

C.A. de Santiago

Santiago, diez de mayo de dos mil veinticuatro.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece doña Ruth Israel López, Abogada Procuradora Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en representación de Gendarmería de Chile, y deduce reclamo de ilegalidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley 20.285, sobre acceso a la Información Pública, en contra del Consejo para la Transparencia, representado por su Director General don David Ibaceta Medina, abogado, por la dictación de la Decisión de Amparo Rol C12105-22, adoptada en Sesión N°1341, de su Consejo Directivo, celebrada el 16 de febrero de 2023, por medio de la cual el Consejo para la Transparencia, acogió el amparo de acceso a la información deducido por don Mauricio Menares Hernández, ordenando a Gendarmería de Chile que: *“Entregue al reclamante información relativa a las consultas consignadas en el número 1) de la parte expositiva, respondiendo afirmativa o negativamente, o mediante una breve indicación, según corresponda, y entregando la respectiva documentación referida a cada caso, o en su defecto, señalar expresa y fundadamente, tanto al reclamante como a este Consejo, si alguno de dichos antecedentes no existieran o no obraran en su poder, con los detalles que justifiquen su inexistencia, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 2.3 de la Instrucción General N°10 del Consejo para la Transparencia”*.

Refiere que en concreto, la información solicitada que debe entregarse en los términos antes señalados, dice relación con las siguientes consultas:



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: JPFFXNZJRXL

"INFORME DE VISITA: visita a dependencias de nuevo establecimiento de máxima seguridad de la Región Metropolitana (ex Unidad Especial de Alta Seguridad - UEAS)" del Departamento de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Gendarmería de Chile: a) A la fecha, ¿El Director Nacional, Sr. Sebastián Urra Palma, tiene conocimiento de la existencia de dicho informe? b) De conocer la existencia de dicho informe, ¿En qué fecha tomó conocimiento el Director Nacional del mismo? c) De conocer la existencia de dicho informe, ¿Qué medidas ha tomado el Director Nacional para atender las observaciones y recomendaciones planteadas en el informe acerca de las condiciones penitenciarias de la Sección de Máxima Seguridad? d) De conocer la existencia de dicho informe, ¿El Director Nacional ha re-enviado el documento a los órganos competentes en materia de derechos humanos y personas privadas de libertad de Chile? Como, por ejemplo, al Instituto Nacional de Derechos Humanos, al Comité de Prevención de la Tortura o la Fiscal Judicial de la Excelentísima Corte Suprema. e) De conocer la existencia de dicho informe, ¿El Director Nacional ha puesto en conocimiento a la Ministra de Justicia y Derechos Humanos, Sra. Marcela Ríos Tobar, acerca del documento? De ser afirmativa la respuesta, ¿en qué fecha le informó? f) De conocer la existencia de dicho informe, ¿El Director Nacional ha puesto en conocimiento a la Subsecretaría de Justicia y a la Subsecretaría de Derechos Humanos acerca del documento? De ser afirmativa la respuesta, ¿en qué fecha les informó? g) ¿La Ministra de Justicia y Derechos Humanos, Sra. Marcela Ríos Tobar le ha dictado instrucciones a Gendarmería de Chile en relación al contenido del Informe? h) ¿La Subsecretaría de Justicia y la Subsecretaría de Derechos Humanos le han dictado



instrucciones a Gendarmería de Chile en relación al contenido del Informe? i) El día 21 de septiembre de 2022, Gendarmería publicó un comunicado informando acerca de la Cárcel de Alta Seguridad, en relación a ello, ¿Qué funcionarios de Gendarmería de Chile redactaron dicho comunicado? ¿Quién ordenó la publicación y el contenido del comunicado? j) ¿El Director Nacional de Gendarmería de Chile ha sostenido comunicaciones con las Asociaciones de Funcionarios de Gendarmería de Chile en relación al contenido del Informe?”.

Sostiene que con fecha 4 de octubre de 2022, ingresó a Gendarmería de Chile la Solicitud de Acceso a la Información Pública, bajo el ID AK006T0024717, en la que don Mauricio Menares Hernández solicitó la entrega de la información antes señalada.

Luego, mediante carta N°3737 de fecha 18 de noviembre de 2022, el Encargado de la Unidad de Participación y Atención Ciudadana de Gendarmería de Chile informó al actor que la respuesta a lo requerido implicaba un pronunciamiento por parte de la Autoridad, toda vez que los datos de su interés no se encontraban elaborados y almacenados previamente en la base de datos Institucional. Agrega que “Sobre el particular, cabe destacar que, tales solicitudes no corresponden al ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285, Sobre Acceso a la Información Pública, sino más bien, al procedimiento establecido en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (...) la presente solicitud no constituye una de aquellas que tenga por objeto el acceso a información pública amparada por la Ley de Transparencia, circunscribiéndose más bien, al ámbito del derecho de petición consagrado en el



artículo 19 N° 14 de nuestra Constitución Política, a tramitarse según las normas legales específicas que puedan existir o, en su defecto, según las disposiciones de la Ley N° 19.880”, citando jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre la materia y haciendo mención a lo dispuesto en los artículos 5 y 10 de la Ley de Transparencia, y artículo 3 de su Reglamento, y derivando la solicitud a la unidad correspondiente a efectos de que sea tramitada conforme a dicho procedimiento.

Posteriormente, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 24 de la Ley N° 20.285, el solicitante interpuso amparo ante el Consejo para la Transparencia, fundando su acción en que lo expresado por el Servicio constituye una “Respuesta negativa a la solicitud de información”.

Luego, mediante el Oficio Ordinario N° 200 de fecha 26 de enero de 2023, Gendarmería de Chile formuló sus descargos ante el Consejo para la Transparencia, informando que *“Se advierte del Informe de Visita a la ex unidad de Alta Seguridad – UEAS, acompañado por el recurrente; que aquel contiene antecedentes específicos relativos a las dimensiones, espacios, régimen penitenciario, cámaras de vigilancia, tipos de módulo, horarios de encierro y desencierro, oficinas de guardia, régimen externos de seguridad, entre otros, todos asociados a la seguridad de un Establecimiento Penitenciario. Luego, dada su naturaleza, su contenido no debería ser conocido ni tratado por el solicitante o terceros, por tratarse de datos de carácter reservado. En este sentido, su divulgación podría ser utilizado por el crimen organizado para la planificación y comisión de diversos ilícitos penales que pongan en riesgo la Actividad Penitenciaria, cuyo debilitamiento afectaría incluso la Seguridad de la Nación”*.



Finalmente, con fecha 16 de febrero de 2023, el Consejo para la Transparencia en Decisión de Amparo Rol C12105-22, acogió el Amparo presentado por el solicitante, y ordenó a Gendarmería de Chile a entregar la información requerida.

En cuanto a los fundamentos del presente reclamo de ilegalidad, sostiene, en primer lugar, que la información solicitada es inexistente y no obra en poder de Gendarmería en formato pre-existente, por lo que no cabe exigir su elaboración, de conformidad a la Ley de Transparencia. Al respecto, asevera que la información en cuestión no existe ni ha existido con anterioridad en un soporte establecido y, de contarse con datos suficientes, debería ser elaborada para pronunciarse conforme se solicita. Por lo tanto, argumenta que la resolución del Consejo es improcedente por cuanto su cumplimiento implicaría crear información hoy inexistente en un soporte determinado, criterio que ha sido aplicado por el mismo Consejo en los pronunciamientos que indica, y que ha sido ratificado por la jurisprudencia que señala.

En segundo lugar, afirma que la decisión de amparo infringe las causales de reserva contenidas en los N°s 3 y 5 del artículo 21 de la ley n° 20.285, que dispone: *“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: (...) N° 3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”. (...) N° 5.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política*”. Sobre este punto, asevera que según el



artículo 27 N° 2 del Decreto Ley N° 2859, que Fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, de quórum calificado y previa a la dictación de la ley de transparencia, *“Se considerarán secretos los siguientes documentos, cuya publicidad afectare la seguridad del personal de Gendarmería de Chile o la seguridad de la Nación: (...) 2.- Los atinentes a planos o instalaciones de unidades penales u otras instalaciones de la institución y los planes de operación o de servicio de la misma, con sus respectivos antecedentes, considerando especialmente los horarios de ingreso y salidas de los funcionarios penitenciarios desde y hacia las unidades penales y los protocolos que traten sobre el traslado de personas privadas de libertad”*. Hace presente que constituye una excepción a dicho secreto o reserva únicamente cuando la entrega es a requerimiento de la Cámara de Diputados, los tribunales de justicia, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y la Dirección de Presupuestos, en el ejercicio de sus funciones. Sobre el particular, reitera que en la formulación de descargos ante el Consejo para la Transparencia, Gendarmería hizo presente que *“Se advierte del Informe de Visita a la ex unidad de Alta Seguridad – UEAS, acompañado por el recurrente; que aquel contiene antecedentes específicos relativos a las dimensiones, espacios, régimen penitenciario, cámaras de vigilancia, tipos de módulo, horarios de encierro y desencierro, oficinas de guardia, régimen externos de seguridad, entre otros, todos asociados a la seguridad de un Establecimiento Penitenciario. Luego, dada su naturaleza, su contenido no debería ser conocido ni tratado por el solicitante o terceros, por tratarse de datos de carácter reservado. En este sentido, su divulgación podría ser utilizado por el crimen organizado para la*



planificación y comisión de diversos ilícitos penales que pongan en riesgo la Actividad Penitenciaria, cuyo debilitamiento afectaría incluso la Seguridad de la Nación”.

Argumenta que ante un escenario delictual en el país que ha mutado a ilícitos de mayor entidad como demuestran, por ejemplo, los secuestros, asesinatos y la existencia de sicariato, como igualmente la presencia de bandas u organizaciones criminales internacionales enquistadas en nuestro país que gozan de alto poder de fuego y nulo respeto hacia la ciudadanía, aportar ese tipo de información tan específica podría significar un mayor riesgo de acciones del crimen organizado destinadas a vulnerar la seguridad penitenciaria, máxime considerando que el recinto de máxima seguridad está destinado al cumplimiento de medidas privativas de libertad decretadas en contra de los criminales más peligrosos del país.

A su juicio, es razonable entonces prever que la divulgación de esta información puede llevar a facilitar la inhibición de la posibilidad de controlar situaciones internas y externas, reduciendo la eficacia del servicio y afectando tanto el debido cumplimiento de las funciones de Gendarmería, como la mantención de la seguridad pública; lo que cae de lleno en las causales de reserva que el propio legislador ha calificado.

Recalca que la normativa del artículo 27 citado es de carácter objetivo y amerita su aplicación directa, de conformidad al artículo 21 N° 5 también citado. Luego, afirma que el Consejo para la Transparencia no se puede atribuir facultad alguna tendiente a cuestionar la calidad de secretos o reservados de los antecedentes que el propio legislador ha considerado reservados. Esto implica, desde luego, que tampoco posee la competencia para hacer distinción alguna al respecto. Y desde luego cumple



con el requisito objetivo que establece dicha norma como causal de excepción a la publicidad de los actos de la Administración, sin que se exija –por la ley- probar afectación alguna a los bienes jurídicos protegidos en el artículo 8º de la Constitución Política de la República, puesto que dicha afectación ya fue calificada por el propio legislador.

Por otra parte, sostiene que el Consejo para la Transparencia actúa fuera de su competencia, efectuando exigencias no comprendidas en la ley, desechando la aplicación directa de las causales alegadas. Así, razona erróneamente la decisión de amparo en sus considerandos 3 y 4, sosteniendo que para la aplicación de la reserva antes señalada no basta la existencia de una norma que disponga ésta, sino que debe acreditarse la afectación a los bienes jurídicos protegidos por la causal señalada, la que debe ser presente o probable y con suficiente especificidad, lo que no habría sido cumplido por Gendarmería. Sobre este punto, indica que lo cierto es que no existe ninguna norma en la Ley de Transparencia que establezca la facultad de cuestionar la constitucionalidad de una norma legal de quórum calificado por disposición de la Constitución Política. Esta atribución no se contempla entre aquellas que señala el artículo 33 de la Ley de Transparencia.

Por lo expuesto, estima que sólo cabe al Consejo para la Transparencia respetar la decisión legislativa de mantener el secreto o reserva de la información así declarada, sin que le sea lícito ponderar las consideraciones que el legislador hubiere tenido en cuenta para ello, haciendo presente que la justificación proporcionada por el Consejo para desechar las causales legales de reserva referidas, no se conforma a derecho.



Solicita que se acoja el reclamo de ilegalidad, dejando sin efecto la Decisión Amparo C12105-22, adoptada por el Consejo para la Transparencia, y declarando que Gendarmería de Chile actuó conforme a derecho al negar acceso a la información solicitada.

SEGUNDO: Que compareció formulando observaciones al reclamo de ilegalidad el tercero interesado don Mauricio Menares Hernández.

En primer lugar, manifiesta que la información solicitada existe y obra en poder de Gendarmería, siendo materia de la Ley N° 20.285, por cuanto todas las informaciones solicitadas su parte se realizan respecto del documento “*INFORME DE VISITA: visita a dependencias de nuevo establecimiento de máxima seguridad de la Región Metropolitana (ex Unidad Especial de Alta Seguridad – UEAS)*” del Departamento de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Gendarmería de Chile, estando todas aquellas contenidas en oficios, comunicaciones y/o resoluciones de Gendarmería de Chile.

Por lo anterior, a su juicio resulta evidente que se ha solicitado información que puede desprenderse fácilmente de los registros o antecedentes que Gendarmería de Chile mantiene en su poder, no suponiendo la respuesta la imposición de una carga a su respecto. Añade que a las solicitudes se debe responder afirmativa o negativamente, o mediante breve indicación, según corresponda, y acompañar los oficios, resoluciones, comunicaciones, minutas, memorándums o actas, en línea con lo establecido en los artículos 5 y 10 de la Ley N° 20.285, pues cada una de las particulares solicitudes expresadas se contiene o relaciona con algún concreto acto administrativo y/o comunicación



que obra en poder de Gendarmería de Chile, en los términos que indica.

En segundo lugar, refiere que la información solicitada no se encuentra en la hipótesis de la causal de reserva contenida en el N° 3 del artículo 21 de la Ley N° 20.285, lo anterior por cuanto Gendarmería de Chile se ha limitado a indicar que está impedido de entregar cualquier información referida al documento acompañado por el requirente, toda vez que podría ser utilizado por el crimen organizado para la planificación y comisión de diversos ilícitos penales que pongan en riesgo la Actividad Penitenciaria, cuyo debilitamiento afectaría incluso la Seguridad de la Nación, en forma genérica, sin argumentar ni acreditar de manera concreta, específica y detallada, el detrimento que provocaría la publicidad de información requerida, limitándose a señalar eventuales consecuencias hipotéticas, pero sin explicar pormenorizadamente cómo aquello podría ocurrir.

Sostiene que la afectación de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 21 de la Ley de Transparencia debe ser presente o probable y con suficiente especificidad para justificar la reserva, lo que no se presume si no que debe ser acreditado por el órgano administrativo requerido, de modo que los daños que la publicidad provocaría sean superiores al perjuicio que el secreto causaría al libre acceso a la información y al principio de publicidad, lo que no ha ocurrido, en la especie, teniendo en consideración que la información consultada se refiere a la eventual comunicación y medidas adoptadas a partir del Informe de Visita mencionado, y no respecto del establecimiento penitenciario aludido.

Además, hace presente que la existencia y contenido del Informe de Visita es una temática que ha sido difundida mediante diversos medios de comunicación por funcionarios de la propia



Gendarmería de Chile, como se puede constatar en las noticias que individualiza, con el respectivo acceso a la página web que refiere.

Por último, alega la incongruencia procesal en las alegaciones de la parte reclamante, particularmente respecto del N° 5 del artículo 21 de la Ley N° 20.285. En efecto, sostiene que es posible constatar que en la Carta N° 3737/22, de 18 de noviembre de 2022, en que Gendarmería de Chile rechazó entregar la información solicitada por su parte, dicho organismo no hizo alusión en caso alguno a las causales de reserva contenidas en los N° 3 y 5 del artículo 21 de la Ley N° 20.285. De la misma manera, a posteriori, al presentar sus descargos al Consejo Para la Transparencia, con fecha 6 de enero de 2023, mediante Oficio N° E563, Gendarmería de Chile no hizo alusión en caso alguno a la causal de reserva contenida en el N° 5 del artículo 21 de la Ley N° 20.285.

Estima que lo anterior demuestra claramente que no existe congruencia procesal en las alegaciones expresadas por la parte reclamante, y siendo coherente con la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema –sentencia en causa Rol N° 18.730-2018- no resulta procedente que la reclamante intente efectuar alegaciones en torno a la ilegalidad del acto impugnado -invocando en este caso el artículo 21 N° 5 de la Ley 20.285-, que no realizó en sede administrativa y respecto de las que el Consejo para la Transparencia no tuvo la oportunidad de emitir un pronunciamiento, por cuanto éste sólo podría cometer ilegalidad respecto de lo decidido conforme al mérito del proceso y de los antecedentes que obraron en su poder, y no en relación a aquello sobre lo que no se pronunció por no formar parte del debate.



TERCERO: Que el abogado señor David Ibaceta Medina, Director General y representante del Consejo para la Transparencia evacúa informe, solicitando el rechazo del reclamo en todas sus partes.

Luego de reseñar los principales antecedentes de hecho de la causa, sostiene que la reclamante en su reclamo de ilegalidad invocó una nueva causal de reserva, la cual no formó parte de las alegaciones en el procedimiento de amparo, por lo que su invocación extemporánea infringe el principio de congruencia procesal e incide en el ámbito de competencia del examen de legalidad que debe efectuar esta Corte. Sobre el particular, precisa que la causal de reserva relativa al artículo 21 N°5 de la Ley de Transparencia no fue formulada en sede administrativa, por lo que ha precluido el derecho a invocarla en esta sede, citando jurisprudencia en apoyo a su postura.

En segundo lugar, manifiesta que la Decisión de Amparo C12105-22 no es ilegal, por cuanto se ajusta a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución y a los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia, ya que la información solicitada debe obrar en poder de Gendarmería, y para satisfacer la solicitud no debe elaborar o crear información nueva o distinta de la que ya posee. Al respecto, aclara que lo solicitado sí obra en poder del órgano, que es el presupuesto básico de la obligación constitucional de los órganos del Estado para entregar información pública, debiendo para ello, sistematizar o consolidar los antecedentes que ya existen en su poder en el cumplimiento de sus funciones públicas, cuestión que, lógicamente, es muy distinta a sostener que no existe nada. En este sentido, a partir de los argumentos expuestos por la misma parte reclamante en su libelo recursivo se extrae que la información en comento existe,



sobre todo cuando sobre la materia alega las causales de reserva del artículo 21 N° 3 y 5 de la Ley de Transparencia, por una supuesta afectación a la seguridad de la Nación. Estima que la contradicción es patente, pues no se alegan causales de reserva sobre información que no existe, reflejándose más bien una confusión del órgano entre información inexistente con información no sistematizada. La primera, naturalmente, no se puede entregar por una imposibilidad fáctica, que se explica por sí misma; mientras que la segunda, sí se puede, y es lo que precisamente se produce en la especie, lo cual se encuentra amparado por una sostenida jurisprudencia sobre este punto.

Luego, respecto de las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, hace presente que los principios de transparencia y publicidad contemplados en el artículo 8° de la Carta Fundamental, entre aquellos que conforman las bases de la institucionalidad, se aplican a toda la actuación administrativa y no exclusivamente a la actuación formal expresada en actos administrativos, sino más bien, a toda manifestación documental, cualquiera sea el soporte en que estos se encuentren. Previas citas del marco normativo, sostiene que es claro que el espíritu y la voluntad del legislador, plasmados en la Ley N° 20.285, consiste en que el ciudadano pueda acceder a toda información que exista y obre en poder de los órganos de la Administración, sea cual sea el formato material o soporte en que esta se encuentre, sin importar su origen, clasificación o procesamiento, de lo que se sigue que es la misma ley la que permite el acceso a información incluso en términos de dar respuesta positiva o negativa, o que involucre procesamiento, sistematización o consolidación de antecedentes, todos los cuales ya obran en su poder, lo que se ve reforzado por lo dispuesto en las letras a) y d)



del artículo 11 de la Ley, que consagran los Principios de Relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento; y de Máxima Divulgación, de acuerdo al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales, de lo que se sigue que no hay infracción legal alguna en la decisión C12105-22.

Destaca que la parte reclamante, posee y obra en su poder la información requerida, sin que sea necesario tener que efectuar ninguna labor de creación de datos, ni generar información distinta a aquella que ya posee. Lo único que debe hacer es procesar la información que ya posee, para luego responder y hacer entrega de esos antecedentes al solicitante. Por eso, considerando que la entrega de lo requerido en la forma dispuesta en la decisión, no importa un costo o gasto excesivo o no previsto en el presupuesto de la reclamante, y que Gendarmería tampoco alegó en las etapas procesales respectivas, que la entrega de lo pedido importe incurrir en distracción indebida del cumplimiento de sus funciones, debe concluirse que la decisión de amparo Rol C12105-22 se encuentra ajustada a derecho.

En otro acápite, en subsidio de lo señalado en su informe respecto a la causal del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, asevera que sobre la información ordenada entregar, no se configura la causal de reserva del artículo 21 N° 3 y 5, máxime si la publicidad de la misma, no afecta alguno de los bienes jurídicos señalados en el inciso 2° del artículo 8° de la Constitución Política. En efecto, para determinar en el caso



concreto, si procede reservar la información ordenada entregar, en virtud de la causal de reserva del artículo 21 N° 5, en relación con lo preceptuado en el artículo 27 del D.L N° 2.859, corresponde avocarse a resolver la siguiente interrogante: ¿De qué modo o manera podría verse afectado la seguridad de la Nación o del personal al entregarse, por ejemplo, la información si a la fecha de la solicitud el Director Nacional de Gendarmería tenía conocimiento de la existencia del informe de Visita a la unidad especial de alta seguridad, emitido por el Departamento de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, y en caso de haber tenido conocimiento, en qué fecha habría ocurrido?

A su juicio, la respuesta a la interrogante es simple: de ninguna forma se pueden afectar los señalados bienes jurídicos con la publicidad de la información requerida, ya que ésta sólo se refiere a la eventual comunicación y medidas adoptadas a partir del Informe de Visita mencionado, y no a antecedentes respecto del establecimiento penitenciario aludido, no permitiendo develar estrategias de actuación, ni menos afectar la seguridad de la Nación o del personal, tal como se sostuvo en el considerando 4) de la decisión reclamada. En consecuencia, de conformidad a la jurisprudencia que cita, y al análisis realizado por el Consejo para la Transparencia, queda de manifiesto que las alegaciones genéricas que formuló Gendarmería de Chile en el procedimiento de amparo, resultan insuficientes para reservar por las causales del artículo 21 N° 3 y 5, la información que se ha ordenado entregar, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 del D.L N° 2.859, ya que no acreditó que se produzca una afectación presente o probable o con algún grado de especificidad a alguno de los bienes jurídicos protegidos por el aludido artículo 8° constitucional, con la entrega de la información consultada. En



efecto, pues en sus descargos al amparo, Gendarmería únicamente se limitó a invocar la aplicación del mentado artículo 27, sin precisar de ningún modo las razones que justificarían una supuesta afectación, tal como exige el artículo 8° inciso 2°, de la Carta Fundamental.

Por los motivos expuestos, solicita rechazar en su totalidad el Reclamo de Ilegalidad, con expresa condena en costas, resolviendo en definitiva mantener o confirmar la Decisión de amparo Rol C12105-22, por no haberse incurrido en ilegalidad alguna en su dictación.

CUARTO: Que el artículo 8° de la Constitución Política de la República 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”.

De esta norma se colige que la regla general que contempla nuestro ordenamiento jurídico es que la información que está en poder de la Administración, es pública, salvo las excepciones que contempla la ley.

QUINTO: Que, en primer término, Gendarmería denegó la información solicitada porque entregarla implicaba *un pronunciamiento* por parte de la Autoridad, toda vez que los datos no se encontraban elaborados y almacenados previamente en la base de datos Institucional, estimando que tales solicitudes no corresponden al ámbito de aplicación de la Ley N° 20.285, sino más bien al procedimiento establecido en la Ley N° 19.880, al circunscribirse al ámbito del derecho de petición consagrado en el



artículo 19 N° 14 de nuestra Constitución Política, debiendo tramitarse según las normas legales específicas que puedan existir o, en su defecto, según las disposiciones de la referida Ley N° 19.880.

SEXTO: Que esta Corte comparte lo medular del discurso de Gendarmería para negar la información solicitada por vía de la Ley N° 20.285.

El artículo 5° de dicha ley dispone: “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.”

Por su parte, el artículo 10 de la misma ley señala: “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, *en la forma y condiciones que establece esta ley*.

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



SÉPTIMO: Que, de las normas transcritas se desprende que la información de los órganos de la Administración que es pública y que puede ser solicitada por toda persona conforme al procedimiento reglado en la Ley N° 20.285, es aquella no exceptuada en esa ley o en otra de quórum calificado, *que obra en poder del órgano de la Administración requerido al estar contenida en alguna forma de soporte*, lo que es concordante con el que tenga una *fecha de creación* y un *origen*.

Y es en razón de la posesión de la información en cualquier tipo de soporte, por la que no hay excusa de orden material para que el órgano de la Administración la ponga a disposición de quien la requiera en la forma y condiciones que establece la ley en comento.

OCTAVO: Que, en el caso de marras, en cambio, mediante algunas preguntas se pretende conseguir información que corresponde a respuestas que deben ser proporcionadas no por un órgano de la Administración -en este caso, Gendarmería-, ni siquiera por quien ejerce un determinado cargo en ese órgano -quien quiera que éste sea-, sino por una persona natural específica, el sr. Sebastián Urra Palma, actual Director Nacional de Gendarmería.

Es decir, el solicitante no busca obtener la información almacenada o registrada en algún soporte a cargo de alguna de las direcciones, subdirecciones, departamentos, unidades u oficinas de Gendarmería de Chile, sino que, a través del cuestionario pretende forzar *manifestaciones o expresiones de voluntad* de una persona o autoridad determinada, en buenas cuentas, *un pronunciamiento* como lo dijo Gendarmería.

Así, con la pregunta a) se pide responder si el sr. Urra Palma *“tiene conocimiento de la existencia”* de un determinado



informe, y con la pregunta b) “*en qué fecha tomó conocimiento del mismo*”, en vez de solicitar información sobre si en la Dirección Nacional de Gendarmería se registró la recepción de ese informe y en qué fecha.

NOVENO: Que, asimismo, se pregunta en el literal c) del cuestionario, “*¿Qué medidas ha tomado el Director Nacional para atender las observaciones y recomendaciones planteadas en el informe acerca de las condiciones penitenciarias de la Sección de Máxima Seguridad?*”.

La respuesta a esa interrogante está *mediada por un juicio de valor* del Director Nacional de Gendarmería acerca de cuáles de las instrucciones por él impartidas en relación a la Sección de Máxima Seguridad, atienden, responden o se hacen cargo de las observaciones y recomendaciones planteadas en ese informe, lo que no constituye información objetiva que conste en algún soporte de la Dirección Nacional de Gendarmería, sino que debe ser elaborada en base a la opinión y criterio de una persona determinada. Repárese que no se piden todos los oficios, resoluciones, instrucciones, memorándums y comunicaciones posteriores al informe, sino únicamente aquellos que atienden las observaciones y recomendaciones contenidas en éste.

DÉCIMO: Que las respuestas a otro tipo de preguntas que incluye el cuestionario del solicitante, no se pueden obtener de registros de Gendarmería, sino que requieren indagaciones previas para su *creación*, proceso en el cual pueden surgir distintas opiniones sobre cuál sería la respuesta acertada o verídica a la pregunta, como en el caso de la correspondiente a la letra i), referida a quién redactó el comunicado publicado por Gendarmería el 21 de septiembre de 2022 y quién ordenó su publicación y determinó el contenido del mismo.



Desde luego, pueden haber participado distintas personas en mayor o menor medida en las acciones consultadas, con mayor o menor incidencia y responsabilidad en las mismas, lo que no puede determinarse simplemente consultando los registros de Gendarmería.

UNDÉCIMO: Que, las preguntas de las letras g) y h), sobre si determinada ministra de justicia y la Subsecretaría de Justicia y la Subsecretaría de Derechos Humanos han dictado instrucciones en relación al contenido del Informe, deben ser respondidas por los respectivos órganos de la Administración, a quienes entonces debió dirigirse el requerimiento de información.

DUODÉCIMO: Que las razones expresadas evidencian que la solicitud previamente examinada no puede ser resuelta por medio del procedimiento de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado previsto en la Ley N° 20.285, toda vez que por su naturaleza corresponde a una solicitud de pronunciamiento por parte de la autoridad y no de información en los términos establecidos en dicha Ley.

DÉCIMO TERCERO: Que, sin perjuicio de lo anterior, esta Corte estima que la materia sobre la que se consulta en algunas de las preguntas del cuestionario, caen dentro de la causal de reserva del N° 3 del artículo 21 de la Ley N° 20.285, que señala: *“Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública”*.

DÉCIMO CUARTO: Que, el Informe de Visita a la ex unidad de Alta Seguridad–UEAS, contiene antecedentes específicos relativos a las dimensiones, espacios, régimen penitenciario, cámaras de vigilancia, tipos de módulo, horarios de encierro y



desencierro, oficinas de guardia, régimen externos de seguridad, entre otros, todos asociados a la seguridad de un Establecimiento Penitenciario.

De ese modo, cuando se consulta por las medidas adoptadas por el Director Nacional de Gendarmería en relación a ese informe, o las instrucciones recibidas por la Ministra de Justicia de la época, la Subsecretaría de Justicia y la Subsecretaría de Derechos Humanos en relación al mismo, se trata de medidas e instrucciones atinentes a las características y funcionamiento de esa unidad penitenciaria.

DÉCIMO QUINTO: Que, atendida la naturaleza de la información pretendida, esta Corte comparte con la reclamante que su contenido no debería ser conocido ni tratado por el solicitante o terceros, por corresponder a datos cuya divulgación podría ser utilizado por el crimen organizado para la planificación y comisión de diversos ilícitos penales que, al poner en riesgo la actividad penitenciaria, consecuentemente lo hagan también respecto del orden y seguridad pública.

Es un hecho notorio y público el desarrollo, recrudecimiento y fortalecimiento de la actividad criminal organizada a nivel nacional y con vínculos y ramificaciones en el extranjero, cuyos responsables precisamente, de ser aprehendidos, pueden ser ingresados a la unidad penitenciaria aludida, por lo que la difusión de la información de las características y funcionamiento de esta unidad que se pretende, puede tener repercusiones no sólo en el ámbito local respecto de la operación y seguridad de este recinto penitenciario, sino en el orden y seguridad pública a nivel nacional.

DÉCIMO SEXTO: Que como lo dijo ya esta Corte en sentencia Rol N° 610-2021, con fecha 12 de abril de 2022, por la



que se dejó sin efecto la resolución del Consejo para la Transparencia que acogiendo un amparo de acceso a la información, ordenó a Gendarmería de Chile entregar a la requirente “los Manuales de Régimen Interno o instrumento similar, por el que se regulan los Régimen Internos (sic) de Máxima Seguridad de los centros penitenciarios de Arica, La Serena, Valparaíso, Valdivia, Puerto Montt y Biobío”: “la ratio legis del artículo 27 del DL 2859, ley de quórum calificado, que establece la reserva de los planes de operación o de servicio de los establecimientos penales, debe servir para fundar el acogimiento, también, de la causal del N° 3 del artículo 21 de la LT. En efecto, esta última norma hace secreta o reservada la información ‘Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública’. En realidad no parece ser necesario explicar lo obvio y que ha sido la razón de dictar una norma legal como la del artículo 27 del DL 2859, pero habrá que reiterarlo: *el que terceros ajenos a Gendarmería conozcan los planes de operación de los recintos de máxima seguridad de determinadas cárceles afecta la seguridad de nación, vinculada con la seguridad pública, pues en dichos centros están internas personas de alto compromiso delictual y dicha publicidad puede redundar en situaciones de grave riesgo, tales como escapes o motines, recibiendo los internos ayuda de terceros, enterados todos, como lo estarán, de las medidas de seguridad adoptadas por Gendarmería y de sus planes de contingencia frente a estas u otras situaciones de riesgo.*”

DÉCIMO SÉPTIMO: Que no está de más aclarar que, para dirimir si concurre la causal de reserva en análisis debe hacerse



una prognosis, un juicio sobre el futuro, sobre si la publicidad, comunicación o conocimiento de la información solicitada puede afectar la mantención del orden público o la seguridad pública, materia sobre la que sólo cabe demandar una probabilidad plausible y razonada de que ese riesgo pueda concretarse, sin que quepa exigir para conformar esta causal antecedentes concretos y específicos sobre el mal uso que determinadas personas harán de la información.

DÉCIMO OCTAVO: Que, a mayor abundamiento, también se presenta la causal de reserva del N° 5 del artículo 21 de la Ley N° 20.585, que 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: N° 5.- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política”.

Al respecto, el artículo 27 N° 2 del Decreto Ley N° 2859, que Fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, de quórum calificado, señala que “Se considerarán secretos los siguientes documentos, cuya publicidad afectare la seguridad del personal de Gendarmería de Chile o la seguridad de la Nación: 2.- Los atinentes a planos o instalaciones de unidades penales u otras instalaciones de la institución y los planes de operación o de servicio de la misma, con sus respectivos antecedentes, considerando especialmente los horarios de ingreso y salidas de los funcionarios penitenciarios desde y hacia las unidades penales y los protocolos que traten sobre el traslado de personas privadas de libertad”.

DÉCIMO NOVENO: Que en su informe el Consejo para la Transparencia esgrime que Gendarmería, al evacuar sus



descargos, afirmó haber denegando la entrega de la información al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia, y artículo 27 N° 2 del Decreto Ley N° 2859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, es decir, sin invocar la causal del N° 5 del citado artículo 21.

Sin embargo, dado que la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile es una normativa de quórum calificado que establece especiales motivos de reserva, su invocación necesariamente tiene que entenderse vinculada a la causal de reserva del N° 5 del artículo 21, razón por la cual el reclamo no ha excedido lo debatido ante el Consejo para la Transparencia.

VIGÉSIMO: Que como se dijo, el Informe de Visita a la ex unidad de Alta Seguridad–UEAS, contiene antecedentes específicos relativos a las dimensiones, espacios, régimen penitenciario, cámaras de vigilancia, tipos de módulo, horarios de encierro y desencierro, oficinas de guardia, régimen externos de seguridad, entre otros, todos asociados a la seguridad de un Establecimiento Penitenciario.

De ese modo, cuando se consulta por las medidas adoptadas por el Director Nacional de Gendarmería en relación a ese informe, o las instrucciones recibidas por la Ministra de Justicia de la época, la Subsecretaría de Justicia y la Subsecretaría de Derechos Humanos en relación al mismo, se trata de información atinente a dichos asuntos, que quedan cubierto por la causal de reserva del citado artículo 27 N° 2.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que aun cuando bastan las razones desarrolladas en el basamento 15° *ut supra* para estimar que en este caso la información solicitada afectará la seguridad de la nación, a juicio de esta Corte, y a diferencia de lo que postula el Consejo reclamado, respecto de aquellas leyes de quórum



calificado como la que rige a Gendarmería de Chile, que establecen la reserva de determinada información, no es menester acreditar en el caso particular de qué modo el liberar o difundir la información en cuestión conforma un riesgo o amenaza concreta y de parte de personas concretas, para la seguridad de la nación o el interés nacional.

El artículo 8° de la Constitución, al señalar que una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, cuando su publicidad afectare esos bienes o intereses colectivos, no hace sino definir el criterio orientador y a la vez limitador dentro de cuyos márgenes el legislador debe determinar esas causales de reserva y, de ese modo, las situaciones que constituirán ese riesgo es fijado de manera anticipada por una ley de quórum calificado, sin que quepa en cada caso particular comprendido en ella justificar por el órgano de la Administración requerido que la materia tratada en la respectiva causal conlleva ese riesgo, pues el legislador, mandatado por la Constitución, ha hecho esa evaluación anticipadamente.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que en el mismo sentido se ha pronunciado ya esta Corte en causa Rol N° 610-2021, con fecha 12 de abril de 2022, al señalar que “al contrario de lo que sostiene el CPLT, para la comprobación de la concurrencia de esta causal [artículo 21 N° 5 de la Ley N° 20.285] el ejercicio que el órgano administrativo debe hacer es simple, debe determinar si hay o no una ley de quórum calificado que establezca la reserva o el secreto y, si es así, rechazar el amparo sobre acceso a la información, sin que le corresponda hacer interpretaciones referidas a la supremacía constitucional, que sólo le compete al



Tribunal Constitucional, o decidir, sin que su ley orgánica se lo permita, qué ley de quórum calificado acatar y cuál no, haciendo lo que denomina un ‘examen de afectación’, con lo que ilegalmente crea un nuevo requisito para la causal de secreto o reserva del N° 5 del artículo 21 de la LT, a saber, ya no bastará que una determinada información sea secreta o reservada porque una ley de quórum calificada así lo consagra, sino que, además se exigirá que el CPLT lo haya determinado de esa manera, después de hacer su ‘examen de afectación’, el que no está contemplado en ley alguna.”

Este criterio fue reiterado en sentencia también de esta Corte, Rol N° 371-2022, de 19 de enero de 2024, donde se expresa que, “determinada la existencia de una ley de Quórum Calificado que establezca la reserva o el secreto, debe rechazarse sin más trámite, el amparo sobre acceso a la información, sin que sea necesario como lo exige el Consejo para la Transparencia, -que para invocar la causal referida-, se deba acreditar la afectación a un bien jurídico determinado, que se relacione con la causal de reserva invocada. En otras palabras, exige un requisito que no está contemplado en la ley, cual es practicar un ‘examen de afectación’.”

VIGÉSIMO TERCERO: Que esta interpretación además ha sido refrendada por la Corte Suprema en sentencia Rol N° 21.377-2015, de 16 de marzo 2016, al declarar que “si bien es cierto la norma reproducida [artículo 8° de la Constitución] utiliza el vocablo ‘afectare’”, a juicio de esta Corte, éste no puede ser interpretado en el sentido de que para hacer efectivo el secreto aludido, el órgano público respectivo deba acreditar la forma específica en que ha de verificarse el daño como consecuencia de la divulgación de determinada información, elemento que



necesariamente supone probar una relación de causalidad entre la acción de entregar los antecedentes requeridos y el perjuicio ocasionado con ello, elemento propio más bien del sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio y no como del que trata el presente juicio, esto es la publicidad de los actos del Estado y el secreto previsto por la ley en ciertos casos, con el objeto de resguardar la máxima reserva en la toma de decisiones estratégicas por parte de la autoridad administrativa, para así neutralizar cualquier amenaza que pretenda destruir las bases de la sociedad y con ello dañar su seguridad nacional.

De esta forma, a juicio de esta Corte, el Consejo aludido crea por la vía interpretativa un requisito no exigido ni por la Constitución ni por la ley que regula la materia, apartándose de sus facultades legales en contravención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Fundamental (...)

Adicionalmente, esta Corte considera necesario dejar sentado desde ya que las reglas que establecen el secreto de las actuaciones de los órganos del Estado, constituyen la excepción frente a la publicidad de los mismos, por lo que las normas que autorizan a éstos a denegar la entrega de información solicitada cuando se encuentren los supuestos previstos en la reglamentación pertinente, deben ser interpretadas y aplicadas de forma restringida, no sólo en cuanto a su alcance, sino que también en lo relativo a los requisitos que hacen procedente alegarlas. En este sentido, la norma constitucional sólo exige la concurrencia de una ley de quórum calificado que establezca el respectivo secreto –mismo criterio seguido por el artículo 21 N° 5 de la ley N° 20.285-, condición que en la especie se cumple, ya que el artículo 436 del Código de Justicia Militar forma parte de un cuerpo normativo que reviste dicho carácter.”



VIGÉSIMO CUARTO: Que atendido que, como se ha explicado, la Ley N° 20.285 no es la vía para conseguir la información requerida en este caso y, presentándose, además, las causales de reserva del artículo 21 N°s 3 y 5 de esa ley, el reclamo deberá ser acogido.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley de Transparencia, **se acoge** el reclamo de ilegalidad deducido por el Fisco de Chile en contra de la Decisión de Amparo Rol C12105-22, adoptada en Sesión N°1341 de 16 de febrero de 2023 del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, la que se deja sin efecto y, en su lugar, se declara **no ha lugar al amparo** de acceso a la información deducido por don Mauricio Menares Hernández en contra de Gendarmería de Chile.

Redactó el ministro suplente Manuel Rodríguez Vega.

Regístrese, comuníquese y archívese.

N° Contencioso Administrativo-149-2023.



Este documento tiene firma electrónica
y su original puede ser validado en
<http://verificadoc.pjud.cl>

Código: JPFFXNZJRXL

Pronunciado por la Segunda Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Maria Paula Merino V., Ministro Suplente Manuel Esteban Rodríguez V. y Abogado Integrante Luis Hernandez O. Santiago, diez de mayo de dos mil veinticuatro.

En Santiago, a diez de mayo de dos mil veinticuatro, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

