

# SENTENCIA HONORARIOS DE LA HAYA Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

**HERNÁN SALINAS BURGOS**

**RESUMEN:** El artículo analiza jurisprudencia reciente de la Corte Suprema en materia del derecho de acceso a la información pública y, en particular, respecto de la procedencia de la causal de reserva o secreto fundada en la afectación del interés nacional en conexión con las relaciones internacionales. En particular, el fallo se refiere con una petición de acceso a los nombres y honorarios de los abogados que representan a Chile ante la Corte Internacional de Justicia en el “Asunto de la Delimitación Marítima” con el Perú. El artículo discute el principio de deferencia absoluta en la Administración reconocido por la Corte Suprema en materia de evaluación de la afectación del interés nacional en razón de las relaciones internacionales, en beneficio del Presidente de la República y del Ministro de Relaciones Exteriores como conductor y ejecutor, respectivamente, de la política exterior del Estado. Por otra parte, el artículo estudia la aplicación de principios y normas de Derecho Internacional en la jurisprudencia indicada, en materia de privilegios, inmunidades e inviolabilidades, que la referida normativa internacional establece en beneficio de un ejercicio libre e independiente de ciertas personas de sus funciones en el plano internacional y su relación con las causales de reserva o secreta establecidas en nuestro ordenamiento jurídico en materia del derecho de acceso a la información pública. Por último, entre otras cuestiones, el artículo plantea una reflexión en orden a establecer un mecanismo de filtración, en relación a un importante número de solicitudes de información que están recargando y distraendo fuertemente recursos de la Administración en sus funciones públicas, con peticiones cuyo objeto es solo probar el sistema o carecen de un interés legítimo, sobre materias particularmente relevantes y sensibles políticamente y cuya divulgación pudieran afectar el interés nacional o la seguridad de la nación.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Los argumentos de las partes. 4. La decisión de la Corte Suprema. 4.1. La evaluación de la afectación del interés nacional en razón de las relaciones internacionales es atribución exclusiva del Presidente de la República como conductor y del Ministerio de Relaciones Exteriores como ejecutor de la política exterior del Estado. 4.2. El Derecho Internacional establece normas en materia de privilegios, inmunidades e inviolabilidades que amparan la reserva o secreto de todo documento en relación a un proceso ante la Corte de La Haya incluidos aquellos relativos con sus abogados. 4.3. La garantía constitucional del debido proceso afirma el principio de la bilateralidad de la audiencia en los procedimientos ante el Consejo para la Transparencia. 4.4. Una jurisprudencia contradictoria en relación al derecho de recurrir de ilegalidad por la causal de reserva o secreto del artículo 21 N°1, letra a) de la Ley de Transparencia. 4.5. El problema de las solicitudes de información motivadas por el deseo de poner a prueba el sistema de transparencia o sin causa legítima. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a acceso a la información pública es un derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico chileno<sup>1</sup>. Este “fundamento le da autonomía frente a otros derechos consagrados en otras tantas normas constitucionales (e.g., artículo 19 N° 12 en el caso de la libertad de expresión) y demuestra que para nuestra Constitución Política se trata de un bien jurídico singularizable y diverso de otros derechos”<sup>2</sup>.

De acuerdo a la norma constitucional citada, este derecho se encuentra limitado por el secreto o reserva, cuyo fundamento es el resguardo del debido funcionamiento de los órganos del Estado, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional. El artículo 21 de la Ley N° 20.285 de Acceso a la Información (en adelante Ley de Transparencia), implementa lo preceptuado en la referida disposición constitucional enumerando las únicas causales de reserva o secreto en cuya virtud se puede denegar, total o parcialmente, el acceso a la información.

El senador Viera-Gallo durante el debate que se suscitó con motivo de la tramitación de la reforma constitucional del 2005, en particular, del referido artículo 8, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el 6 de noviembre de 2001 señaló:

“Acorde con nuestra idiosincrasia, es menester preservar un equilibrio entre lo que las personas tienen derecho a saber y los documentos o debates internos de los órganos del Estado que no es conveniente que trasciendan a la opinión pública... Reiteró que la transparencia absoluta podría tener consecuencias indeseables para el funcionamiento del Estado, de manera que insistió en buscar el necesario punto de equilibrio en esta materia”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> El inciso segundo del artículo 8 de la Constitución Política señala: “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”.

<sup>2</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2007) p. 88.

<sup>3</sup> Citado en CEA (2008) p. 263.

En efecto, como lo dice el mismo Viera-Gallo, la transparencia y publicidad irrestrictamente implementados, pueden

“ocasionar trastornos graves al bien común, sobre la base de privilegiar el acceso y divulgación ilimitada de decisiones, fuentes, cifras, lugares y otras informaciones que, por su naturaleza intrínseca, tienen que ser protegidas de intrusiones y difusiones ilegítimas. Como ocurre con todos los derechos, los atributos involucrados en el asunto que examinamos requieren la imposición de restricciones o salvedades que infundan legitimidad, formal y sustantiva, al ejercicio respectivo”<sup>4</sup>.

Las causales de reserva o secreto se pueden clasificar en: aquellas que protegen derechos individuales –como la protección de datos personales o de la intimidad de las personas– y las que tutelan bienes colectivos como el debido cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado o el interés nacional”<sup>5</sup>.

Los bienes colectivos se caracterizan por su cualidad de no distribución, que en lenguaje de Alexy implica que “conceptualmente; fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselo a los individuos”<sup>6</sup>.

El interés nacional, uno de los citados bienes colectivos, carece de condiciones de aplicación expresas y, por lo tanto, constituye un concepto jurídico indeterminado, es decir, un enunciado de alta abstracción y que no posee una definición operativa que sea directamente aplicable a los casos problemáticos. Es así, que la Ley de Transparencia establece una regulación amplia y genérica del concepto de “interés nacional” que deja espacios considerables para la interpretación.

En efecto, como lo dice Fernández, el “interés nacional” como “la seguridad de la Nación” son “expresiones jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de pro-

<sup>4</sup> CEA (2008) pp. 267-268.

<sup>5</sup> Véase CONTRERAS (2014) p. 5.

<sup>6</sup> ALEXY (2004) p. 187.

funda riqueza, el cual, como es bien sabido, tiene que ser definido caso a caso, por los Tribunales de Justicia”<sup>7</sup>.

Sin embargo, la Ley de Transparencia incluye algunas especificaciones a modo ejemplar, que con todo, no exigen que la causal genérica se aplique solo a esos casos sino que, simplemente, presenta criterios más certeros al momento de aplicar la norma. De este modo, cuando la ley, recogiendo el texto constitucional admite la reserva en caso que la publicidad afecte el interés nacional, señala que esto último podría ocurrir “en especial si se refieren a la salud pública o a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país”. Así, el intérprete tiene algunos criterios para juzgar cuando el interés nacional podría estar en riesgo.

Siendo la publicidad no el único bien jurídico que la Constitución establece, existiendo otros que requieren respeto y protección, el Tribunal Constitucional ha expresado que el hecho de que la referida disposición se encuentre en el Capítulo I de la Constitución, no lo pone por sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos de la Carta Fundamental<sup>8</sup>.

Si el propósito deliberado del artículo 8, inciso 2° de la Constitución es promover la transparencia estatal, resulta especialmente relevante describir y comprender cómo se concilia este derecho de acceso a la información pública con los límites que autorizan el secreto o reserva de dicha información, teniendo presente, que las normas de secreto o reserva son siempre excepcionales y que la publicidad y la transparencia es la regla general y el secreto es la excepción<sup>9</sup>.

Al respecto, surge la ponderación como técnica jurídica a fin de conciliar enunciados normativos que favorecen la transparencia –como el derecho de acceso a la información pública– con aquellos que buscan proteger instituciones estatales como son , por ejemplo, las normas que buscan proteger el interés nacional. En efecto, la ponderación aparece como un método de resolución de conflictos de derechos fundamentales entre sí o entre estos y otros bienes jurídicos de relevancia constitucional<sup>10</sup>. Es a través de este método que

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ (2007) p. 198.

<sup>8</sup> STC Rol N° 2153-11, considerando 15°.

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ (2007) p. 151.

<sup>10</sup> CONTRERAS (2014) p. 6.

los conflictos entre el derecho de acceso a la información pública y el interés nacional han sido resueltos, buscando la ponderación armonizar la transparencia con los requerimientos del interés nacional.

Como lo señala Contreras:

“La evaluación de la reserva o secreto de la información se determina verificando ciertos presupuestos que pueden ser correlacionados con una teoría general de límites a los derechos fundamentales. En relación al Derecho de Acceso a la Información pública (DAIP), estos presupuestos son los siguientes: primero, la determinación del contenido protegido del DAIP en relación a la solicitud de información, es decir, si lo que el particular requiere se encuentra protegido por el derecho en cuestión; segundo, la verificación de una causal de reserva o secreto establecida por ley de quórum calificado; tercero, la subsunción de la información denegada en la causal establecida en la ley; finalmente, la aplicación del test de daño para determinar la procedencia de la reserva o secreto”<sup>11</sup>.

En efecto, una vez determinada la regla válida de reserva o secreto, debe interpretarse si el supuesto de hecho es subsumible en dicha regla. Al respecto, el Consejo para la Transparencia ha sostenido que para declarar reservada cierta información se requiere, entre otras cosas, “la subsunción de la información pedida en una de las causales abstractas de reserva”<sup>12</sup>.

El análisis de afectación corresponde a un presupuesto distinto: la aplicación del test de daño. Esta evaluación implica que la denegación de información es admisible en el caso que se acredite que la comunicación de lo solicitado puede causar un daño o lesión del bien jurídicamente protegido por una causal de reserva o secreto. “En otras palabras, solo puede coactarse la regla general de publicidad y el derecho constitucional de acceso a la información, si se cuentan con antecedentes de hecho suficientes que convenzan que la entrega de información afectará en forma real y seria algún derecho o interés legítimo”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> CONTRERAS (2014) p. 64.

<sup>12</sup> CPLT C354-13, 25 de octubre de 2013, considerando 8°.

<sup>13</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2007) p. 93.

El Consejo para la Transparencia ha definido el test de daño como el “balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación”<sup>14</sup>.

En algunos casos, el Consejo para la Transparencia ha aplicado complementariamente un test de daño y un test de interés público, los cuales consisten en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. El primero se centra en ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos; el segundo, en ponderar si el interés público a obtener con la entrega de la información justifica su divulgación y vence, con ello, la reserva<sup>15</sup>.

El Consejo de la Transparencia y las Cortes de Apelaciones, deben aplicar, tratándose de especificaciones no contempladas en la ley, un escrutinio mucho mayor al que utilizaría si la especificación estuviera explícitamente recogida en la legislación, como es el caso de las relaciones exteriores respecto del interés nacional. Ello como lo señala Soto “en razón de un principio básico de deferencia al legislador, que si contempló algunas especificaciones y no otras, no fue por un mero capricho sino porque consideró necesario poner especial atención en las especificaciones señaladas y no en otras que deben ser consideradas como menos pertinentes”<sup>16</sup>.

Ahora bien, ¿a quién le corresponde la competencia para evaluar la afectación de un bien jurídico y aplicar el test de daño? Aquí deben distinguirse dos esferas: las competencias administrativas y las competencias de control de la Administración. En el nivel de las competencias administrativas, quien se encuentra en la obligación de aplicar el test de daño es el jefe superior del servicio al cual se dirige la solicitud de información, tal como señala la Ley de Transparencia. Sin embargo, el nivel de las competencias administrativas tiene un contrapeso evidente; el nivel de competencias de control

---

<sup>14</sup> CPLT A45-09, 28 de julio de 2009, considerando 8°.

<sup>15</sup> CPLT C193-10, 15 de julio de julio de 2010, considerando 6°.

<sup>16</sup> Soto (2009) p. 8.

del cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicha normativa: el Consejo para la Transparencia, cuya resolución es recurrible de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones y, en último término, un eventual recurso de queja ante la Corte Suprema.

Precisamente, es en este tema en el cual la sentencia de la Corte Suprema<sup>17</sup>, motivo de este comentario, presenta un mayor desarrollo y aporte en materia de regulación sobre transparencia en Chile, estableciendo el principio de deferencia en la Administración y, en particular, en el Presidente de la República como conductor de la política exterior del Estado ejecutada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando el interés nacional afectado se relaciona precisamente con las relaciones exteriores. Por otra parte, la sentencia continúa con una tendencia cada vez mayor de dicho Tribunal de reconocer y aplicar en forma directa en nuestro ordenamiento jurídico el Derecho Internacional y, en particular, tratados internacionales vigentes en Chile.

## 2. ANTECEDENTES

En sesión ordinaria N° 346 de fecha 13 de junio de 2012, el Consejo de la Transparencia acogió el Amparo<sup>18</sup> por denegación de información deducido por la Sra. Romina Colman Carnevali, obligando al Ministerio de Relaciones Exteriores y en particular a la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado ( DIFROL), a entregarle información sobre los abogados que hayan representado a Chile entre enero de 2010 y octubre de 2011 ante la Corte Internacional de Justicia(CIJ), en el contexto de la demanda sobre delimitación marítima deducida por Perú en contra de Chile y, en el evento que lo haya así ocurrido, proporcionarle el monto de los honorarios percibidos por cada uno de ellos. En efecto, DIFROL mediante Resolución Exenta N° 554, de 16 de diciembre de 2011, denegó la información indicada por concurrir las causales de secreto o reserva previstas en el artículo 21 N° 1, letra a), y en N° 4 de la Ley N° 20.285, en adelante, Ley de Transparencia<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Rol N° 13510-2013, de 13 de enero de 2014.

<sup>18</sup> CPLT C1553-11.

<sup>19</sup> El artículo 21 de la Ley de Transparencia, en la parte pertinente, establece "Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución

En contra de la decisión indicada del Consejo de la Transparencia, el Consejo de Defensa del Estado, en representación del Fisco de Chile-Ministerio de Relaciones Exteriores interpuso un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. La Sexta Sala de la Corte de Apelaciones rechazó el referido reclamo de ilegalidad con fecha 13 de noviembre de 2013.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones en su sentencia<sup>20</sup> declaró falta de legitimación activa del Ministerio de Relaciones en lo que respecta a la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia en razón de lo dispuesto en el artículo 28 del citado cuerpo legal, circunscribiendo la controversia a la afectación al interés nacional<sup>21</sup>.

En segundo lugar, en contrario de lo sostenido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte afirmó que el artículo 42 N°3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece una regla de reserva sino solo un conjunto de privilegios e inmunidades cuyo objeto es garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de su cometido<sup>22</sup>.

En tercer lugar, la Corte establece que no todo lo relativo a las relaciones exteriores está sujeto a reserva o secreto. En particular, la Corte sostiene que la información acerca de los nombres de los abogados encargados de la defensa de Chile ante el Tribunal de La Haya no puede significar entorpecer la estrategia de defensa, desde que no se ha pedido conocer los documentos, antecedentes, informes, memorias y contramemorias diseñados y elaborados por los profesionales.

---

de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales... 4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, particularmente si se refiere a la salud pública o a las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país” .

<sup>20</sup> Rol N° 4680-201, sentencia de 13 de noviembre de 2013.

<sup>21</sup> El artículo 28 de la Ley de Transparencia señala: “...Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”

<sup>22</sup> El artículo 42 N° 3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece: “Los agentes, los consejeros y los abogados de las partes ante la Corte gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones”.

Finalmente, la Corte observa no haberse acreditado ninguna cláusula de confidencialidad pactada en los respectivos contratos de honorarios ni tampoco el mecanismo de los gastos reservados, contemplado en la Ley N° 19.863, lo que evidenciaría que para el reclamante, la señalada información no constituía el carácter de secreta o reservada.

Por las razones aducidas, la Corte rechaza el reclamo de ilegalidad declarando que la entrega de la información solicitada, “no constituye un daño o peligro inminente para el resultado del pleito en cuestión, ni tampoco puede significar una posición de desventaja en el escenario bilateral que enfrenta Chile en el juicio aún pendiente de fallo”<sup>23</sup>.

Respecto de la sentencia indicada, el Fisco dedujo recurso de queja en contra de los integrantes de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago que conoció del reclamo de la ilegalidad<sup>24</sup>.

### 3. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Como primera falta o abuso el reclamante alega que sin fundamento alguno la Corte de Apelaciones no acogió la causal de reserva del artículo 21 N°4 de la Ley de Transparencia dado que la decisión reclamada ciertamente afecta el interés nacional, pues al ordenar revelar los honorarios profesionales de que se trata sitúa a nuestro país en una posición de desventaja frente a su contendor, quien no ha entregado esa información. Agrega que ello es más grave si se considera que Chile enfrentará un litigio con la República de Bolivia, sin perjuicio de otros asuntos que pudieren transformarse en contenciosos internacionales. Al respecto, plantea que la Corte debe dilucidar quién se encuentra autorizado para ponderar los efectos dañinos de la revelación de que se trata, evaluación que debe efectuar el Presidente de la República, a quien corresponde por mandato constitucional la conducción de las relaciones exteriores y al Ministro del ramo, cuya opinión técnica debió ser escuchada. Explica que en lo concreto DIFROL ponderó técnicamente el efecto que la publicidad de que se trata podría producir en la estrategia chilena ante la Corte de La Haya. En esas condiciones, el quejoso estima

<sup>23</sup> Considerando 15°.

<sup>24</sup> Los Ministros señores Mauricio Silva Cancino, Jenny Book Reyes y la abogada integrante Claudia Schmidt Hott.

que el fallo vulnera una atribución privativa del Primer Mandatario al calificar la afectación del interés nacional.

Ahondando en esta primera alegación el recurrente agrega que la publicidad de la información solicitada incidiría en el prestigio internacional del país, en tanto supondría violentar la confidencialidad del contrato de asesoría profesional suscrito por él, como también en la estrategia de defensa de un caso que concierne a la soberanía del país, en la medida que pone en riesgo la relación de Chile y sus abogados en particular en lo vinculado a un proceso actualmente en curso.

En resumen, respecto de la primera causal de falta o abuso grave, el recurrente no solo repite su argumento de que la información solicitada afecta el interés nacional, sino que sostiene un nuevo argumento discutiendo la facultad del Consejo para la Transparencia para ponderar si la publicidad y divulgación de la referida información afecta el interés nacional, en particular, en lo referido a las relaciones exteriores, la cual a su juicio corresponde a una facultad privativa del Presidente de la República.

Si bien la Corte Suprema ya se había pronunciado anteriormente respecto de una solicitud de información denegada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en razón de afectar las relaciones exteriores y, por tanto, el interés nacional, es primera vez que discute y se pronuncia sobre a quién le corresponde determinar finalmente la referida afectación<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Así la Corte Suprema en una sentencia de 3 de julio de 2007 recaída en la causa Rol N°1.380/2007, "Claudia Lagos Lira y Marcela Fajardo con Presidenta de la República (Ministerio de RR.EE.) se pronunció respecto de una denegación de la siguiente información: 1) Los nombres de los países por los que votó la delegación chilena en la Asamblea General de las Naciones Unidas en la 1°, 2° y 3° votación, para la elección del Consejo de Derechos Humanos que tuvo lugar en mayo de 2006; 2) El criterio utilizado por esta para valorar los informes sobre derechos humanos de los países candidatos antes de la votación, y 3) Los documentos con las valoraciones que la delegación chilena realizó sobre cada uno de los países candidatos y que fundamentaron sus votos. Afirmando la denegación de la información por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte resolvió que en este caso la reserva podía fundamentarse en la causal de interés nacional y era, además "congruente con las decisiones del organismo supranacional", pues en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas que creó el Consejo de Derechos Humanos se había dispuesto "expresamente que la votación para la elección de los países miembros del referido Consejo fuese secreta, sin consagrar excepciones a dicha confidencialidad ni disponer un límite de tiempo para esta, de tal suerte que ello supone un criterio

Por su parte, el Consejo para la Transparencia en la Decisión de Amparo rol N°C440-09, de 11 de diciembre de 2009 tuvo nuevamente la ocasión de pronunciarse sobre la procedencia de la causal de secreto o reserva del interés nacional, especificado en la afectación de las relaciones exteriores<sup>26</sup>.

Como segunda falta o abuso, el recurrente afirma que la Corte de Apelaciones desestimó sin fundamento el deber de reserva contenido en el artículo 42.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia aduciendo que la norma alude a la inviolabilidad de todo papel o documento, entre los que están incorporados los contratos celebrados para la prestación de servicios ante la Corte Internacional de Justicia, lo que se hace para proteger al profesional respectivo de un escrutinio indebido, como el de la especie. Además, indica que de acuerdo a la práctica y costumbre internacional la referencia a “privilegios” hecha en el artículo en cuestión debe entenderse que comprende el privilegio de la relación cliente-abogado, relativa al carácter secreto de sus comunicaciones.

Adjetivamente a los puntos centrales de su argumentación antes mencionados, el recurrente alega: a) como tercera falta o abuso, la omisión de la Corte de Apelaciones respecto de infracciones al debido proceso en que incurrió el Consejo para la Transparencia, consistentes en que admitió alegaciones y probanzas a una de las partes sin recibir a prueba ni poner en conocimiento de su representada tales piezas, con vulneración del principio de bilateralidad de la audiencia y; b) como cuarta falta o abuso, que la Corte de

---

de permanencia que impide concebirla para el solo instante en que se manifiesta la decisión en la elección”(considerandos 6° y 7°).

<sup>26</sup> En este Caso, el Consejo para la Transparencia señaló: “El concepto de interés nacional no es un concepto unívoco, pues no se encuentra definido de una manera precisa y clara por la doctrina. A propósito de los “intereses generales de la nación” que integran la función social de la propiedad(art. 19 N°24, inc. 2° de la Constitución Política) se ha dicho que”...expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente con el beneficio superior de la autoridad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier orden”. Con todo, algunos autores matizan el punto y admiten que aunque el beneficio debe ser para el país en su conjunto puede referirse a “sectores de su población, áreas de actividad o zonas geográficas específicas o determinadas dentro de él”. Pues bien, precisamente un ámbito donde por naturaleza puede expresarse este interés es en la política exterior de un Estado, que debe representar el conjunto de la población”.

Apelaciones no se pronunció sobre su alegación a que la decisión de amparo afecta el debido cumplimiento de las funciones del órgano, en tanto la publicidad en comento lo sería en desmedro de defensas jurídicas, como estatuye el artículo 21 N°1 letra a) de la Ley de Transparencia, estimando que las consideraciones de la Corte de Apelaciones en el punto son exiguas o insuficientes, contraponiéndose con otras decisiones de la Corte Suprema.

Al informar los jueces recurridos, reiteraron los argumentos expuestos en su sentencia agregando que:

“recién el 26 de julio de 2012, se publicó en el *Diario Oficial* el Decreto Supremo N° 155/2001 del Ministerio de Relaciones Exteriores que declara de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar el interés nacional, de acuerdo al artículo 8 del Ley N° 19886, los servicios que requiera contratar la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado para, entre otros, la defensa internacional de los intereses de Chile. Explican que este Decreto Supremo fue citado con posterioridad a la presentación de la solicitud de que se trata –que es de 24 de noviembre de 2011–, de lo que coligen que sólo en esa fecha la autoridad cambió de criterio en esta materia y que, *a contrario sensu*, antes no calificaba de reservadas las referidas contrataciones de servicios”.

#### 4. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

##### **4.1. La evaluación de la afectación del interés nacional en razón de las relaciones internacionales es atribución exclusiva del Presidente de la República como conductor y del Ministerio de Relaciones Exteriores como ejecutor de la política exterior del Estado**

La Corte Suprema, acogiendo lo argumentado por el recurrente, afirma que “...la calificación que permite fundar la negativa de acceso a la información solicitada fue practicada de conformidad a lo establecido en la Constitución Política de la República y en la ley, por un organismo facultado para ello y respetando además, la integridad del concepto de cuya correcta interpretación se trata”<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Considerando 11°.

Funda su decisión en un conjunto de normas constitucionales y legales, partiendo con lo dispuesto en el N° 15 del artículo 32 de la Constitución Política de la República:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República:...15. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N°1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere”.

Asimismo, la Corte señala que el Decreto con Fuerza de Ley N° 161 de 1978, que contiene el Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, dispone en su artículo 1° que:

“El Ministerio de Relaciones Exteriores es el Departamento de Estado encargado de la planificación, dirección, coordinación, ejecución, control e información de la política exterior que formule el Presidente de la República.

En consecuencia, le corresponderá, entre otras materias, coordinar las actividades de los distintos Ministerios y Organismos Públicos en aquellos asuntos que inciden en la política exterior e intervenir en todo lo relacionado con la determinación y demarcación de las fronteras y límites del país, así como en todas las cuestiones que atañen a sus zonas fronterizas y a sus espacios aéreos y marítimos y a la política antártica, en general”.

Y agrega que en su artículo 2 estatuye: “Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores contará con: a) El Ministro y su Gabinete; b) DEROGADA c) El Subsecretario y su Gabinete; d) Los organismos que se establecen en el presente Decreto”.

Continúa citando su artículo 3°: “El Ministro de Relaciones Exteriores es el Jefe Superior del Ministerio y el colaborador inmediato del Presidente de la República en el ejercicio de las atribuciones conferidas a éste por la Constitución Política del Estado para la dirección, conducción y mantenimiento de las relaciones internacionales del país”.

Finalmente, señala que el artículo 17 dispone: “La Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado es un organismo Técnico del Ministerio de Relaciones Exteriores, dependiente del Ministro, cuya misión es asesorar al Gobierno e intervenir en todo lo que se refiere a los límites internacionales de Chile y sus Fronteras”.

En relación al concepto del “interés nacional” en vinculación con las “relaciones internacionales”, la Corte señala que si bien este no se encuentra definido en términos formales,

“las reglas hermenéuticas contenidas en nuestro ordenamiento jurídico llevan a la conclusión de que, pese a su vaguedad y complejidad, en lo sustancial, ella confluye en el establecimiento de un estándar genérico encaminado a proteger un aspecto relevante del bien común de la sociedad política conformada por todos los habitantes de la nación o a la satisfacción de necesidades, objetivos o demandas propias de la comunidad nacional que, vinculadas al ámbito de las relaciones diplomáticas y a la defensa de sus aspiraciones internacionales esenciales, deben ser atendidas, evaluadas y solucionadas por los organismos estatales pertinentes bajo la dirección central del Presidente de la República, a quien el constituyente ha encargado como Jefe de Estado la conducción de los intereses del país en esta materia”<sup>28</sup>.

En consideración a lo expuesto, la Corte acoge el recurso de queja en relación a esta primera alegación de falta o abuso por vulneración de las normas constitucionales y legales transcritas, el artículo 21 N° 4 de la Ley de Transparencia y el artículo 19 del Código Civil, “pues resultando claro su sentido y su texto se ha desatendido su tenor literal, con lo que se ha llegado a una declaración enteramente opuesta al mismo que supone una contravención formal de las disposiciones aludidas”.

De esta manera, la Corte Suprema establece, a mi juicio acertadamente, un principio de deferencia absoluto a la administración en la evaluación del test del daño. Ello se justifica si consideramos que, como lo señala Contreras, refiriéndose a la causal de secreto o reserva basada en la “seguridad de la nación” pero cuyo razonamiento

<sup>28</sup> Considerando 19°.

nos parece plenamente aplicable cuando se trata de afectación del interés nacional en razón de las relaciones internacionales:

“Nos parece que existen buenas razones para mantener esto, especialmente dada la relación asimetría de información que existe entre controladores y controlados. Los organismos dedicados a la Defensa no sólo tienen el mapa completo respecto de las capacidades de seguridad del Estado –lo que denota las limitaciones que por naturaleza poseen los órganos de la adjudicación– sino también se especializan precisamente para la generación y contrastación de escenarios potenciales de conflicto, en base a nuestras posibilidades presentes de conocimiento”<sup>29</sup>.

Ahora bien, el análisis de la Corte Suprema se basa en un presupuesto no solo de carácter técnico como el expuesto, sino también de carácter competencial y de rango constitucional. Dada la atribución especial y exclusiva del Presidente de la República, ningún otro órgano tendría competencia para evaluar la juridicidad de la calificación que hace la Administración solicitada<sup>30</sup>.

Como lo señala Cea “debe entenderse que es el Presidente de la República quien, como Jefe de Estado, conduce las relaciones diplomáticas con los demás Estados y organismos internacionales, siendo

<sup>29</sup> CONTRERAS (2014) p. 96.

<sup>30</sup> Contreras afirma que este principio de deferencia sería excepcional y solo se justificaría en razón de las repercusiones políticas del Caso en comento. Al efecto cita dos casos en contra la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras así lo demuestran. Uno el año 2013, donde la Corte Suprema tuvo que resolver si la información referida a la cantidad de auditorías o fiscalizaciones era reservada o secreta (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6636-2012, 17 de enero de 2013). En ella la Corte habría fijado un estándar muy distinto a cualquier forma de decisión deferente, exigiendo que “debería explicarse pormenorizadamente y probarse de modo fehaciente de que (sic) manera el control ciudadano reflejado en la solicitud de maras podría afectar el debido cumplimiento de las funciones” de la Superintendencia, así como “mencionarse las atribuciones precisas que la revelación de la información le impediría o entorpecería de cumplir adecuadamente o afectare el interés nacional (considerando 11°). Esta jurisprudencia habría sido reiterada por la misma Corte, un año después de haber sido asentada, reiterando el mismo estándar fijado, en un considerando idéntico al de 2013. (Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 10.474-2013, 15 enero 2014, considerando 10°. Véase CONTRERAS (2014) pp. 98-99. Frente a la afirmación expuesta, debe consignarse que a diferencia de los Casos citados, en la sentencia en análisis la deferencia en la Administración se basa en la existencia de una facultad exclusiva y de carácter especial de rango constitucional.

menester agregar que conducir es guiar, dirigiendo tales vínculos, con potestad de mando exclusiva y excluyente”<sup>31</sup>.

Silva Bascuñán ha agregado refiriéndose a la posición relevante que la Constitución coloca al Presidente de la República respecto de esta área del quehacer estatal

“Tal preferencia se explica en atención a que el manejo de los negocios externos requiere unidad de propósitos, discreción en el curso de sus empresas, agilidad y eficacia en la ejecución, tenacidad para salvar con paciencia los escollos que se presenten en sus diversas etapas, permanencia en la búsqueda y realización de los objetivos perseguidos, cualidades que se han estimado siempre más posibles de reunir en una sola persona que en un cuerpo colegiado”<sup>32</sup>.

Finalmente, concluye Silva Bascuñán “Si tal materia es atribución especial suya, ello implica que en su campo está facultado el Presidente de la República para determinar su actuación libremente y sin previo dictamen ni concurso de ninguna autoridad u órganos del Estado, salvo que de modo expreso la Carta o la legislación nacional hayan prescrito alguna forma de intervención”<sup>33</sup>, agregando “En virtud de que compete como atribución especial del Presidente el mantenimiento de las relaciones exteriores, el Poder Legislativo y el Congreso están al margen de los procesos que se lleven adelante en su dirección. Respetando tal tradición no se puede, a través de leyes ni de acuerdos de las Cámaras, imponer determinada conducta al Presidente de la República, en el campo de los vínculos internacionales”<sup>34</sup>.

De esta manera, como la propia sentencia en análisis, afirma a mi juicio correctamente, son la Constitución y las leyes las que disponen de “manera clara e inequívoca que es el Presidente de la República como Jefe de Estado en un régimen de tipo presidencial como el nuestro a quien corresponde exclusivamente la conducción de las relaciones internacionales del país” y por consiguiente solo a él “mediante los organismos estatales establecidos para tal efecto en

---

<sup>31</sup> CEA (2008) p. 147.

<sup>32</sup> SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 272.

<sup>33</sup> SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 273.

<sup>34</sup> SILVA BASCUÑÁN (2000) p. 278.

su representación, cabe calificar si una determinada decisión que las afectará, sin que el Consejo para la Transparencia se encuentre capacitado para alterar esa ponderación ni los sentenciadores recurridos cuenten con competencia o legitimación para desatender dicha estimación”<sup>35</sup>.

Lo expuesto, es consistente con lo que dispone el Derecho Internacional, en relación a que debe entenderse por los órganos del Estado en las relaciones exteriores, lo cual consiguientemente, les otorga, un rol preponderante en el ámbito indicado de las políticas nacionales. Al respecto, Pastor Ridruejo señala que son aquellos que “formando parte del Poder Ejecutivo, tienen capacidad para comprometer al Estado en el plano del Derecho Internacional y se ven reconocidos por este ordenamiento ciertos privilegios, inmunidades y facilidades. Son el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores”<sup>36</sup>, quienes pueden “comprometer al Estado tanto en el plano de los actos unilaterales como en el de los instrumentos convencionales”<sup>37</sup>.

En efecto, en relación al Jefe del Estado (Ensayos Nucleares, 1974; Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1993, 1996; Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria, 2002) como del Ministro de Asuntos Exteriores (Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental, 1993; Orden de detención de 11 de abril de 2000, 2002), la Corte Internacional de Justicia ha puesto de manifiesto su capacidad para obligar al Estado y, en relación con los tratados, tal capacidad es particularmente reconocida al reconocer el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados al Jefe de Estado la capacidad para llevar a cabo cualesquiera actos relacionados con su formación o celebración, incluido la manifestación del consentimiento en obligarse, sin necesidad de presentar plenos poderes.

Por otra parte, es el Ministro de Relaciones Exteriores el colaborador inmediato del Presidente de la República en el ejercicio de las atribuciones conferidas a este por la Constitución Política del Estado, en lo que se refiere a la dirección, conducción y mantenimiento de las relaciones internacionales del país.

<sup>35</sup> Considerando 13°.

<sup>36</sup> PASTOR RIDRUEJO (2010) p. 474

<sup>37</sup> PASTOR RIDRUEJO (2010) p. 476.

Al igual que el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores tiene la capacidad para comprometer a su país en el ámbito internacional, y ello tanto mediante un acto unilateral como en virtud de un instrumento convencional. La posibilidad de comprometer al Estado a través de un acto unilateral fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en el caso de *Groenlandia Oriental*, respecto a la declaración del señor IHLEN, ministro noruego de Relaciones Exteriores, quien había manifestado que no pondría dificultades al arreglo del problema con Dinamarca sobre la soberanía territorial en aquella región. El Tribunal dijo, efectivamente, “que semejante respuesta a una petición del representante diplomático de una potencia extranjera, hecha por el ministro de Asuntos Exteriores en nombre del Gobierno, en asunto que es de su competencia, obliga al país al que pertenece el ministro”<sup>38</sup>. En cuanto a los instrumentos convencionales, el artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados concede directamente competencias autónomas al Ministro de Relaciones Exteriores para, sin necesidad de plenos poderes, llevar a cabo todos los actos relativos a la celebración de un tratado, incluido el consistente en la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse. En esta misma línea se sitúa el artículo 13 del Reglamento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, según el cual el ministro de Relaciones Exteriores de un país miembro puede ocupar su puesto en el Consejo sin necesidad de presentar credenciales al Secretario General.

De esta manera, la Corte con su decisión reconoce que el Ministerio de Relaciones Exteriores al denegar la información solicitada respecto del nombre y honorarios de los abogados de la defensa chilena ante el Tribunal de La Haya, al sopesar el impacto que la divulgación de la información podría causar en el litigio pendiente, y al concluir que no podía entregar la información referida haciendo primar el resguardo del interés nacional en las relaciones internacionales, ha actuado legalmente como ejecutor de la política exterior del Presidente de la República, en una materia que constitucionalmente es privativa de este, al quedar ella comprendida dentro de la facultad de “conducir” un aspecto preciso de la administración del estado, cual es la dirección de las relaciones internacionales.

<sup>38</sup> CPJI, Serie A/B, N° 53, p. 72.

Por tanto, la deferencia absoluta de la facultad de evaluar la afectación al interés nacional en razón de las relaciones internacionales que la Corte Suprema otorga al Presidente de la República y al Ministro de Relaciones Exteriores se fundamenta correctamente en normas constitucionales que como tales priman sobre las disposiciones de la Ley de Transparencia como asimismo en razones de carácter técnico y fundamentos en el Derecho Internacional que así lo justifican.

Esta deferencia también la encontramos en el derecho comparado. Así, en Estados Unidos al aplicar los tribunales la *Freedom of Information Act* (FOIA), aun después de 1974 –Watergate– y de los cambios introducidos en el año 2001 por el atentado a las Torres Gemelas, normalmente confían en el criterio de la autoridad técnica o experta en seguridad nacional o asuntos externos, lo que se denomina un criterio de deferencia hacia el conocimiento técnico (*expertise*) que tiene la autoridad que hace la clasificación<sup>39</sup>.

Por último, la Corte Suprema acertadamente no dejó de considerar el impacto político del Caso y las graves consecuencias que la entrega de la información solicitada podría haber traído en la defensa de Chile en una materia de tanta trascendencia para el interés nacional como es la soberanía territorial del Estado y, en específico, sus límites marítimos. En efecto, la Corte consideró que el asunto que resolvía trascendía al litigio con el Perú, pues también podía afectar a la organización de la defensa chilena para futuros juicios limítrofes. Por de pronto, debemos mencionar el ya presentado a la época por Bolivia y, eventualmente, a otros contenciosos y negociaciones internacionales que requieran la discreta contratación de especialistas extranjeros. En efecto, de haberse afirmado el criterio del Consejo para la Transparencia, reafirmado por la Corte de Apelaciones, a futuro el país estaría expuesto a que abogados contactados para la

<sup>39</sup> Véase LÓPEZ-AYLLÓN y POSADAS (2011): “La deferencia consiste en la intencionalidad del poder judicial de evitar que el juicio de autoridad administrativa con responsabilidades en materia de seguridad nacional sea substituido por el del juez. Son los límites al ejercicio del juicio de autoridad lo que el juez revisa y no el juicio mismo. Así, los tribunales han establecido que la deferencia se basa en “la magnitud de los intereses de seguridad nacional y los riesgos potenciales” y en que los funcionarios... están en una posición única para “ver la película completa” y “evaluar complejos y delicados factores” en determinar que la revelación puede afectar la seguridad nacional”.

defensa del país en el extranjero se resten ante el riesgo de la publicidad de sus identidades y honorarios, situación que dejaría a nuestro país en desventaja ante un pleito internacional.

#### **4.2. El derecho internacional establece normas en materia de privilegios, inmunidades e inviolabilidades que amparan la reserva o secreto de todo documento en relación a un proceso ante la Corte de La Haya incluido aquellos relativos a la relación del Estado con sus abogados**

En relación a la segunda alegación de falta o abuso, la Corte afirma que “el Estado de Chile, se halla sujeto a un deber de reserva que le impide dar a conocer el contenido, entre otros documentos, de los contratos suscritos por él con los abogados que lo representan ante ese tribunal internacional, instrumentos en los que constan los datos de que se trata”<sup>40</sup>.

Para llegar a la referida conclusión, la Corte no vacila en recurrir al Derecho Internacional y cita el ya mencionado artículo 42 N° 3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que otorga a los agentes, consejeros y abogados de las partes, los privilegios e inmunidades necesarios para el libre desempeño de sus funciones, como también lo dispuesto en el artículo IV, sección 11 de la Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, de la cual Chile es Parte<sup>41</sup>.

Asimismo y en relación con los instrumentos internacionales ya mencionados, la Corte destaca la Resolución N° 90 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 1946, sobre Privilegios e inmunidades de los miembros de la Corte Internacional de Justicia, del Secretario, de los funcionarios de la secretaría, asesores, agentes y consejeros de las partes y de los testigos y peritos, y sus recomendaciones consignadas en su N° 5 letras a) y b)<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Considerando 15°.

<sup>41</sup> El artículo IV, sección 11 de la “Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas” establece que: “Se acordará a los representantes de los Miembros en los órganos principales y subsidiarios, y a los representantes a las conferencias convocadas por las Naciones Unidas, mientras éstos se encuentren desempeñando sus funciones o se hallen en tránsito al lugar de reunión y a su regreso, las siguientes prerrogativas e inmunidades: ... b) inviolabilidad de todo papel o documento”.

<sup>42</sup> Considerando 13°. El N° 5 letras a) y b) de la Resolución N° 90 de la Asamblea General de las Naciones Unidas establece: “ (a) (i) Los agentes, consejeros y abogados

En efecto, como lo señala Rosenne:

“Una de las consecuencias del establecimiento de la Corte Internacional de Justicia como un órgano de las Naciones Unidas y de la integración del Estatuto de la Corte con la Carta de las Naciones Unidas es que la base convencional de los privilegios e inmunidades diplomáticas del personal y de aquellos conectados con la Corte se ha ampliado. En general, el artículo 105 de la Carta es aplicable en principio a toda persona que tiene una legítima actividad con la Corte, incluyendo a sus miembros, su personal y las delegaciones de las partes en los litigios ante ella. El artículo 105, párrafo segundo es especialmente relevante. Este dispone que los representantes de los miembros de Naciones Unidas y el personal de la organización disfruta de los privilegios e inmunidades necesarias para un ejercicio independiente de sus funciones en conexión con la organización. En base a lo dispuesto, se ha clarificado en relación a todas las personas que pertenecen o que tienen actividad con la Carta. Esto fue logrado a través de la Resolución de la Asamblea General N° 90 (I) de 11 de diciembre de 1946”<sup>43</sup>.

En este contexto, la Corte acoge la alegación del recurrente y destacando lo dispuesto en el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales<sup>44</sup> señala que de conformidad con “la práctica y costumbre internacional la referencia a privilegios del artículo 42.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya debe entenderse

---

ante la Corte, deberán gozar durante la duración de sus misiones, incluso el tiempo empleado en viajar, de los privilegios e inmunidades previstos en el artículo IV, secciones 11, 12 y 13, del Convenio sobre privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, bajo las condiciones del artículo IV, sección 15, de dicho Convenio [...] b) Puesto que los privilegios e inmunidades mencionados en el inciso (a) son concedidos en interés de la buena administración de la justicia y no para beneficio personal de los propios individuos, la autoridad competente debería tener el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad en los casos en que, según su opinión, ésta impidiera el curso de la justicia, y siempre que el renunciar a aquélla no causara perjuicio a ésta. Para este fin, la autoridad competente en el caso de los agentes, consejeros y abogados que represente a un Estado determinado será el Estado mismo”.

<sup>43</sup> ROSENNE (2006) p. 1141. Véase también ZIMMERMANN y OTROS (2006) p. 973.

<sup>44</sup> El artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales establece: “Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”.

que comprende el privilegio de la relación cliente-abogado relativa al carácter secreto de sus comunicaciones”<sup>45</sup>.

Precisando lo expuesto, la Corte señala que la relación entre el cliente y su abogado no solo se encuentra sujeta a determinados derechos, obligaciones y responsabilidades recíprocas. También se caracterizaría por determinados privilegios que deben ser respetados por el sistema judicial en su conjunto, como es por ejemplo, el de la reserva de la información entregada por el cliente a su abogado o el de las comunicaciones entre ambos, existiendo la obligación de los abogados en su relación con el cliente de mantener el secreto profesional, lo que se extendería a todos los antecedentes depositados por su intermedio y que se lo confían para el cumplimiento de su desempeño, bajo sanción penal<sup>46</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, la Corte concluye que lo que dispone el artículo 42.3 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en aplicación de la Resolución N° 90 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y a la luz de la “Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas”, sujeta al Estado de Chile a un deber de reserva que le impide dar a conocer el contenido, entre otros documentos, de los contratos suscritos por él con los abogados que lo representan ante el Tribunal de La Haya instrumentos en los que constan los datos cuya publicidad se solicita<sup>47</sup>.

De esta manera, acertadamente para la Corte resultó claro que entre los papeles y documentos de los abogados que representan a un Estado ante el Tribunal de La Haya, quedan incluidos los contratos celebrados para la prestación de los servicios ante dicho Tribunal, más aún si estos incluyen cláusulas de confidencialidad. Así, se entiende la inmunidad a nivel internacional, que tiene un sentido y fin en sí mismos y un amplio alcance.

De esta manera, la Corte entendió que la mera vulneración de una obligación de derecho internacional, ponía al país en una condición de vulnerabilidad y desprestigio en el concierto internacional y en particular en la Corte Internacional de Justicia, pues afecta claramente su imagen de país respetuoso de la normativa y práctica

---

<sup>45</sup> Considerando 15°.

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Id.

internacional, lo que se traduce naturalmente en un daño al bien jurídico “interés nacional” relacionado con las relaciones internacionales del Estado.

Asimismo, la Corte agrega

“que por tratarse, en lo que respecta a los abogados nacionales que han representado a nuestro país ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, de la misma clase de relación profesional que une al Estado con los de nacionalidad extranjera y considerando que sobre el particular el legislador no ha establecido distinción alguna entre unos y otros, se debe colegir que la información referida a la identidad y honorarios percibidos por los profesionales chilenos también se encuentra cubierta por las causales de reserva mencionadas en el presente fallo, sin que la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores de publicar su contenido modifique u obste a dicha conclusión”<sup>48</sup>.

Para la Corte refrenda los razonamientos antes expuestos lo establecido en el N° 5 letra b) de la citada Resolución N° 90 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuanto dispone que la autoridad competente debería tener el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad en los casos en que, según su opinión, esta impidiera el curso de la justicia, y siempre que al renunciar a aquella no causara perjuicio a esta, para cuyo fin la autoridad competente en el caso de los agentes, consejeros y abogados que representan a un Estado determinado será el Estado mismo. Por consiguiente, solo corresponde al Estado de Chile la decisión de renunciar a la inmunidad de que se trata, la que por incidir en las relaciones internacionales del país solo puede ponderada y adoptada por el Presidente de la República a través del Ministerio del ramo de conformidad con la Constitución<sup>49</sup>.

De esta manera, la Corte Suprema reconoce, siguiendo una tendencia creciente de este alto Tribunal, una amplia aplicación de normas de Derecho Internacional vigentes en Chile, que basadas en la necesidad de garantizar un ejercicio independiente de sus funciones garantizan a los agentes y abogados que representan a un Estado

---

<sup>48</sup> Considerando 22°.

<sup>49</sup> Considerando 18°.

ante un litigio ante la Corte Internacional de Justicia privilegios, inmunidades e inviolabilidades entre ellos el secreto o reserva de toda documentación propia del litigio y de la relación Estado y sus abogados tanto extranjeros como nacionales. Lo expuesto, también es consecuente con la superioridad jerárquica de los tratados internacionales respecto de las leyes a la luz de nuestro ordenamiento jurídico constitucional<sup>50</sup>.

Por otra parte y concordante con lo expuesto, la Corte menciona la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República<sup>51</sup> y el artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia<sup>52</sup>, concluyendo que siendo la Convención general sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas” un tratado vigente en Chile y , por tanto que debe ser cumplido como ley de la República y habiendo sido dictada antes de la promulgación de la Ley de Transparencia, con fundamento en el interés nacional y en el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales involucrados en el litigio de que se trata, debe entenderse que “ella cumple con la exigencia constitucional de quórum calificado y que, por ende, en la especie configura una causal de reserva que impide al Estado de Chile dar a conocer la información cuya publicidad ha sido solicitada por Romina Colman Carnevali”<sup>53</sup>.

En relación al artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia el cual como hemos visto presume como legítima la legislación sobre secreto y reserva promulgada con anterioridad a la ley, la Corte

<sup>50</sup> El artículo 54 N°1, inciso quinto, de la Constitución Política de la República señala: “Son atribuciones del Congreso:1) ...Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional”.

<sup>51</sup> La disposición cuarta transitoria de la Constitución Política de la República establece: “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

<sup>52</sup> El artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia preceptúa: “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución”.

<sup>53</sup> Considerando 17°.

Interamericana de Derechos Humanos señala que tal legislación no es *per se* constitucional, ni tampoco se prejuzga sobre su contenido. De esta manera, aquellos preceptos legales que establezcan la reserva de documentos o actos que no concuerden con las causales previstas en la Constitución Política del Estado no tendrían validez, toda vez que serían inconstitucionales<sup>54</sup>.

De esta manera, existe una exigencia de reconducción de las normas pre-2005 a las causales de reserva o secreto establecidas en el artículo 8° de la Constitución. Se trata de un ejercicio de interpretación *conforme* con la Constitución<sup>55</sup>.

Existiendo en el caso en cuestión una reconducción de las normas de la Convención general sobre privilegios e inmunidades de Naciones Unidas con fundamento en el interés nacional y en el debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales involucrados en el litigio y, por tanto, a causales de reserva o secreto establecidas en el artículo 8° de la Constitución, se cumple en el Caso materia de la sentencia en análisis con la exigencia constitucional de quórum calificado y por ende, en la especie se configura una causal de reserva que impide al Estado de Chile dar a conocer la información solicitada.

#### **4.3. La garantía constitucional del debido proceso afirma el principio de la bilateralidad de la audiencia en los procedimientos ante el Consejo para la Transparencia**

En relación a la tercera alegación del recurrente consistente en que los sentenciadores no se habrían pronunciado acerca de las infracciones al debido proceso en que incurrió el Consejo para la Transparencia, al admitir alegaciones y probanzas a una de las partes sin recibir a prueba ni poner en conocimiento de su representante tales piezas, vulnerando el principio de la bilateralidad de la audiencia, la Corte acoge la alegación señalando que el respeto de las garantías

<sup>54</sup> Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2008, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia: Respuesta del Estado a las observaciones formuladas por el citado Tribunal en su Resolución de 2 de mayo de 2008, respecto del artículo transitorio 1° de la Ley de Transparencia, considerando N° 9, letra c.

<sup>55</sup> El Tribunal Constitucional ha entendido la interpretación conforme a la Constitución como “un principio que consiste en buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, la conformidad de una norma con la Constitución”. STC Rol N° 1209, considerando 11°.

del debido proceso establecidas en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, contemplan la obligación para el órgano que conoce del asunto sometido a su decisión, el de recibir el proceso a prueba, no siendo el inciso final del artículo 25 de la Ley de Transparencia de aplicación discrecional para el órgano respectivo<sup>56</sup>.

De esta manera, la Corte acogiendo el recurso de queja respecto de ellas, señala:

“Que al no haber aplicado los jueces recurridos las normas expresas que se refieren a las causales de secreto o reserva y no dado debida aplicación a las disposiciones que garantizan el debido proceso y la bilateralidad de la audiencia, han incurrido en falta o abuso grave, lesivo para los intereses del recurrente, cuya transgresión debe ser enmendada con el remedio jurisdiccional que se adopta por esta vía”<sup>57</sup>.

En conclusión, la Corte establece que el principio de la bilateralidad de la audiencia constituye una de las garantías del debido proceso protegido constitucionalmente, debiendo entenderse, por tanto, que el artículo 25 inciso final de la Ley de Transparencia debe ser interpretado a la luz de la referida disposición constitucional y su consiguiente interpretación. Cabe agregar que el principio del debido proceso se encuentra reconocido por tratados internacionales vigentes en Chile<sup>58</sup>.

#### **4.4. Una jurisprudencia contradictoria en relación al derecho de recurrir de ilegalidad por la causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 1, letra A) de la Ley de Transparencia**

En relación a la alegación del recurrente respecto de que los sentenciadores no se pronunciaron acerca de la causal de reserva opuesta por su parte del artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley de Transparencia, la Corte la desecha aduciendo que el fallo objeto de la queja

<sup>56</sup> Véase considerandos 19° y 20°. El inciso final del artículo 25 de la Ley de Transparencia establece: “La autoridad reclamada y el tercero, en su caso, podrán presentar descargos u observaciones al reclamo dentro del plazo de diez días hábiles, adjuntando los antecedentes y los medios de prueba de que dispusieren. El Consejo, de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar audiencias para recibir antecedentes o medios de prueba”.

<sup>57</sup> Considerando 23°.

<sup>58</sup> Véase, por ejemplo, artículo 8° Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“si se hace cargo de la causal de reserva mencionada, resultando impertinente al efecto la alegación del quejoso referida a que el razonamiento transcrito más arriba “se contrapone con lo resuelto por esta Excma. Corte Suprema”, de modo que el presente capítulo del recurso debe ser desestimado”<sup>59</sup>.

Cabe indicar que el criterio esbozado en esta sentencia no corresponde a una jurisprudencia constante de la Corte Suprema. En efecto, en dos sentencias de queja, ella pareciera afirmar un criterio autónomo en la materia que le permitiría no ajustarse necesariamente a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Transparencia ya citado. En efecto, en sentencia, rol 2582-2012, de 25 de noviembre de 2012, la Corte sostuvo:

“Que al analizar la alegación referida en el fundamento precedente se hace necesario dejar establecido que el Consejo de Defensa del Estado al momento de interponer el Reclamo de Ilegalidad sostuvo que lo hacía en virtud de los numerales 1 y 5 del artículo 21, causal esta última, a la que no se aplica la restricción del artículo 28. A lo anterior, se adiciona el hecho de que esta Corte en tanto tribunal de justicia ejerce función jurisdiccional, la que consiste en la aplicación del derecho en relación con los términos fácticos en los que se plantea un conflicto jurídico entre partes, razón por la cual el tribunal goza de libertad al momento de aplicar el derecho invocado, ámbito en el que por cierto se encuentra lo relativo al ejercicio de las acciones. Tales razones conducen a desestimar el planteamiento de orden procesal, sostenido por el Consejo para la Transparencia”<sup>60</sup>. Un fundamento similar sostuvo la Corte Suprema en la sentencia de queja rol 2788-2012, de 28 de noviembre de 2012”<sup>61</sup>.

#### **4.5. El problema de las solicitudes de información motivadas por el deseo de poner a prueba el sistema de transparencia o sin causa legítima**

De acuerdo a la normativa actual en materia de derecho de acceso a la información pública, el análisis que debe hacer la institución

<sup>59</sup> Considerando 21°

<sup>60</sup> Considerando 27°.

<sup>61</sup> Considerando 26°.

que recibe la solicitud de acceso a la información o el que hará luego el Consejo, no puede cuestionar ni el para qué se está pidiendo dicha información, ni tampoco quién lo está haciendo. En efecto, de conformidad con dicha normativa, al servicio que tiene la información solo le debe importar qué es lo que se pide y si se aplica o no alguna causal de reserva. Sin perjuicio de lo anterior, Sebastián Soto acertadamente afirma: “Es cierto que no es completamente posible abstraerse de la pregunta respecto a quién pide la información o para qué lo está haciendo, más todavía si quien recibe el requerimiento tiene que ponderar los posibles derechos de terceros involucrados”<sup>62</sup>.

Al respecto, Soto señala que

“El actual juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Antonin Scalia, comentando hace ya varios años sobre la que constituye el símil americano de nuestra Ley de Acceso a la Información Pública, señaló que esta era “el Taj Mahal de la no anticipación a las consecuencias de una ley: la Capilla Sixtina de la ignorancia del análisis costo beneficio (Cato Institute, 1982). La razón que justificó esta crítica y que sigue hoy en pie en Estados Unidos, es el enorme costo que ha implicado para ese país la dictación de la ley”<sup>63</sup>.

Soto agrega que:

“Tal vez con esto en mente, la ley chilena incorporó la causal de excepción que autoriza a excepcionarse de la entrega de los documentos cuando se trata de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> SOTO (2009) p. 10.

<sup>63</sup> Id.

<sup>64</sup> SOTO (2009) p. 11. El artículo 21 N° 1, letra c) de la Ley de Transparencia señala como causal de secreto o reserva: “1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:...c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”.

En el recurso de queja entablado ante la Corte Suprema y cuya sentencia hemos comentado, el reclamante dio cuenta que la solicitante de la información era una estudiante argentina, la cual había efectuado seis presentaciones, todas relativas a problemas limítrofes, ante el Ministerio para poner a prueba el sistema de transparencia<sup>65</sup>, al igual como lo había hecho en más de cien ocasiones en diversos países que cuentan con una ley de acceso a la información pública, según así lo manifestó en reunión con funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores y al diario *El Mercurio*<sup>66</sup>.

Ante lo expuesto y teniendo presente el elevado costo y significativa distracción de recursos que puede significar para la Administración el atender solicitudes de información solo realizadas con el propósito de poner a prueba el sistema o que no atiendan a ningún fin legítimo, surge la pregunta de si no es necesario el estudio del establecimiento de algún mecanismo dentro de la Ley de Transparencia, que permita filtrar peticiones como las expuestas. En particular, esto aparece más relevante cuando las solicitudes de información pudieran ser altamente sensibles políticamente y pudieran afectar seriamente el interés nacional y la seguridad de la nación.

## 5. CONCLUSIONES

1. El derecho de acceso a la información pública se encuentra limitado por el secreto o reserva, cuyo fundamento es el resguardo del debido funcionamiento de los órganos del Estado, de los derechos de las personas, de la seguridad de la Nación o del interés nacional.
2. El interés nacional protege un bien colectivo, que es regulado en forma amplia y genérica. Sin embargo, la Ley de Transparencia incluye algunas especificaciones a modo ejemplar, como son las relaciones internacionales, que otorgan al intérprete criterios para juzgar cuando el interés nacional podría estar en riesgo.
3. La articulación del derecho de acceso a la información pública con las limitaciones que facultan el secreto o

<sup>65</sup> Considerando 2°.

<sup>66</sup> Diario *El Mercurio* de 21 de junio de 2012 “Consejo para la Transparencia Ordena a Cancillería Informar Nombres y Honorarios de Abogados que Representan a Chile en La Haya”.

reserva de la información, se efectúa a través de la ponderación como método de resolución de conflictos de derechos fundamentales entre sí o entre estos y otros bienes jurídicos de relevancia constitucional. A través de este método sí es admisible la denegación de la información en razón de que la comunicación de lo solicitado puede causar un daño o lesión grave o seria del bien protegido por la causal de reserva o secreto.

4. Por regla general, la evaluación de la afectación de un bien público y la aplicación del test de daño le corresponde a la Administración. Sin embargo el control último, le corresponde al Consejo para la Transparencia, cuya resolución es recurrible de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones.
5. La sentencia de la Corte Suprema analizada consagra si la afectación del interés nacional se refiere a las relaciones internacionales, un principio absoluto de deferencia en la Administración. En efecto, dicho fallo establece que la evaluación de la afectación del interés nacional en razón de las relaciones internacionales, les corresponde en forma exclusiva, virtud de la Constitución a las leyes, al Presidente de la República, como conductor de las relaciones internacionales del Estado, y al Ministro de Relaciones Exteriores, como ejecutor de la política exterior.
6. Este principio de deferencia absoluto no solo se basa en un presupuesto de carácter competencial de rango constitucional sino también en razones de carácter técnico y fundamentos de Derecho Internacional. En efecto, el ordenamiento internacional establece en materia de relaciones exteriores que el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno en su caso y el Ministro de Relaciones Exteriores son los únicos que tienen competencia para obligar internacionalmente al Estado, otorgándoles un conjunto de privilegios e inmunidades para el adecuado e independiente ejercicio de sus funciones en el plano exterior.
7. Por otra parte, el Derecho Internacional establece normas en materia de privilegios, inmunidades e inviolabilidades que amparan, la reserva o secreto de todo documento en

relación a un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia incluidos aquellos relativos a la relación del Estado con sus abogados. En efecto, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en relación con la Convención General sobre prerrogativas e inmunidades de Naciones Unidas así lo establecen y la Resolución N° 90 de 1946 de la Asamblea General de la referida organización internacional, lo cual también es consistente con la práctica y costumbre internacional.

8. La aplicación que hace la Corte Suprema de normas de Derecho Internacional en la sentencia comentada, corresponde con una tendencia creciente de dicho Tribunal Superior de aplicar el Derecho Internacional como parte de nuestro ordenamiento jurídico, en particular, tratados internacionales vigentes en Chile, como asimismo un reconocimiento de su mayor jerarquía respecto de las leyes en dicho ordenamiento.
9. Las referidas disposiciones de carácter internacional son consistentes con el artículo 1 transitorio de la Ley de Transparencia en la medida que siendo anteriores a la entrada en vigencia de la citada Ley, las causales de reserva o secreto que establecen se ajustan a las causales en la materia establecidas en el ordenamiento constitucional y legal chileno.
10. El principio de la bilateralidad de la audiencia siendo parte de la garantía del debido proceso, consagrado constitucionalmente y por tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, debe ser respetado en todo procedimiento judicial y administrativo incluido el establecido en la Ley de Transparencia.
11. El alto costo y significativa distracción de recursos que implican para la Administración, las solicitudes de información destinadas a solo poner en prueba el sistema o que no tienen un interés legítimo hacen necesario reflexionar sobre la necesidad de establecer mecanismos en la Ley de Transparencia que filtren solicitudes del tipo indicado. Esto aparece más relevante cuando las solicitudes de información tienen una alta sensibilidad política

y pudieren afectar el interés nacional o la seguridad de la nación.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2004): *El Concepto y la Validez del Derecho* (trad. Jorge Malem Seña, Gedisa).
- CAMACHO, Gladys (2013): *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo, Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública* (Pantoja B. Rolando, Coordinador Académico, Tomo II, Vol. II, Legal Publishing).
- CEA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno* (Tomos I y III, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- CHESTERMAN, SIMON Y OTROS (2008): *Law and the Practice of the United Nations. Documents and Commentary* (Oxford University Press).
- CONTRERAS, Pablo (2014): *Secretos de Estado. Transparencia y Seguridad Nacional* (Thomson Reuters).
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2007): “El derecho de acceso a la información pública: su reconocimiento por el Tribunal Constitucional”, en FERNANDOIS Arturo y José Francisco GARCÍA (editores): *Sentencias Destacadas 2007* (Libertad y Desarrollo), pp. 61-102.
- FERNÁNDEZ, Miguel Angel (2007) “El principio constitucional de publicidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, N° 1, pp. 147-165.
- FOX, Hazel (2008): *The Law of State Immunity* (2ª edición, Oxford University Press).
- FUNDACIÓN PRO ACCESO (2008): *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile* (SALAZAR Ximena y Verónica BUSTOS (editoras), Facultad de Comunicación y Letras UDP).
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y Alejandro POSADAS (2011): “Las Pruebas de daño e Interés Público en Materia de Acceso a la Información. Una perspectiva comparada”, *Info Jus Publicaciones Periódicas N°9* (Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2011, UNAM, México,). Disponible en

línea en: [www.jurídicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/9/art.2.htm](http://www.jurídicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/9/art.2.htm).

PASTOR RIDRUEJO, José (2010): *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (14ª edición, Tecnos).

Rosenne, Shabtai (2006): *The Law and Practice of the International Court 1920-2005*, Vol. III (4ª. edición, Martinus Nijhoff Publishers).

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2000): *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII, La Constitución de 1980. Congreso Nacional. La función legislativa* (2ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile).

SOTO, Sebastián (2009): “Ley de Transparencia: desafíos en su aplicación”, *Temas de la agenda pública*, Pontificia Universidad Católica de Chile, año N° 4, N° 30, pp.3-15.

ZIMMERMANN, Andreas y otros (2006): *The Statute of the International Court of Justice. A commentary* (Oxford University Press).