Santiago, quince de enero de dos mil quince.

VISTOS:

A fojas 1, con fecha 28 de noviembre de 2013, Raphael Bergoeing Vela, en representación de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 5° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la Ley N° 20.285, y del artículo 7° de la Ley General de Bancos, en el marco del recurso de queja caratulado *"Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con Consejo para la Transparencia"*, en actual tramitación ante la Corte Suprema, bajo el Rol N° 13.182-2013.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna.

Los preceptos legales impugnados disponen:

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

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

o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.".

- Artículo 7° de la Ley General de Bancos: *"Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal.".*

Gestión pendiente invocada y antecedentes de hecho.

En cuanto a la gestión judicial en que incide la inaplicabilidad deducida, indica el actor que el Consejo para la Transparencia, en su decisión que acogió parcialmente el amparo C306-13, ordenó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras la entrega al solicitante Marco Correa Pérez de cierta información estadística relativa a la cantidad de auditorías financieras realizadas a los bancos entre los años 2010 y 2012, su clasificación y cantidad de observaciones efectuadas; así como la identidad de los conglomerados financieros identificados por el organismo fiscalizador.

Ante ello, la Superintendencia dedujo reclamo de ilegalidad (autos Rol N° 5288-2013), que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago (por sentencia de 12 de noviembre de 2013), y posteriormente recurrió de queja, en la gestión actualmente pendiente ante la Corte Suprema, arriba individualizada.

Conflicto constitucional y disposiciones constitucionales que se estiman infringidas por la aplicación al caso particular de los preceptos legales cuestionados.

En cuanto al conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura, indica la Superintendencia que si bien las normas cuestionadas en abstracto son constitucionales, en su aplicación al caso particular infringen la Carta Fundamental y son decisivas en la resolución del asunto, pues los jueces del fondo han fundado su decisión de entrega de la información en el artículo 5° de la Ley de Transparencia, así como en una interpretación del artículo 7° de la Ley General de Bancos en el sentido de que dicha norma establecería un mero deber funcionario y no un deber de reserva objetivo de la información sobre las actividades fiscalizadoras de la Superintendencia, como ha planteado la actora ante los jueces del fondo, en relación con la causal de reserva contemplada en el artículo 21, N° 5, de la Ley de Transparencia, esto es, cuando una ley de quórum calificado, como en la especie la Ley de Bancos, ha consignado dicho secreto, en relación con el inciso segundo del artículo 8° constitucional.

Así, indica el requirente que la aplicación de los preceptos cuestionados conculca el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, que consigna precisamente la excepción a la publicidad cuando una ley de quórum calificado ha establecido la reserva, en este caso, para evitar la afectación del interés nacional, no obstante que en la especie se cumple el presupuesto constitucional atendida la reserva establecida por el artículo 7° de la Ley de Bancos, normativa de quórum calificado; y que la entrega de la información afecta el interés nacional, en relación con las estrategias de fiscalización empleadas por el órgano requirente.

Agrega que conforme a los precedentes (STC Rol N° 1990) de este Tribunal Constitucional, el artículo 8° constitucional no establece un principio general de acceso a la información pública, sino sólo la publicidad de ciertos actos, en relación con el artículo 19, N° 12°, de la Constitución, y que se puede excepcionar conforme al mismo inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental, como correspondería en la especie.

Luego, el artículo 5° de la Ley de Transparencia, impugnado, amplía el marco del artículo 8° constitucional, extendiendo la publicidad de la información más allá de los actos administrativos o resoluciones de la Administración, y exorbitando inconstitucionalmente el referido inciso segundo del artículo 8° constitucional, tanto por la extensión del ámbito de la publicidad -que en la especie ni siquiera incluye actos que contengan una declaración de voluntad de la Superintendencia-, cuanto por la no aplicación de la reserva consignada en una norma de quórum calificado.

Por otro lado, la aplicación al caso particular del artículo 7° de la Ley General de Bancos, interpretada y aplicada por el Consejo para la Transparencia y la Corte de Apelaciones de Santiago como constitutiva de un mero deber funcionario de abstención, y no como una excepción a la publicidad establecida por ley de quórum calificado, infringe tanto el tenor literal del artículo 8° constitucional, en el sentido ya anotado, como el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la misma Carta Fundamental, toda vez que el precepto legal en comento, así interpretado, excluiría de facto la aplicación de una pena a quienes infringen el deber de reserva, lo que contraría el principio de legalidad en la determinación de los delitos y sus penas.

Al efecto aclara el actor que no solicita a esta Magistratura la revisión de sentencias judiciales ni la

declaración de inaplicabilidad del artículo 7° aludido en su totalidad, sino sólo la declaración de que esta norma, interpretada en el sentido anotado, genera en el caso particular los efectos inconstitucionales denunciados.

Admisión a trámite, suspensión del procedimiento en la gestión *sublite* y admisibilidad.

La Primera Sala de esta Magistratura, por resolución de 4 de diciembre de 2013 (fojas 83), acogió a tramitación el requerimiento y ordenó la suspensión del procedimiento en la gestión pendiente; posteriormente, por resolución de 23 de diciembre del mismo año, previo traslado al Consejo para la Transparencia, lo declaró admisible.

Pasados los autos al Pleno, la presente acción de inaplicabilidad fue puesta en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y se confirió traslado al Consejo para la Transparencia, para que formularan sus observaciones acerca del fondo del asunto.

Observaciones de fondo de las demás partes en el proceso constitucional.

Con fecha 19 de enero de 2014, a fojas 191, el abogado Jorge Gómez Oyarzo, en representación del Consejo para la Transparencia, formula dentro de plazo observaciones, instando por el rechazo del requerimiento, con costas.

Parte consignando el Consejo que la información estadística que ordenó entregar a la Superintendencia en la causa sub lite es prácticamente idéntica a aquella cuya publicidad se ha dispuesto en otros amparos acogidos (C39-12, C1266-11), uno de los cuales precisamente dio origen al requerimiento Rol N° 2505, recientemente rechazado por esta Magistratura por sentencia de 10 de junio de 2013. Asimismo, en el marco de una medida para

mejor resolver decretada en dicha causa, la Superintendencia requirente acompañó el oficio a través del cual comunicó el cumplimiento de la entrega de la información respecto de 22 instituciones financieras, excluyendo únicamente al Banco BBVA, atendido que la queja deducida por esta entidad aún se encuentra pendiente.

En consecuencia, los efectos de una eventual declaración de inaplicabilidad únicamente podrían alcanzar al BBVA, habiendo perdido oportunidad procesal respecto de las restantes entidades bancarias.

Así, la Superintendencia ya ha entregado información similar en atención, precisamente, a la publicidad decretada por la Corte Suprema en decisiones anteriores ejecutoriadas.

De esta manera, luego de sostener que en todo caso la interpretación y aplicación de los preceptos impugnados de inaplicabilidad -tanto respecto a la afectación del cumplimiento de las funciones de la Superintendencia y del interés nacional, así como respecto a la concurrencia de una causal de secreto o reserva- es un asunto de mera legalidad que, en el estado actual de la gestión sub lite, es de competencia exclusiva de la Corte Suprema, agrega el Consejo que la Superintendencia pretende a través del presente requerimiento de inaplicabilidad modificar lo ya resuelto por la Corte Suprema al menos en tres oportunidades anteriores, conociendo de recursos de queja interpuestos por la misma Superintendencia, ocasiones en las que declaró que la información requerida es pública -aun cuando no se encuentre contenida en un acto o resolución administrativa- y que el artículo 7° de la Ley de Bancos no conforma una reserva de información en los términos dispuestos por el inciso segundo del artículo 8°

constitucional (sentencias roles N°s 6663-2012, 4638-2013 y 10.474-2013).

Así, la requirente pretende, vía inaplicabilidad, que esta Magistratura, exorbitando sus atribuciones, resuelva el fondo del asunto en contra de la jurisprudencia de la Corte Suprema y, como resultado de una inaplicabilidad acogida, la Corte emita sentencias contradictorias, lo que pone de relieve la especial consideración de prudencia y deferencia que debe tener esta Magistratura Constitucional al resolver la acción deducida en autos.

Entrando al fondo, indica el Consejo para la Transparencia que el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental no restringe la publicidad únicamente a los actos y resoluciones de la Administración, quedando en definitiva a la determinación del Consejo para la Transparencia o, en su caso, de la justicia ordinaria, la calificación de la publicidad de la información.

Así, el artículo 8° fija un piso o base y una directriz de publicidad, correspondiendo al legislador la concreción normativa del derecho de acceso a la información, como lo hace el artículo 5° de la Ley de Transparencia, en relación también con los artículos 19, N° 12°, de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen el derecho fundamental de acceso a la información pública.

Luego, conforme a la nutrida jurisprudencia judicial existente, no es público sólo aquello que indica expresamente el artículo 8° constitucional, sino también toda otra información que obre en poder de la Administración o haya sido generada con prepuesto público, aun cuando no constituya un acto administrativo en los términos de la Ley N° 19.880.

Agrega el Consejo que el artículo 5° de la Ley de Transparencia se encuentra en perfecta armonía con el texto del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, por lo que en realidad el actor está impugnando la disposición constitucional, y que, en todo caso, dicho artículo 5° no es decisivo en la resolución del asunto, pues existen otras normas legales que, aun aplicadas individualmente, llevarían al juez del fondo a arribar a la misma conclusión de publicidad, como ocurriría de aplicar directamente el propio artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, el artículo 5° de la misma, en relación con la norma de la Convención Americana de Derechos Humanos aludida, o bien los artículos 10 y 11, letras c) o d), de la Ley de Transparencia, ninguno de los cuales ha sido impugnado.

Luego, en relación al artículo 7° de la Ley General de Bancos, sostiene el Consejo para la Transparencia que no corresponde a este Tribunal Constitucional interpretar el sentido y alcance de dicho precepto legal, ni si éste establece una causal de secreto o un simple deber funcionario de reserva que no alcanza al ente fiscalizador requirente, cuestión de mera legalidad ya resuelta uniformemente por la Corte de Apelaciones de Santiago -vía reclamos de ilegalidad- y la Corte Suprema -vía recursos de queja- en sentencias anteriores, sin que tampoco concurran respecto de este precepto legal las infracciones constitucionales denunciadas.

Vista de la causa.

Por resolución de 29 de enero de 2014 se ordenó traer los autos en relación e incluirlos en el Rol de Asuntos en Estado de Tabla, agregándose los autos en la tabla de Pleno del día 19 de junio de 2013, fecha en que tuvo lugar la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados Francisco Zúñiga Urbina, por la requirente -Superintendencia de Bancos e Instituciones

Financieras-, y Jorge Gómez Oyarzo, por el Consejo para la Transparencia.

Y CONSIDERANDO:

I. LA IMPUGNACIÓN.

PRIMERO.- Que un particular solicitó información a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en el marco de la Ley N° 20.285. La Superintendencia negó esta información, habilitando al particular a recurrir ante el Consejo para la Transparencia. Dicho organismo, mediante la decisión de amparo Rol C306-13, acogió parcialmente el reclamo. Contra esta decisión, la Superintendencia reclamó ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que por sentencia de 12 de noviembre de 2013 (Rol 5288/2013) rechazó el reclamo. La Superintendencia fue, entonces, de queja ante la Corte Suprema. Esta es la gestión pendiente respecto de la cual se promueve el requerimiento.

La información que se ordena entregar dice relación con dos aspectos. Por una parte, la cantidad de fiscalizaciones, auditorías y revisiones realizadas por la Superintendencia de Bancos, los casos con observaciones y sin éstas. Por la otra, la identidad de diez conglomerados financieros que la Superintendencia haya identificado;

SEGUNDO.- Que el requerimiento impugna dos preceptos legales. Por un lado, el artículo 5° del artículo 1° de la Ley N° 20.285. Del otro, el artículo 7° de la Ley General de Bancos.

El cuestionamiento se funda en dos argumentos principales. Por una parte, solicita entregar algo que no es una declaración de voluntad, que no es acto ni resolución en los términos del artículo 8° de la Constitución. Por lo mismo, el artículo 5° de la Ley N° 20.285 excede dicho precepto constitucional. Por otra

parte, se cuestiona que el artículo 7° de la Ley de Bancos no sea considerado un deber de reserva de información de la Superintendencia, sino que un mero deber funcionario, debilitando el deber de resguardo y cautela respecto de esa información. Ello afecta, a juicio del requerimiento, el artículo 19, N° 3°, de la Constitución;

II. ASUNTOS DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO.

TERCERO.- Que antes de formular nuestra posición sobre el requerimiento, queremos hacernos cargo de cuestionamientos que formula el Consejo para la Transparencia y que son de previo y especial pronunciamiento.

En primer lugar, el Consejo sostiene que la norma no es decisiva, porque hay otros preceptos en la Ley N° 20.285 que apuntan a lo mismo. No consideramos que éste sea un argumento suficiente para descartar entrar al fondo del asunto, toda vez que el precepto impugnado fue invocado por el Consejo en la resolución que obligó a la Superintendencia a entregar información.

En segundo lugar, el Consejo sostiene que el alegato del requirente es de mera legalidad. Discrepamos de esto. El reproche que se formula es de constitucionalidad, toda vez que se postula que una norma legal determinada vulnera preceptos específicos de la Constitución;

CUARTO.- Que, en tercer lugar, el Consejo sostiene que contra la misma resolución hubo otro reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago y éste fue rechazado (Rol 4709/2012). Y que dicho fallo fue confirmado en su rechazo por la Corte Suprema (Rol 4222/2012). El Consejo sostiene que se pide al Tribunal Constitucional que falle en contra de lo resuelto por una sentencia judicial y que eso afecta la cosa juzgada de esa sentencia. Se pide a

esta Magistratura señalar lo contrario a lo que ya resolvieron la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

No consideramos que este argumento sea suficiente.

Desde luego, porque estamos en presencia de otro recurso. Es cierto que se refieren a la misma materia. Pero son dos acciones distintas. Incluso sin el requerimiento de inaplicabilidad, la Corte Suprema podría fallar distinto a lo que ya resolvió en el otro recurso.

Enseguida, la Corte Suprema resuelve el reclamo de ilegalidad en base a razones distintas a las que toma en cuenta esta Magistratura. Ella resuelve sobre la base del exceso o contravención con la ley que puede haber tenido el Consejo para la Transparencia. El Tribunal Constitucional, en cambio, no enjuicia la actuación del Consejo, sino preceptos legales desde el punto de vista de su constitucionalidad.

Finalmente, la queja presentada contra la decisión de la Corte de Apelaciones es una gestión pendiente. Por lo mismo, la acción de inaplicabilidad puede impactar, de ser acogida, en la decisión de la Corte. En el recurso de protección que el Consejo invoca, no hubo intervención de esta Magistratura. El alegato del Consejo equivale a sostener que, resuelto por la Corte Suprema un asunto, ya no cabe en otros presentar una inaplicabilidad. Eso, aparte de darle un efecto general a una sentencia dictada en un caso particular, crea una causal de inadmisibilidad de la inaplicabilidad que no está contemplada ni en la Constitución ni en la ley. Y posterga la supremacía constitucional, pues un razonamiento de legalidad primaría sobre el de constitucionalidad. Dicha interpretación atenta contra los artículos 6° y 7° de nuestra Constitución;

III. PRECISIÓN.

QUINTO.- Que, antes de comenzar nuestro razonamiento, queremos dejar en claro que sólo acogemos el presente requerimiento respecto del inciso segundo del artículo 5° del Artículo Primero de la Ley N° 20.285. Por una parte, porque el inciso primero es una reiteración, con algunos agregados, del artículo 8° de la Constitución, que potencialmente puede afectar derechos constitucionales. Por la otra, porque respecto del inciso segundo esta Magistratura ya ha acogido inaplicabilidades en esta materia;

IV. PRECEDENTES.

SEXTO.- Que, como se acaba de indicar, no es la primera vez que a esta Magistratura le corresponde analizar la constitucionalidad del precepto impugnado. En ocasiones anteriores (STC 2246/2012, 2153/2013, 2379/2013) esta Magistratura lo ha declarado inaplicable.

Dicha declaración la ha hecho sobre la base de que el precepto impugnado amplía lo que se puede acceder, vía Ley N° 20.285, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo, que es aquello a lo que se puede acceder conforme al artículo 8° de la Constitución;

SÉPTIMO.- Que, sin embargo, esta jurisprudencia sufrió una modificación en la STC 2505/2014. En ella se sostuvo, por mayoría, que los órganos de la Administración debían entregar no sólo actos y resoluciones, sino también información pública (considerandos 9°, 15° y 17°). También se sostuvo en esta sentencia que en ciertas circunstancias la Administración no sólo queda obligada a entregar información previamente existente, sino que debe construir información nueva a partir de lo existente (considerando 22°).

Discrepamos de los criterios sustentados en dicha sentencia. Queremos insistir sobre la jurisprudencia previa;

V. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

OCTAVO.- Que, por otra parte, queremos dejar sentados nuestros criterios interpretativos. El primero de ellos es que nuestro sistema se estructura sobre la base de la corrección funcional. Esto significa que cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos. En este sentido, queremos dejar sentado que ni siquiera el Congreso Nacional puede solicitar determinada información a los órganos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, si los documentos y antecedentes pueden afectar el desarrollo de una investigación en curso (artículo 9°, Ley N° 18.918);

NOVENO.- Que el segundo criterio tiene que ver con 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. En efecto, nuestra primera ley de acceso a la información (artículo 13 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporado por la Ley N° 19.653) establecía el acceso a la información de los informes y antecedentes de empresas privadas, si éstos debían ser proporcionados a las entidades encargadas de su fiscalización, en la medida que fueran de interés público. Esta norma desapareció de la Ley N° 20.285. Enseguida, durante la tramitación de la reforma constitucional que dio origen al actual artículo 8° de la Constitución, se rechazó una indicación del Ejecutivo que hacía públicos "los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización y que

sean de interés público". Finalmente, es necesario considerar que en la misma reforma constitucional, en el texto de las mociones que le dieron origen, se hacían públicos no los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos, como lo establece el texto vigente, sino que "las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder". Pero eso no prosperó.

Como se observa, 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;

DÉCIMO.- Que, en tercer lugar, el artículo 8° 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";

DECIMOPRIMERO.- Que, en cuarto lugar, de acuerdo al artículo 8° de la Constitución, la publicidad opera respecto de documentos o actos que ya existen. La Constitución habla de "actos y resoluciones" y de "fundamentos" y de "procedimientos". Lo mismo hace la Ley N° 20.285, que dispone que lo que se entrega, después de solicitada la información, es copia de la misma (artículo 19). Y cuando regula el pago, habla de "costo de reproducción" (artículo 18). En el mismo sentido se expresa la ley cuando regula el traslado a terceros. Esto tiene lugar cuando existen "antecedentes que contengan información" que pueda afectarlos (artículo 20). Lo mismo hace el reglamento de la Ley N° 20.285 (D.S. N° 13/2009, Minsegpres), que obliga a quien solicita la información a identificar lo que pide para que la petición no sea calificada como un requerimiento genérico (artículos 7°, c), y 28, c)).

El derecho de acceso a la información, que regula la Ley N° 20.285, pone a la Administración en la obligación de dar o entregar los actos o documentos que ella tenga. No es un derecho a que la Administración elabore una información. Eso transformaría la obligación de dar en una de hacer. La imposición ya no sería entregar algo, sino hacer un informe. Eso excede o contraviene el derecho legal de acceso a antecedentes que ya existen: actos, resoluciones, fundamentos, procedimientos.

El acceso es a documentos que ya existen. Este no es un derecho a que se procese, sistematice u ordene antecedentes contenidos en dichos documentos. El derecho de acceder no puede transformarse en un derecho a obtener informes hechos ad hoc para cada peticionario. De este modo reflejará la inaplicabilidad de esta norma, el efecto que la aplicación de ella irrogue a potenciales derechos constitucionales que se vean afectados en su razón;

DECIMOSEGUNDO.- Que, finalmente, nuestra Constitución distingue entre la ley interpretativa de la Constitución (artículos 66 y 93 N° 1 de la Constitución) y las leyes de reforma constitucional. Mediante las primeras se declara el genuino sentido y alcance de un precepto constitucional sin modificarlo ni agregarle elementos (STC 12/1982, 158/1992, 1192/2008, 1288/2009). En las reformas constitucionales, en cambio, reguladas en un capítulo especial en la Constitución (capítulo XV), lo que se persigue no es aclarar o precisar el precepto, sino que innovar. De ahí que una vez vigente la reforma, sus disposiciones forman parte de la Constitución y se tienen por incorporadas a ésta.

El distingo es importante, porque, como es conocido, se tramita actualmente ante el H. Congreso Nacional una reforma constitucional (Boletín 8805-07) destinada a reconocer constitucionalmente el principio de

transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

La reforma modifica dos preceptos de la Constitución. Por una parte, el artículo 8°. En ella se agrega como principio que rige a los órganos del Estado, junto al de probidad, el de transparencia. Agregando que éste incluye "los principios de publicidad y de acceso a la información pública". Por la otra, se modifica el artículo 19, N° 12°, estableciendo un nuevo derecho subjetivo, en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado.";

DECIMOTERCERO.- Que dicha reforma es una reacción a fallos de esta Magistratura, en triple sentido. En primer lugar, que el artículo 8° no establece el principio de transparencia (STC 1990/2012). En segundo lugar, que la Constitución no consagra un derecho de acceso a la información de un modo expreso (STC 634/2007). En tercer lugar, que la Constitución no habla de información (STC 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013);

DECIMOCUARTO.- Que mediante esta reforma, entonces, se produce un diálogo constitucional entre esta Magistratura y el Congreso. Si bien el Tribunal Constitucional tiene una palabra relevante en materia de constitucionalidad, la última palabra la tiene siempre el Congreso, quien puede reformar la Constitución para incorporar lo que estime pertinente a su texto, atendida la interpretación que ha hecho el mismo Tribunal de sus preceptos. La forma de vencer esta interpretación oficial es mediante la reforma constitucional. Ese es el diseño que establece la Constitución vigente.

Lo mismo ha sucedido en el pasado respecto de la STC 346/2002, cuya reacción fue la ley de reforma

constitucional N° 20.352 (Corte Penal Internacional); de la STC 279/1998, que desencadenó la ley de reforma constitucional N° 20.414 (elecciones primarias); y de la STC 460/2005, que tuvo en la Ley de reforma constitucional N° 20.414 su reacción (publicidad de las declaraciones de patrimonio);

DECIMOQUINTO.- Que, sin embargo, el hecho de que el constituyente haya optado por el camino de la reforma constitucional, y no de la ley interpretativa de la Constitución, demuestra que se ha querido innovar en la materia, coincidiendo con la interpretación que el Tribunal hizo en el ámbito del acceso a la información, independientemente de que se comparta o no.

Como lógica consecuencia de que esta reforma sea innovativa, lo que busca incorporar no existe actualmente en el texto. En lo que a nosotros nos interesa destacar, es el alcance de la información solicitable.

En efecto, la reforma constitucional incorpora una ampliación a lo que se debe entregar producto del acceso a la información, pues agrega, a los actos y resoluciones, la información que pueda estar en manos de la Administración;

DECIMOSEXTO.- Que esta Magistratura debe resolver, no obstante, en el marco del actual texto constitucional, cuya modificación se pretende efectuar con la reforma que se relata. En este texto no existe la obligación de entregar esta información. No tendría sentido una modificación constitucional para agregar algo que ya existe;

VI. LA INCONSTITUCIONALIDAD.

DECIMOSÉPTIMO.- Que, sentado lo anterior, consideramos que el requerimiento debe ser acogido respecto del inciso segundo del precepto impugnado. Para

ello, tenemos en cuenta, en primer lugar, que el precepto excede o contraviene lo dispuesto en el artículo 8° constitucional;

DECIMOCTAVO.- Que, en efecto, tal como lo hemos sostenido en las STC 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013, la Ley N° 20.285 introduce el concepto de información. Esta expresión, como ya lo señaló esta Magistratura (STC 1990/2012), no la usa la Constitución. En cambio, la Ley N° 20.285 la utiliza en abundancia, desde el título de la ley misma ("Sobre acceso a la información pública") hasta en una serie de disposiciones. Baste señalar que el derecho de acceso es definido como "solicitar y recibir información" (artículo 10, inciso primero).

El precepto impugnado se enmarca dentro de esta tendencia de la ley, toda vez que obliga a entregar "la información elaborada con presupuesto público" y también "toda otra información que obre en poder de los órganos de la administración".

Como se observa, el precepto impugnado amplía lo que se puede acceder, vía Ley N° 20.285, porque lo separa completamente de si se trata de actos, resoluciones, fundamentos de éstos, o documentos que consten en un procedimiento administrativo.

Resulta difícil imaginarse una información que no esté comprendida en alguna de las dos categorías que el precepto establece. Porque la Administración o produce información o la posee a algún título.

El punto es que toda ella sería pública, independientemente de si tiene o no relación con el comportamiento o las funciones del órgano de la Administración;

DECIMONOVENO.- Que, en contraste, el artículo 8° de la Constitución razona sobre la base de decisiones. Por

eso habla de actos y resoluciones. Y de lo que accede a éstas: "sus fundamentos" y "los procedimientos que utilicen". Por eso, el mismo artículo 5°, inciso primero, de la ley, 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, "información elaborada con presupuesto público" o "información que obre en poder de los órganos de la Administración", no necesariamente tiene que ver con eso;

VIGÉSIMO.- Que, tal como se indicó en las STC 2246/2012, 2153/2013 y 2379/2013, la pregunta que nos debemos formular es si esa amplitud es lo que quiso el legislador cuando elaboró la Ley N° 20.285. Porque existe abundante información en la historia legislativa de la Ley N° 20.285 que apunta en el sentido contrario. Lo que se buscó, por una parte, fue reproducir lo que establecía la Constitución. Por la otra, no innovar en los conceptos de acto administrativo que definía la Ley N° 19.880; 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);

VIGESIMOPRIMERO.- Que, además, si el artículo 8° hubiera querido hacer pública toda la información que produzca o esté en poder de la Administración, no hubiera utilizado las expresiones "acto", "resolución", "fundamentos" y "procedimientos". El uso de estas expresiones fue para enumerar aquello que se quería hacer público. El carácter taxativo se refleja en la forma clásica de listar que tienen las normas. El inciso segundo del artículo 8° de la Constitución comienza señalando: "son públicos…";

VIGESIMOSEGUNDO.- Que, asimismo, ni el propio requerimiento precisa con claridad la naturaleza de lo que se pide entregar. En una parte, se dice que se solicita información. En otra, resoluciones. En el voto de mayoría se sostiene que se pide hacer un documento nuevo con lo solicitado.

Pero eso, estimamos, no es consistente con lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución. Lo que faculta pedir y entregar este precepto, en lo que aquí interesa, son "actos y resoluciones". Ello supone que están dictados; que lo que se pide es una copia de ellos. En ninguna parte la Constitución obliga a que la Administración deba hacer algo más, como procesar, sistematizar, construir, elaborar, un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo (artículo 19, Ley N° 20.285). Pero la obligación de la Administración se limita a publicar dichos actos o resoluciones o a "proporcionar" o "entregar" lo requerido (artículo 16, Ley N° 20.285);

VIGESIMOTERCERO.- Que en abono de todo lo anterior va la reforma constitucional (Boletín 8805-07), a la que hemos hecho alusión, que incorpora la expresión información en la Constitución a propósito del nuevo principio de transparencia y del derecho a buscar, requerir y recibir información pública. Dicha reforma reconoce que en este momento el texto no establece esta variable;

VIGESIMOCUARTO.- Que, la inaplicabilidad del artículo 5°, inciso segundo, se refleja en que su concreta aplicación deriva en la eventual violación de derechos constitucionales por los afectados por ella.

En este caso, el artículo 5°, inciso segundo, se empleó por el Consejo para la Transparencia a fin de justificar la entrega de la "Identidad de los 10 conglomerados financieros que la SBIF ha identificado, ya sea en estudios realizados por el mismo órgano o a través de reuniones de Comité de Superintendentes o Comité de Estabilidad Financiera. En caso de corresponder a un número distinto de conglomerados, entregue los efectivamente identificados. En su defecto, señalar expresamente que no posee dicha información" (Parte Resolutiva Decisión de amparo Rol C-1266-11).

Como se puede apreciar, a más de no ordenarse la entrega de actos administrativos, se solicitan antecedentes que dicen relación con datos que pueden afectar los derechos de los afectados.

VIGESIMOQUINTO.- Que una segunda razón para considerar que el precepto rechazado es inaplicable por ser inconstitucional, gravita en la historia fidedigna del artículo 8°. Como ya anotamos en otra parte, 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°. Recordemos que, antes del artículo 8°, esa posibilidad la permitía el artículo 13 de la Ley N° 19.653. También, las mociones originales que dieron origen a la reforma constitucional del año 2005, contemplaban la publicidad no sólo de las actuaciones de los órganos del Estado, sino también "de los documentos que obren en su poder". Pero eso no avanzó en su tramitación.

De lo anterior se infiere que la información que empresas privadas entreguen al Estado, no puede obtenerse por el derecho de acceso a la información. Esa posibilidad expresamente fue descartada en la Reforma

Constitucional de 2005, en contraste con la situación previa al 2005, donde eso era posible;

VIGESIMOSEXTO.- Que por todas estas razones, estos Ministros consideran que el requerimiento debe acogerse en cuanto al cuestionamiento que formula respecto del inciso segundo del artículo 5°, del artículo primero, de la Ley N° 20.285.

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

SE RESUELVE:

1) QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, SÓLO EN CUANTO SE DECLARA INAPLICABLE A LA GESTIÓN PENDIENTE EL ARTÍCULO 5°, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY N° 20.285.

2) DÉJASE SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 83. OFÍCIESE AL EFECTO A LA CORTE SUPREMA.

El Ministro señor Juan José Romero Guzmán concurre al voto por acoger parcialmente el requerimiento de inaplicabilidad referido al inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285 (desestimándose, por ende, en lo que dice relación con el inciso primero del artículo recién aludido y con el artículo 7° de la Ley General de Bancos) en virtud de las consideraciones siguientes:

1°) Que, en una resolución confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (y de la cual está conociendo la Corte Suprema por la vía de la queja), el Consejo para la Transparencia acogió parcialmente un reclamo de amparo en contra de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF). La información cuya entrega ha ordenado el Consejo se refiere, básicamente, a: (i) la documentación en la que conste la cantidad de fiscalizaciones, auditorías o revisiones efectuadas a los bancos u otras instituciones financieras, y (ii) la identidad de los conglomerados financieros identificados por la SBIF;

2°) Que se comparte, en parte, lo expresado en el apartado II. del voto por acoger parcialmente. Específicamente, adherimos a la argumentación que sostiene, en síntesis lo siguiente: (a) que la discusión, en particular aquella referida a los dos incisos del artículo 5° de la Ley de Transparencia, versa sobre la conformidad o no de preceptos legales con disposiciones constitucionales, no siendo, por consiguiente, un asunto de mera legalidad; y (b) que el hecho de que la Corte Suprema haya resuelto previamente causas similares no obsta a que dicho tribunal pueda pronunciarse en forma diferente respecto de una causa distinta y en que, además, podría presentar como novedad la imposibilidad jurídica de que puedan considerarse normas cuya aplicación resulte contraria a la Constitución en virtud de una sentencia estimatoria de este Tribunal Constitucional;

3°) Que, sin perjuicio de que la discusión sobre el carácter público de la información cuya entrega por la SBIF se ordena no se sustenta en el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia, corresponde rechazar el requerimiento en lo referente a dicho precepto legal debido a que éste es casi una repetición

de lo manifestado en la primera parte del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución. La disposición legal recién señalada no amplía o extralimita el marco o "techo" establecido por la Constitución. La única diferencia de texto entre la disposición legal y la constitucional es aquella en virtud de la cual la primera puntualiza la noción general de "*fundamentos*" de los órganos de la Administración del Estado al utilizarse la expresión "*documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial*".

4°) Que, por el contrario, el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia es incompatible con el artículo 8° de la Constitución al consignar el carácter público de aquella "*información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas*". En defensa de la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 5° aludido, el Consejo para la Transparencia no discute que dicho precepto desarrolla y amplía lo señalado en la disposición constitucional.

Para el Consejo el precepto constitucional constituye, más que una regla o marco normativo, un principio o "piso" susceptible de ser desplegado por el legislador para la debida aplicación o realización del valor constitucional consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Carta Fundamental. Esta última interpretación carece de asidero de acuerdo al tenor literal de la norma constitucional, la cual, como se señaló en la STC Rol N° 2341, considerando 11°, establece reglas más que principios: "*el artículo 8° de la Constitución no establece un mero principio general, sino que establece reglas que desarrollan la materia, y en*

que, como consecuencia, la libertad de configuración normativa del legislador está limitada tanto respecto de su contenido como de su forma";

5°) Que, tal como se ha señalado en el considerando 9° del voto por acoger parcialmente (el cual se comparte), la historia fidedigna del precepto constitucional mencionado enseña, con claridad, que lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia fue discutido, pero no prosperó;

6°) Que, a mayor abundamiento, en el caso concreto sometido a nuestra consideración, el Consejo para la Transparencia no ha ordenado la publicidad de información ya existente. Esto implica imponer a la SBIF una obligación de hacer, es decir, se le ordena a la Superintendencia a realizar una actividad que va más allá de la simple entrega de información que se encuentre actualmente disponible. A este respecto se acoge íntegramente lo argumentado en el considerando 11° del voto al cual se concurre. Así, tal como se concluye en el párrafo final del considerando aludido, no existe el "*derecho a que se procese, sistematice u ordenen antecedentes contenidos en dichos documentos. El derecho de acceder no puede transformarse en un derecho a obtener informes hechos ad hoc para cada peticionario*";

7°) Que, cabe precisar, sólo se tiene derecho a acceder a la información que se encuentra en poder de algún órgano de la Administración, como sería el caso de la SBIF, en la medida en que se trate de aquellos antecedentes a los que alude el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución, y que el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia básicamente reitera;

8°) Que, finalmente, también debe rechazarse el requerimiento en lo concerniente al artículo 7° de la Ley

General de Bancos. La única discusión posible respecto de la aplicación de dicho precepto legal dice relación si éste constituye o no una causal de reserva. No obstante, la controversia recién indicada supone, primero, que la información, de acuerdo a lo resuelto por este Tribunal, sea una de acceso público. Es del caso estimar que la información cuyo acceso se requiere por el particular (y que da inicio a la controversia ante el Consejo para la Transparencia y los Tribunales de Justicia) no posee un carácter público. En efecto, el inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, norma que es la realmente pertinente y que ha servido de sustento al Consejo y a la Corte de Apelaciones para resolver a favor de la entrega de información al particular, es incompatible con la Constitución y, por lo tanto, debe considerarse inaplicable en la gestión pendiente. Luego, si la información no es pública, carecería de efecto práctico una sentencia que acogiera el requerimiento respecto del artículo 7° ya aludido. En consecuencia, corresponde el rechazo de la acción de inaplicabilidad intentada en contra del artículo 7° de la Ley General de Bancos, contenido en el DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Francisco Fernández Fredes y Gonzalo García Pino, quienes estuvieron por rechazar la acción de inaplicabilidad deducida, teniendo presentes las siguientes consideraciones:

I.- Naturaleza del conflicto constitucional planteado a esta Magistratura.

1°. Que la primera obligación de este Tribunal es identificar correctamente el conflicto constitucional planteado, con el objeto de resolverlo en el ejercicio de

sus funciones jurisdiccionales constitucionales, sin extender la deliberación a cuestiones que se definan como de pura legalidad;

2°. Que la gestión pendiente es el recurso de queja ante la Corte Suprema deducido por la requirente, Ingreso N° 13.182-2013, caratulado "Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con Consejo para la Transparencia", respecto de la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 12 de noviembre del año 2013;

3°. Que las disposiciones impugnadas son:

a) el artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública, N° 20.285:

> "Artículo 5°.- En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.
>
> Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas."

Y b), el artículo 7° de la Ley General de Bancos, contenido en el DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda:

> "Artículo 7.- Queda prohibido a todo empleado, delegado, agente o persona que a cualquier título

preste servicios en la Superintendencia, revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo. En el caso de infringir esta prohibición, incurrirá en la pena señalada en los artículos 246 y 247 del Código Penal.";

4°. Que respecto de las normas constitucionales estimadas infringidas, el requerimiento argumenta que la aplicación de los artículos mencionados infringe el artículo 8° de la Constitución. Tratándose de la aplicación del artículo 7° de la Ley General de Bancos, vulnera específicamente el inciso segundo del artículo 8° y, adicionalmente, el inciso final del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución;

5°. Que la impugnación de fondo se origina en un contencioso administrativo de acceso a la información pública ante el Consejo para la Transparencia. El solicitante, señor Marco Correa Pérez, pidió a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante SBIF) información estadística respecto de las fiscalizaciones efectuadas por la Superintendencia y otras informaciones respecto de la actividad y defensa de los intereses de la SBIF. Ante el rechazo de algunas de las solicitudes, don Marco Correa Pérez dedujo amparo a su derecho de acceso a la información en contra de la SBIF, el cual fue resuelto por el Consejo para la Transparencia en Decisión de Amparo Rol C306-13. Esta decisión ordenó a la Superintendencia entregar al solicitante la siguiente información:

"i. El o los documentos en que conste la cantidad de fiscalizaciones, auditorías o revisiones efectuadas a bancos u otras instituciones financieras, entre los años 2010 a 2012, presentados

en forma mensual, indicando la entidad financiera y/o el conglomerado financiero evaluado y, en cada una de ellas, detallando mensualmente la cantidad de casos revisados con observaciones y sin observaciones; o, si así lo estima, informe derechamente al requirente respecto de lo solicitado.

ii. Identidad de los 10 conglomerados financieros que la SBIF ha identificado, ya sea en estudios realizados por el mismo órgano o a través de reuniones de Comité de Superintendentes o Comité de Estabilidad Financiera. En caso de corresponder a un número distinto de conglomerados, entregue los efectivamente identificados. En su defecto, señalar expresamente que no posee dicha información.";

6°. Que contra la Decisión de Amparo Rol C306-13 del Consejo para la Transparencia la SBIF recurrió de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. La Corte desestimó, por unanimidad, el reclamo de ilegalidad (Causa Rol de Ingreso N° 5288-2013). Contra esta sentencia, la Superintendencia recurrió de queja ante la Corte Suprema invocando falta o abuso grave, consistente en dictar sentencia con error de hecho y derecho, y desatención de los antecedentes de la causa, considerando que el artículo 7° de la Ley General de Bancos es una ley de quórum calificado que establece reserva de la información relacionada con la actividad fiscalizadora de la SBIF, conforme a lo dispuesto por el artículo 8° de la Constitución;

7°. Que, a partir de esta descripción del caso, la determinación de esta Magistratura se guiará por los siguientes criterios interpretativos. Primero, identificará la real aplicabilidad del artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública al caso concreto. En segundo lugar, verificará la posibilidad de que la

aplicación del artículo 5° aludido vulnere el artículo 8° de la Constitución. Para finalmente referirse a la dimensión de reserva del artículo 7° de la Ley General de Bancos y a la posible vulneración del principio de legalidad penal;

II.- Aplicabilidad del artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública.

8°. Que el requirente ha planteado la impugnación de los dos incisos del artículo 5° de la Ley N° 20.285. Por lo mismo, cabe precisar cuán aplicables son estas disposiciones al caso concreto. Por un lado, en sede de contencioso administrativo de información, el Consejo para la Transparencia alude en el considerando sexto de su decisión a que:

> "[…] la regla general en cuanto a la información elaborada con presupuesto público o que obre en poder de un órgano de la Administración del Estado, es que ésta sea pública, salvo que concurra alguna causal legal de secreto o reserva, las que, a su vez, deben interpretarse en forma restrictiva y respetando el principio de proporcionalidad. En la especie, lo requerido en los literales a), d) y e) de la solicitud, consiste en información estadística referida a la cantidad de fiscalizaciones, revisiones o auditorías efectuadas por la SBIF a bancos y otras instituciones financieras, en el período y términos que indica, y a la identidad de los fiscalizados, de modo que este Consejo no advierte de qué forma se podría producir una infracción al deber funcionario de reserva que contempla el artículo 7° de la Ley General de Bancos." (fs. 30).

Asimismo, en sede judicial, la Corte de Apelaciones de Santiago, rechazando el requerimiento de ilegalidad que interpuso la Superintendencia, sostuvo que:

> "[…] surge que debe considerarse como tal [información pública] aquella información que ha sido elaborada con presupuesto público y, del otro, que adquiere ese carácter cualquier otra información que "obre en poder de los órganos de la administración". Desde esa doble perspectiva, toda la documentación requerida puede ser designada como información pública. Con todo, una cosa es que la información pueda ser catalogada como "pública" y otra muy diferente es que deba ser de "acceso público"." (fs. 55);

9°. Que existen dos caminos para desestimar la potencialidad de la aplicación del inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285: el análisis del contenido de la norma en sí mismo, a la luz del caso planteado, y la otra vía es el estudio del precepto impugnado en contraste con el texto constitucional. Respecto de la vía analítica, se puede concluir que el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia no tiene una aplicación directa porque esta disposición no se refiere al supuesto concreto en el cual podría tener aptitud de aplicabilidad. Este inciso regula y califica de "públicos" los: a) actos y resoluciones; b) "sus" fundamentos y c) los documentos que "les" sirvan de sustento (a esos actos o resoluciones) o sean su complemento directo y esencial.

Las informaciones requeridas por el solicitante de información no son actos o resoluciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras que puedan identificarse nominativamente con claridad. No solicita actos que hayan sido publicados en el Diario Oficial ni tampoco se corresponde con resoluciones que

especifiquen efectos sobre terceros y de los cuales podamos deducir el ejercicio de una función pública. Es más, exige la solicitud construir un marco documental para verificar una información *ex novo* requerida con detalle y desglosada mensualmente para los años 2010 - 2012. Al no estar referida a "actos o resoluciones específicas, sean determinadas o determinables", tampoco se pueden identificar "sus" fundamentos ni menos los "documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial", puesto que el eje que define la referencia al inciso primero del artículo 5° de la Ley N° 20.285 es su vinculación sistemática a un acto o resolución, no importando, por ahora, cuál sea la extensión que le demos a la profundidad documental añadida que "funda" una decisión pública.

La otra vía para desestimar su aplicabilidad es el estudio del contraste entre el precepto legal impugnado por inconstitucional y el texto constitucional. Sin embargo, el contraste es paradójico. No existe diferencia real entre el texto impugnado [artículo 5°, inciso primero, de la Ley N° 20.285: "(…) los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial (…)"] respecto del artículo 8° de la Constitución ["Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. (…)"]. Si la diferencia estriba en que el legislador se excedió del marco constitucional al identificar que "los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial" no son parte de los "fundamentos" del acto o resolución, habría que haberlo sostenido así en un caso donde existiera ese tipo de documentos que aquí, como lo dijimos, simplemente no están. Por tanto, sea por vía analítica como por contraste constitucional, no se

aplica bajo ningún respecto el artículo 5°, inciso primero, de la Ley de Acceso a la Información Pública;

10°. Que, en consecuencia, queda en pie la determinación de la posible aplicación en el caso concreto del inciso segundo del artículo 5° de la Ley N° 20.285, cuestión que dependerá de los criterios que se definen a continuación;

III.- Naturaleza de los datos solicitados.

11°. Que para estimar el carácter de los datos en este proceso constitucional es preciso examinar la información que el Consejo para la Transparencia obligó a la SBIF a entregar al requirente de información;

12°. Que hemos sostenido que la información solicitada a la Superintendencia está basada en el resultado del ejercicio de fiscalización de la Superintendencia aludida, tratándose, por tanto, de comunicaciones o indagaciones de elaboración propia que pudieran tener efectos mediatos e indirectos en el ejercicio de actos o resoluciones públicos, pero que no sustentan un acto o resolución reconocible. En tal sentido, fácticamente se trata de información que detenta la Administración del Estado, en este caso, documentación requerida permanentemente por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a las instituciones sujetas a su fiscalización, según lo disponen, entre otros, los artículos 2°, 12, 14, 16 y 154 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda;

13°. Que, en tal sentido, cabe describir algunos de los apoderamientos más significativos que le permiten a la Superintendencia de Bancos obtener esa información. Por ejemplo, tiene facultades inquisitivas que la facultan a "(…) examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia

de dichas instituciones y requerir, de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se hayan invertido sus fondos y, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer" (artículo 12 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda). Asimismo tiene deberes informativos, como el hecho de que "(…) la Superintendencia dará también a conocer al público, a lo menos tres veces al año, información sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones fiscalizadas y su clasificación y evaluación conforme a su grado de recuperabilidad, debiendo la información comprender la de todas las entidades referidas" (artículo 14 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda). Y de todas estas competencias, la más categórica es aquella que le permite al Superintendente "pedir a las instituciones sometidas a su vigilancia cualquier información, documento o libro que, a su juicio, sea necesario para fines de fiscalización o estadística" (artículo 16 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda). Esta información no está excluida de ser entregada ni siquiera por el secreto bancario, puesto que "(…) en todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores (relativas al secreto bancario), en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia" (artículo 154 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda);

14°. Que, por tanto, la información que exige a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras el Consejo para la Transparencia está referida a

"información estadística" sobre la cantidad de fiscalizaciones, revisiones o auditorías efectuadas por la SBIF, detallada mensualmente, entre los años 2010 y 2012. Así como la identidad de los 10 conglomerados financieros que la SBIF ha identificado. Esta información corresponde a la actividad de fiscalización cotidiana que realiza el organismo;

15°. Que la información referida es de aquella de contenido estadístico que, por regla general y *prima facie*, debemos calificar como información pública, tal como falló esta Magistratura en sentencia Rol N° 2.505, de 10 de junio del año en curso. Los artículos 16 y 154, inciso tercero, de la Ley General de Bancos habilitan a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras a solicitar información estadística a las instituciones sometidas a su vigilancia, sea "cualquier información" (artículo 16).

Asimismo, "los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores (reservadas o secretas), en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando exista un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia." Por tanto, la calificación de la naturaleza final de su carácter público reposa en la discrecionalidad de la Superintendencia;

IV. Imposibilidad de que el artículo 5° de la Ley de Transparencia vulnere el artículo 8° de la Constitución.

16°. Que el requirente argumenta que la aplicación del artículo 5° de la Ley N° 20.285 infringe el artículo 8° de la Constitución. Especialmente, el inciso segundo del mencionado artículo 5°, puesto que "hace una enumeración amplia de cuestiones que se consideran públicas, enumeración que va mucho más allá de lo

establecido en el Art. 8° de la Constitución." (fs. 11). Esta amplitud contravendría "los criterios que constitucionalmente se han establecido para limitar la publicidad de los actos y resoluciones de la Administración, que resguarda valores esenciales para el ordenamiento jurídico y para la convivencia de la comunidad en general." (fs. 14);

17°. Que la expresión del inciso primero del mencionado artículo 5°: "los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial", y el inciso segundo del mismo artículo pueden entenderse como contenidos distintos a los establecidos por la Constitución. En efecto, el inciso segundo establece: "Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas." Claramente esta disposición innova el contenido del precepto constitucional, pero ¿esta innovación es necesariamente inconstitucional? Para determinar si la aplicación del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia vulnera el artículo 8° de la Constitución es preciso determinar la relación entre el enunciado constitucional y el enunciado legal. Sobre esto, en STC Rol N° 1.051 este Tribunal resolvió que el artículo 5° de la Ley de Transparencia no es una ley interpretativa de la Constitución. Por tanto, esta disposición no determina el sentido y alcance del artículo 8° de la Constitución, sino que legalmente desarrolla el contenido constitucional. Siendo así, lo enunciado por el artículo 8° constituye un mínimo que admite desarrollo extensivo por parte del legislador. Que una de las conclusiones de esta visión finalista de la ley, aplicada al artículo 5° de la misma, es la sostenida por Luis Cordero, quien indica que "la única manera en

que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tenga la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: a) del legislador y b) de la autoridad administrativa, dentro de las causales señaladas por la precitada ley. Sin esa declaración, se aplican en toda su amplitud los principios de transparencia y máxima divulgación" (CORDERO VEGA, Luis, "Delimitando la Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación", en LETELIER, Raúl, y RAJEVIC, Enrique (Coordinadores), Transparencia en la Administración Pública, Abeledo Perrot, Universidad Alberto Hurtado, 2010, p. 34);

18°. Que el requerimiento reitera en su argumentación que el artículo 5° de la Ley N° 20.285 iría "más allá" de lo establecido por la Constitución. Como ya se declaró, el artículo 8° constitucional admite desarrollo legal y este desarrollo puede extender la publicidad a más que actos y resoluciones, pues el enunciado constitucional no lo prohíbe; en efecto, el inciso segundo del artículo 8° establece que "[s]on públicos los actos y resoluciones", sin restringir tal carácter "sólo" a éstos. En este sentido, el requirente no expresa con claridad cuál es la norma que permite afirmar que el texto legal va "más allá" de lo prescrito constitucionalmente. En requerimientos similares, en que se ha impugnado el artículo 5° de la Ley N° 20.285, algunos de los cuales esta Magistratura ha acogido, se ha alegado que su aplicación infringe el derecho al respeto y la protección de la vida privada (STC roles N°s 2.505 y 1.990), y el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (STC roles N°s 2.379, 2.246 y 2.153). En este caso, sin embargo, sólo se alega la infracción del artículo 8° de la Constitución, norma que por todo lo anteriormente expuesto no constituye un límite para la extensión razonada, a través de normas

infraconstitucionales, de la publicidad y la transparencia de la actividad de los órganos del Estado;

19°. Que, adicionalmente, el requirente ha impugnado en su totalidad el artículo 5° de la Ley N° 20.285, incluyendo en su inciso primero la expresión contenida al final del mismo "salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado"; y la parte final del inciso segundo, que expresa "a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas". Una solicitud de esta naturaleza en el requerimiento, de ser acogido éste, implica que no podría invocar en la sede correspondiente la aplicación para su caso particular de las reservas legales que el propio artículo reconoce. ¿Cómo es posible entrar a dimensionar el interés nacional afectado en cuanto a los intereses económicos o comerciales del país si se eliminan las excepciones que preservan tales finalidades? ¿Cómo es posible proteger las reservas y secretos que el constituyente definió como propios de regulación por quórum calificado para resguardar determinados documentos, datos o informaciones que son la base de la discusión sobre excepciones que el requirente impugna?;

V. La interpretación del artículo 7° de la Ley General de Bancos es una cuestión de legalidad.

20°. Que el requirente argumenta que la aplicación del artículo 7° de la Ley General de Bancos vulnera el inciso segundo del artículo 8° y el artículo 19, N° 3°, de la Constitución. Indica que la aplicación de este precepto, en la específica interpretación del Consejo para la Transparencia, "parte de un criterio que estima que esta norma no es de aquellas que decretan la reserva de información, sino que es un mero deber funcionario de abstención, desconectado de una posible excepción a la publicidad de la información relacionada con la fiscalización de la SBIF." (fs. 16). En otras palabras,

solicita a este Tribunal que declare inaplicable la interpretación que afirma que el mencionado artículo 7° no consagra un deber de reserva de información y, en consecuencia, declare como interpretación correcta aquella que entiende esta disposición como una ley de quórum calificado, de aquellas a que se refiere el artículo 8° de la Constitución, y que establece una reserva de información cuyo fundamento es el interés nacional involucrado en la efectiva fiscalización que realiza la Superintendencia;

21°. Que el requirente impugna el artículo 5° de la Ley de Acceso a la Información Pública en cuanto sostiene que la información solicitada está al margen del estatuto de lo público por exceder la norma constitucional del artículo 8° y, a la vez, alega la calificación del artículo 7° de la Ley General de Bancos como una excepción a la publicidad, regulada por el inciso segundo del mismo artículo constitucional. Como puede apreciarse, ambas alegaciones son incompatibles y refuerzan la dimensión de legalidad de esta controversia. Tal como se ha fallado anteriormente (STC Rol N° 2.505), la dicotomía información público/privada es una cuestión de constitucionalidad para verificar si una información está o no regulada por el artículo 8° de la Constitución. En cambio, la dicotomía información público/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8° de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas. Tal competencia es coherente con el sistema que el legislador ha previsto para la determinación de cuál información debe ser pública y cuál debe reservarse. Al no tratarse de una cuestión de constitucionalidad, no corresponde que este Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto;

22°. Que las Cortes de Apelaciones, conociendo de reclamos de ilegalidad, son competentes para interpretar el artículo 7° de la Ley General de Bancos, calificándolo como una causal de reserva o como un deber funcionario. De este modo, en la sentencia recaída sobre esta gestión pendiente, la Corte de Apelaciones de Santiago falló que "[d]el tenor del artículo 7° de la Ley General de Bancos, cuyo texto quedara precedentemente transcrito, fluye que no se asigna un carácter reservado *per se* a la documentación que obra en poder de la Superintendencia, sino que se dispone algo diferente: una obligación funcionaria de reserva, un deber de secreto para los profesionales y funcionarios que se desempeñen en dicho órgano de la Administración." (SCA de Santiago, Rol N° 5288-2013, considerando 5°). Asimismo, en voto de minoría de otro fallo sobre la materia, la Ministra señora Carmen Domínguez estimó: "1) Que el artículo 7 de la Ley General de Bancos impone un deber de reserva en cuanto impide "revelar cualquier detalle de los informes que haya emitido, o dar a las personas extrañas a ella noticia alguna acerca de cualesquiera hechos, negocios o situaciones de que hubiere tomado conocimiento en el desempeño de su cargo". 2) Que ese deber de reserva está establecido en ley de quórum calificado en los términos que refiere el artículo 1 transitorio de la Ley n° 20.285 (de Transparencia)." (SCA de Santiago, Rol N° 4222-2012, voto de minoría). Del mismo modo, la Corte Suprema ha conocido de diversos recursos de queja relativos a información estadística solicitada a la SBIF. Sobre el artículo 7° de la Ley General de Bancos ha declarado que "[s]e trata entonces de una regulación jurídica que tiene como destinatarios a los funcionarios en los ámbitos de sus competencias propias con las referidas sanciones administrativas y/o penales en caso de infracción. La publicidad y transparencia, en cambio, con su regulación jurídica actual, antes que a las personas se refieren a

los órganos del Estado […] es posible concluir que el citado artículo 7° de la Ley General de Bancos es una ley simple cuyo contenido no se ajusta a las excepciones a la publicidad que contempla el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución […]" (SCS Rol N° 6663-2012, considerando 10°). Asimismo, ha sostenido que "atendido lo razonado y el rango constitucional del principio, las excepciones a la publicidad que se contemplan en el artículo 8° inciso 2° de la Constitución refuerzan lo que son: excepciones limitadas a las causales en él referidas, sin que pueda sostenerse en el presente caso que el citado artículo 7° de la Ley General de Bancos sea un caso de reserva de información pública de aquellas contempladas en dicha norma constitucional, sino más bien un deber funcionario como muchos otros orientados a la protección del bien jurídico "recta administración del Estado": legalidad, imparcialidad, responsabilidad, eficacia, eficiencia, racionalidad, probidad, neutralidad política y otros." (SCS Rol N° 10.474-2013, considerando 9°). En definitiva, la interpretación del artículo 7° y su calificación como excepción al principio de publicidad es una cuestión de legalidad, que los jueces de fondo han resuelto reiteradamente. Si de esta interpretación se sigue una causal de justificación en favor de los funcionarios, también es una cuestión de legalidad y de competencia del juez de fondo determinarla en cada caso concreto;

23°. Que, en conclusión, cabe desestimar el presente requerimiento por no corresponder la aplicación del artículo 5°, inciso primero, de la Ley N° 20.285 al supuesto invocado en el caso concreto. Adicionalmente, no corresponde acoger el requerimiento en su impugnación del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley N° 20.285, porque se trataría de información que *prima facie* es estimable como pública y que estaba en posesión de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de acuerdo a sus competencias normativas (artículos 2°, 12,

14, 16 y 154 del DFL N° 3, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos). Seguidamente, porque impugna en los incisos primero y segundo del artículo 5° las excepciones que le permitirían garantizar sus derechos ante el juez de fondo. Finalmente, se rechaza el requerimiento de inaplicabilidad del artículo 7° de la Ley General de Bancos, pues su interpretación como causal de reserva es una cuestión de legalidad que corresponde resolver al juez de fondo.

Redactó la sentencia el Presidente del Tribunal, Ministro señor Carlos Carmona Santander; la prevención a la misma, el Ministro señor Juan José Romero Guzmán, y la disidencia, el Ministro señor Gonzalo García Pino.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 2558-13-INA.

Sr. Carmona

Sr. Fernández

Sr. Aróstica

Sr. García

Sr. Romero

Sra. Brahm

Sr. Suárez

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Carlos Carmona Santander, y por sus Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Francisco Fernández Fredes, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Juan José Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm Barril, y por el suplente de Ministro señor Christian Suárez Crothers.

Se certifica que el Ministro señor Hernán Vodanovic Schnake concurrió al acuerdo y fallo, pero no firma por haber cesado en su cargo.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.