desde el año 2015.
- 4 No siempre el Tribunal Constitucional interpretó de una manera restrictiva el artículo 8° de la Constitución Política de la República. Con anterioridad a la sentencia de la causa Rol 1990-2012 el Tribunal había señalado que el derecho de acceso a la información pública era un derecho implícito en la Constitución (Rol 634-2007) Para más información puede verse artículo de José Antonio Viera Gallo titulado “El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública”, publicado en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae “Transparencia y Acceso a la Información” (páginas 173 y ss.). Revista de Derecho Segunda Época Año 1N° 1 -2013)
- 5 Hay diversos artículos sobre el alcance del artículo 5° d la Ley 20.285 y su eventual pugna con el artículo 8° de la CPR. Pueden verse, sólo por citar algunos, el artículo titulado “¿Cuál era el propósito del Congreso al regular el acceso a la información pública? Los límites del artículo 5° de la ley de acceso a la información”, escrito por el profesor Luis Cordero Vega publicado en la Revista de la Universidad Finis Terrae citada en la nota precedente (págs. 211 y ss.), y el artículo escrito por la profesora Gladys Camacho, denominado “Algunas Precisiones Sobre el Concepto de Información Pública”, publicado en “Transparencia en la Administración Pública” “Editorial Abeledo Perrot-2010 (págs. 43 y ss.).

texto actual de la Constitución la obligación de entregar la información solicitada no existe.

Finalmente, aún antes de resolver el fondo del tema planteado el Tribunal Constitucional se refiere a un último criterio interpretativo que consiste en indicar que la propia Constitución establece en su artículo 8°, dentro de las excepciones a la publicidad, la afectación de los derechos de las personas, criterio que será importante a la hora de resolver el requerimiento y cuyo desarrollo se contiene en el artículo 21, N° 2, de la Ley de Transparencia que puntualiza que la causal en cuestión debe entenderse que concurre cuando la 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”.

Resolución del conflicto planteado en el requerimiento de inaplicabilidad

En esta parte la sentencia señala que el requerimiento debe ser acogido respecto de los tres preceptos legales impugnados por exceder o contravenir el artículo 8° de la Constitución Política de la República.

Ello se produce, señala la sentencia, porque el concepto de información utilizado por la Ley de Transparencia no lo utiliza el artículo 8° de la Constitución

Los artículos impugnados en el requerimiento utilizan la expresión “información”, de un modo, señala la sentencia, que amplían el objeto de acceso a la información de una forma que excede el marco del artículo 8° de la Constitución al exigir la entrega de “la información elaborada con presupuesto público” o “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración”.

De acuerdo a estos preceptos, toda la información sería pública pues, o bien la Administración la ha creado, o bien la posee porque se la han entregado.

Esto excede el marco del artículo 8° de la Constitución Política de la República que razona sobre la base de las decisiones de la Administración –actos y resoluciones–, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Incluso el inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285 cuando se refiere a los documentos no habla de cualquiera, sino de aquellos que sirven “de sustento o complemento directo y esencial” a tales actos y resoluciones.

En cambio, no ocurre lo mismo con el inciso 2°, que se refiere a “información elaborada con presupuesto público” o “información que obre en poder de los órganos de la Administración”, lo que claramente excede el marco anterior

Continúa la sentencia señalando que dicha amplitud no fue lo que quiso el legislador cuando se elaboró la Ley de Transparencia, citándose al efecto tres sentencias anteriores del TC sobre este punto.⁶ Y la historia de la ley 20.285, según la cual, a juicio del TC, 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; consignándose expresamente que las deliberaciones no se consideraban actos administrativos (Historia de la Ley N° 20.285, Biblioteca del Congreso Nacional, p. 117 y siguientes).

Lo mismo ocurre, señala la sentencia, si se analiza el artículo 8° pues si se hubiese querido hacer pública toda la información no se hubiera utilizado las expresiones “acto”, “resolución”, “fundamentos” y “procedimientos”, que tienen un carácter taxativo.

Se refiere también la sentencia a que la historia fidedigna del artículo 8° de la Constitución, en la que consta que expresamente se rechazó la posibilidad de que informes y antecedentes de empresas privadas, que fueron entregados a organismos de fiscalización, estuvieran comprendidos en el artículo 8° (como sí lo permitía con anterioridad el artículo 13 de la Ley N° 19.653).

6 Roles N°s 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013.

Finalmente, el voto que acoge el requerimiento se exploya sobre el alcance de una de las normas impugnadas, que es el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300, que consagra el derecho de una persona a acceder a la información de carácter ambiental que se encuentre en poder de la Administración.

Señala la sentencia que esta norma se enmarca dentro del diseño de información propio de la legislación ambiental referida al cumplimiento y aplicación de la normativa ambiental, información sobre permisos y autorizaciones y sobre líneas de bases de proyectos sometidos al sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y que el sistema de información ambiental debe ejercerse según la propia norma que lo consagra “de conformidad a lo señalado en la Constitución Política de la República”.

Concluye la sentencia en relación a este artículo que hay información que se vincula con actos administrativos o sus fundamentos (letras c) y e)), pero hay otra que excede el marco del artículo 8° de la Constitución, porque no necesariamente se vincula a actos administrativos o sus fundamentos o bien es información privada aportada por empresas específicas.

Voto disidente

El voto disidente de los ministros Gonzalo García y Domingo Hernández se basa tanto en razones formales como de fondo.

En lo formal los disidentes cuestionan que los artículos impugnados puedan tener efectos decisivos en la resolución del pleito o gestión pendiente

En cuanto al fondo señalan que aunque la Constitución no habla de principio de publicidad en forma expresa, la correcta interpretación de la norma en cuestión permite concluir que el principio de publicidad sí se encuentra consagrado en la Constitución y, como principio, debe dársele una interpretación que amplíe su sentido y alcance al máximo posible. Se basan los disidentes en numerosos fallos –que citan– en que el Tribunal Constitucional ha admitido la existencia de “principios” no expresamente declarados como tales por la Constitución.

En relación a su alcance los disidentes sostienen que el artículo 8° de la Constitución Política establece un principio de publicidad y, como tal, es un mínimo a partir del cual se admite desarrollo legal, cuestión que hace el artículo 5° de la Ley N° 20.285. El artículo 8°—señalan los disidentes— no indica 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. En síntesis —agregan—, 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.

Agrega el voto de minoría que en materia ambiental existe un régimen de publicidad específico y que la información solicitada a SERNAPESCA es compatible con este régimen especial del Estado.

Finalmente, señalan los disidentes, en relación al secreto industrial, que éste no es absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, y que su protección legal no se aplica cuando por razones de salud pública, seguridad nacional, uso público no comercial, emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia declaradas por la autoridad competente, se justifique poner término a la protección” (artículo 90 letra b) de la Ley de Propiedad Industrial, DFL N°3/2006), excepción que es concordante con la naturaleza e importancia del acceso a la información ambiental, que en muchos casos es vital para el resguardo y protección de los derechos de las personas.

Adhieren a este voto de minoría, pero con prevenciones, la ministra Marisol Peña Torres, quien concurre al voto que antecede compartiendo únicamente los razonamientos relativos al régimen especial de información en materia medioambiental, teniendo especialmente presente que la protección constitucional del secreto industrial —en el entendido que tenga ese carácter la información solicitada a SERNAPESCA— se ejerce en la norma que establezca la ley, en este caso, la Ley N° 19.300 que, como ha quedado demostrado, establece un régimen especial de publicidad y un derecho específico de acceso a la información ambiental que tiene presente la protección de bienes jurídicos como la vida y la salud de las personas.

El ministro señor Nelson Pozo Silva, por su parte, concurre al voto disidente, sin compartir los considerandos relativos al principio de publicidad

que, según este voto, contendría el artículo 8° de la Constitución Política de la República.

La sentencia que comentamos abarca diversos tópicos. El más importante se refiere a si el artículo 8° de la Constitución Política del Estado contiene un principio de publicidad que ha sido desarrollado legalmente por las normas impugnadas sea de manera general en el artículo 5° de la Ley N° 20.285 o de manera específica en materia ambiental por el artículo 31 bis de la Ley N° 19.300, como afirman los disidentes, o si, por el contrario, el artículo 8° es más restrictivo que la Ley N° 20.285, que, por lo tanto, lo contraviene, como señala el voto de mayoría, para quienes el problema de hacer extensiva la publicidad a toda la información que tenga en su poder la Administración es un tema de *lege ferenda*.

Un segundo punto relevante se refiere a la publicidad de la información proporcionada por empresas a raíz de la potestad fiscalizadora de la Administración y si ésta puede entregarse libremente a terceros por obrar en poder de la Administración, como lo señala la Ley N° 20.285, o no se puede por afectar derechos comerciales de las empresas que deben ser protegidos y por exceder los términos del artículo 8° de la Constitución.

Finalmente, un tercer tema abordado por el fallo dice relación con el régimen especial de información en materia medioambiental y si este sistema permite acceder a información proporcionada por las empresas por el interés que existe en el resguardo del medio ambiente.

No estamos ante un fallo que podamos calificar de novedoso porque reitera la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se inclina por considerar que el artículo 8° es más bien restrictivo y no consagra el derecho a la información. Doctrina que ha sido reiterada con posterioridad al fallo que comentamos por una sentencia del Tribunal Constitucional, dictada el 23 de marzo de 2017, en un caso similar al analizado (Rol 3111-16).

En relación al segundo punto, esto es la protección del secreto industrial, de acuerdo a los considerandos veinte y siguientes de la sentencia comentada

existían dos fallos anteriores sobre esta materia: uno que rechazó un requerimiento por considerarlo un tema de legalidad y otro que lo acogió en términos similares al de la presente sentencia.

Finalmente, en relación al tercer punto abordado por el fallo, es decir el derecho a la información en materia medio ambiental, no conocemos otras sentencias del Tribunal Constitucional que traten sobre esta materia, con excepción de la sentencia de marzo de 2017 que es de un caso similar al de la sentencia que comentamos. Así, lo que puede señalarse al respecto es que si bien el derecho a la información en materia ambiental tendría un mayor alcance, no basta esta amplitud para superar la restricción, que a juicio del Tribunal Constitucional, contiene el artículo 8° de la Constitución Política.

