

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

TRANSPARENCIA

Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

TRANSPARENCIA
Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Segunda época año I, N°1-2013

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae

Miguel Schweitzer | Universidad Finis Terrae

Rodrigo Barcia | Universidad Finis Terrae

Roberto Salim Hanna | Universidad Finis Terrae

Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra

Jorge Baraona | Universidad de los Andes

Mario Fernández | Universidad de Chile

Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile

Luis Ortiz | Universidad de Chile

Fernando Barros | Abogado

Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal

Corrección de texto y estilo:

Eduardo Guerrero

Administración

Av. Pedro de Valdivia 1509

(56-2) 2420 7100

www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año I, Nº1-2013

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

Registro de Propiedad Intelectual Nº 176.491

ISSN 0717-716X

Santiago de Chile

Año 2013

ÍNDICE

7 EDITORIAL

ARTÍCULOS

- 9 Ramiro Mendoza Zúñiga
CUENTA PÚBLICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA 2012
- 27 Milton Juica Arancibia
TRANSPARENCIA EN EL PODER JUDICIAL DE CHILE: DISEÑO,
POLÍTICAS Y ESTRUCTURAS PARA CUMPLIR CON ESTE
PRINCIPIO
- 59 Cristián Larroulet Vignau
LA AGENDA DEL GOBIERNO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA
Y PARTICIPACIÓN
- 71 Alejandro Ferreiro Yazigi
LA IMPORTANCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA EN
EL ACCESO A LA INFORMACIÓN
- 85 José Ignacio Vásquez Márquez
LA LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SU
APLICABILIDAD A LA EMPRESA PÚBLICA
- 107 José Luis Cea Egaña
TERCERA REGLA DE ORO DEL DERECHO PÚBLICO
- 143 Enrique Navarro Beltrán
BASES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE
TRANSPARENCIA
- 173 José Antonio Viera-Gallo Quesney
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO DE ACCESO A
LA INFORMACIÓN PÚBLICA

- 211 Luis Cordero Vega
¿CUÁL ERA EL PROPÓSITO DEL CONGRESO AL REGULAR EL
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA? LOS LÍMITES DEL
ARTÍCULO 5º DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN
- 231 Mauricio Cisternas Morales
TRANSPARENCIA Y MUNICIPIOS: SOBRE LA NECESIDAD DE
EXPRESAR LOS FUNDAMENTOS DE LOS ACUERDOS DE LOS
CONCEJOS MUNICIPALES
- 241 Gonzalo Delaveu Swett
IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO DE LA
EMPRESA PRIVADA
- 255 Miguel Ángel Fernández González
EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD
- 279 Enrique Rajevic Mosler
EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SUS DECISIONES: UN
PANORAMA SINÓPTICO A 2012
- 305 NORMAS DE PUBLICACIÓN
- 309 ACTIVIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO 2010-2011

EDITORIAL

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

SEGUNDA ÉPOCA

La Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae se publicó anualmente de manera ininterrumpida, a partir de 1997, resaltando los aportes de los profesores y académicos de su Facultad de Derecho.

En los primeros números se incluían diversas secciones tales como **Estudios**, **Controversia jurídica** (temas de debate, desde diversas posiciones, tales como las contiendas de competencia entre CGR y CS; Auto Acordado sobre Recurso de Protección; Derecho Internacional en el siglo XX; Hacia una nueva Justicia Tributaria; Efectos de los Acuerdos Internacionales en el Derecho Internos; La Corte Penal Internacional y Naciones Unidas después de Irak); **Seminarios** (Por ejemplo, Orden Público Económico; Regímenes Patrimoniales; Internet; Enseñanza del Derecho; Rentas Municipales; La Empresa Privada: su regulación y protección constitucional y legal; Contratos y su Tributación; Class Action y Asia Pacífico) y **Jurisprudencia** (comentarios de las sentencias más relevantes de los tribunales superiores).

A su vez, en los últimos seis números la revista ha tenido el carácter de monotemática, esto es, destinada a un solo tema, analizado desde las diversas perspectivas del Derecho. Así, se dedicaron a Derecho y Familia, Justicia Económica, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 80 años de la Contraloría General de la República, Propiedad Intelectual e Industrial y Temas de Derecho Civil.

En esta segunda época, la revista se publicará semestralmente, esto es, dos números anuales, ajustándose a las exigencias propias de los procesos de indexación modernos, de manera de que en el mediano plazo se pueda tener acceso a la misma a través del espacio cibernético en soporte electrónico además de papel.

Invitamos, por tanto, no sólo a los profesores de la Facultad de Derecho sino a todos los investigadores y juristas del país y del extranjero a enviar sus colaboraciones, de manera de formar parte de esta nueva época de la publicación.

Este primer número está dedicado al principio constitucional de la transparencia y al acceso a la información, que ha tenido un rol relevante a partir de la reforma constitucional de 2005, que incorporó un nuevo artículo 8º, referido a la publicidad y probidad, y de la dictación de la Ley Nº 20.285, que establece la nueva institucionalidad y un contencioso administrativo.

Para referirse a este fundamental tema, se incluyen artículos del Ministro Secretario General de la Presidencia, Cristián Larroulet V., referido a las modificaciones legales para profundizar la transparencia. A su vez, el ex Presidente de la Corte Suprema, Milton Juica A., aborda lo atinente al proceso modernizador del Poder Judicial en relación a dicho principio; mientras que el Contralor General de la República, Ramiro Mendoza, analiza la visión del órgano contralor.

El Presidente del Consejo para la Transparencia reflexiona acerca de la importancia de dicho órgano en el ámbito de la transparencia. A su vez, el Ex Ministro del Tribunal Constitucional, José A. Viera-Gallo Q., aborda la temática desde la visión de los principios.

En el ámbito constitucional se incluyen artículos de José L. Cea E, quien resalta dicho principio como una nueva regla de oro del derecho público; Miguel A. Fernández, quien alude a las bases constitucionales de la publicidad; mientras que Enrique Navarro B. analiza la evolución histórica de la publicidad en Chile e Hispanoamérica y la principal jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

Por su lado, Enrique Rajevic M., sistematiza los principales pronunciamientos en materia de transparencia efectuados por el Consejo para la Transparencia. A su vez, Luis Cordero V. aborda las excepciones a la transparencia.

El Presidente de Transparencia Internacional, Gonzalo Delaveau, se refiere a la transparencia y las empresas privadas; mientras que José I. Vásquez M. analiza lo pertinente respecto de las empresas públicas. Finalmente, Mauricio Cisternas efectúa lo propio desde la perspectiva de los municipios.

Enrique Navarro Beltrán

CUENTA PÚBLICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 2012

PUBLIC ACCOUNT OF THE GENERAL COMPTROLLER OF THE REPUBLIC OF CHILE 2012

RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA¹

Resumen: En el presente artículo, se analizan las medidas que ha implementado la CGR con el propósito de implementar el principio de transparencia.

Palabras claves: Transparencia y Publicidad. Medidas implementadas por la CGR.

Abstract: In the present article measures implemented by the CGR in order to correct the principle of transparency are analyzed.

Key words: Transparency and publicity. Measures implemented by the CGR.

¹ Contralor General de la República.

I. AGRADECIMIENTOS E INTRODUCCIÓN: CONTEXTO HISTÓRICO

Antes de comenzar, quiero agradecer muy sinceramente al Presidente del Senado la gentil y rápida facilitación de este noble Salón de Honor del Edificio del ex Congreso Nacional para el propósito que hoy nos convoca. Es este el segundo año que debemos rendirla fuera de nuestra Casa en razón de las obras que hemos allí emprendido. Esperamos que sea la última.

Enseguida, debo agradecer muy sinceramente la asistencia de todos ustedes a este ejercicio democrático social que son las cuentas públicas, más cuando aquella se trata de la que rinde un órgano sobre quien se hace recaer una pregunta de manera frecuente: ¿quién controla al Contralor? La respuesta es simple. Institucionalmente existen mecanismos en la Carta Fundamental, como sucede con muchos órganos que tienen autonomía de ese origen, también y, desde luego, los Tribunales de Justicia, como los custodios esenciales del Estado de Derecho. Pero fuera de este marco propiamente institucional, el control fundamental, es aquel que hoy cabe al ciudadano y a las instituciones que los agrupan. Son ellos quienes deben ejercitarse en mirar las cuentas públicas de todos los entes que debemos darlas. Cuestionarlas y exigirnos el enderezamiento de nuestras actividades cuando no tengamos las consistencias que exigen sus datos y los anuncios que en ellas se formulen.

Ahora bien, esta cuenta pública, que es la sexta que doy, se da en un particular contexto.

En efecto, aunque esta obligación de rendir cuenta por parte de la Contraloría General solo se instituyó el 26 de julio del año 2002 (conforme lo ordenó la ley 19.817), este año se entrelaza con un momento preciso de nuestra historia: el 26 de marzo de 1927. Nos encontramos celebrando 85 años de vida institucional moderna, sin que debamos olvidar nuestros primigenios orígenes –como hemos advertido en ocasiones anteriores– que se encuentran en la institución de los Oficiales Reales establecidos en 1541, el Contador Mayor de cuentas de 1777; en el Contador Mayor del Estado de 1820; en el Visitador de Oficinas Fiscales de 1831, entre tantos otros. En síntesis, somos los herederos de la función de control en el Reino de Chile y continuadores de la misma en el orden institucional de la República de Chile.

Hoy, cuando recreamos una vez más esta moderna tradición de rendir cuenta, ante el país y sus autoridades, lo hacemos frente a una ciudadanía y

un Estado muy distintos. Un Estado que ya no es el proveedor casi exclusivo de bienes públicos como lo fue en el pasado, que mira y se preocupa con mucha mayor atención que otrora de las expectativas de los ciudadanos y sus derechos –ellos no dudan ni de su titularidad, ni de su ejercicio– y, por lo mismo, aspira a ofrecer servicios y regulaciones de calidad.

Esa transformación y sus efectos son el marco de lo hecho durante los últimos años en la Contraloría General; los ejes de trabajo que nos orientan han sido definidos para hacernos cargo de los cambios sociales e institucionales que han impactado a Chile durante casi un siglo.

Una de las “víctimas” de esta vorágine de cambios es, precisamente –era que no–, esta misma Cuenta Pública.

Este artefacto de comunicación (como diría nuestro antipoeta candidato al Premio Nobel), este informe del Contralor General, fue concebido para cumplir con las exigencias de nuestra Ley Orgánica, que consisten básicamente en resumir las principales actividades desarrolladas; exponer los decretos de insistencia y reseñar las dificultades surgidas de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, pudiendo también sugerirse reformas de ley.

En otras palabras, se trataba de una cuenta de una autoridad fiscalizadora para ante autoridades políticas. Por eso es que su estructura, gramática y retórica fueron pensadas en dichos términos, derivando en lo que algunos de ustedes han padecido más de una vez: extensos textos formulados en clave para iniciados en la administración y el derecho público.

Pero hoy ello no es posible. Puede serlo, pero resulta sumamente inadecuado. En las condiciones actuales en que la ciudadanía escruta con más o menos desconfianza a las instituciones, es imprescindible no olvidarse de ellos.

Hoy nuestra Cuenta Pública se hace pensando en el mayor protagonismo de nuestros mandantes finales, que no son otros que los ciudadanos. Para ellos, claridad y concreción. Es decir, una cuenta que va directo al punto y que intenta entregar datos relevantes e imparciales para contribuir a que los ciudadanos vayan formándose un juicio acerca del trabajo de esta institución y de su rol fiscalizador.

Además, ella se estructura de manera que los datos contenidos en la Cuenta sean comparables año a año, permitiendo evaluar avances y detectar también posibles estancamientos y retrocesos.

Y esto que hacemos con la Cuenta Pública también lo estamos haciendo con todos aquellos pronunciamientos y productos emanados de la Contraloría: dictámenes, informes de auditoría, toma de razón, sumarios administrativos, Informe de la Gestión Financiera del Estado y con la recopilación y análisis de los datos contables, esenciales e indubitados, en materia de ejecución presupuestaria: claridad, concisión y relevancia para estar a la altura de lo que la ciudadanía demanda.

En definitiva, el texto técnico de la cuenta que ponemos a disposición de todos ustedes en el día de hoy, busca ser comprensible y comparable anualmente y, a partir de ese hecho, prestar la mayor utilidad posible al país.

II. EJES RELEVANTES

Decía que los ejes que han orientado nuestro trabajo surgen de la necesidad de enfrentar las profundas transformaciones que el Estado chileno ha sufrido en las décadas precedentes.

La configuración de los Estados modernos, y nuestro Estado entre ellos, ha ido mutando a lo largo del último siglo. Desde el clásico Estado, centrado en la predictibilidad de su accionar con apego al derecho público, pasando por los arreglos institucionales que combinan lo bueno de ese Estado con mecanismos de responsabilidad fiscal y eficacia propios de la lógica gerencialista, hasta la emergencia del Estado-red, donde la sociedad civil pasa a jugar un papel muy relevante, tanto en la provisión de bienes públicos como en el ejercicio de un control social sin precedentes.

La convergencia de estos vectores de cambio ha permitido construir una nueva matriz de trabajo estructurada a partir de cuatro ejes: un primer eje de fortalecimiento institucional que procura elevar la calidad de nuestro servicio, pasando desde la centralidad de los procedimientos a la orientación a resultados; un segundo eje que es muy propio de todas las Entidades Fiscalizadoras Superiores como es el fomento de la probidad –y, por ende, la disminución o atenuación de prácticas corruptas–; y otros de importancia más reciente como son la transparencia y la participación ciudadana.

Veamos, pues, qué es lo que hemos hecho en estas cuatro dimensiones.

PRIMER EJE: FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL Y ORIENTACIÓN A RESULTADOS

Hemos trabajado intensamente por dirigir el trabajo de la Contraloría hacia resultados concretos, lo cual significa generar y poner a disposición de los ciudadanos y de los organismos públicos nuestros productos y servicios en el menor plazo posible, con la mayor simpleza, con la mejor calidad posible y con la más amplia accesibilidad. Asimismo, avanzamos en profundizar la calidad de nuestras auditorías y herramientas contables, asumiendo los enfoques modernos en materia de examen financiero y homologando progresivamente las normas contables de nuestro sector público a las Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (NICSP).

Ello ha sido complementado con un fuerte desarrollo tecnológico de sistemas informáticos en una gran variedad de materias que van desde la planificación, gestión y control de las auditorías hasta el control de legalidad preventivo que realiza la Contraloría el cual, desde períodos de tramitación que en el pasado podían alcanzar fácilmente meses, hoy está avanzando para llegar a ser automático y prácticamente instantáneo en determinadas áreas y bajo determinados supuestos como ocurre en materias referentes al personal de la Administración del Estado. Resulta ilustrativo lo siguiente: la toma de razón en materias que no sean de personal hoy se realiza en un tiempo promedio en el nivel central de 12,7 días, y el año pasado era en 14,2 días, lo que da una disminución de tiempo de -10,6%. En materias relativas a personal, este tiempo varió de 33 días, en el nivel central, a 18,3 días, lo que significa que la disminución de tiempo corresponde a -44,5%; y en el nivel regional pasamos de 13 días promedio a 9,6 días. Esto se refiere a 269.349 actos administrativos ingresados para este control a la Contraloría General de la República.

Entre los proyectos destacados en torno a este eje, tenemos:

1. El proyecto de Fortalecimiento de la Gestión por Resultados de la Contraloría General de la República

Con un pequeño aporte parcial del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), este proyecto buscaba la mejora de procesos y sistemas institucionales, para facilitar que sus productos estratégicos y funciones de apoyo se alineen con un enfoque de gestión por resultados.

Se ha trabajado en cinco áreas clave de intervención tanto de negocio como de apoyo, focalizándonos en aquellos aspectos críticos que generan mejoras sustantivas en los resultados e impactos en cada una de estas áreas.

La implementación del modelo de gestión por resultados ha implicado poner énfasis en el concepto de responsabilidad de cada funcionario y de cada jefatura por el resultado de su trabajo, siguiendo los principios de oportunidad en la entrega de nuestros productos; calidad de los mismos para estar a la altura de las exigencias tanto del sector público y de la sociedad civil; eficiencia para optimizar los recursos y la agregación de valor a la gestión del Estado.

La ejecución integral del proyecto consideró tres etapas, comenzando por la mejora de procesos y productos durante el 2011; la implementación paulatina de esas mejoras durante el presente año y la puesta en régimen pleno durante el 2013.

Las áreas prioritarias han sido aquellas de impacto directo en los servicios públicos y en los ciudadanos: el ámbito jurídico, control externo, sumarios, control de gestión y capacitación tanto interna de la Contraloría como externa dirigida hacia los servicios públicos.

Respecto de la función jurídica, pilar fundamental del negocio estratégico de la Contraloría, sus principales productos son la emisión de dictámenes y la Toma de Razón que constituyen insumos básicos para la propia gestión de la Administración, por lo que la mejora de estos en términos de oportunidad, calidad y agregación de valor jurídico, fue definida como prioritaria para el proyecto.

Durante el año 2012, se está dando inicio a la implementación de los cambios propuestos en las estructuras, procesos y sistemas de trabajo de la función jurídica. Asimismo, se han puesto en vigencia las Guías para la elaboración de dictámenes y Toma de Razón, que buscan homogeneizar, estandarizar y, en definitiva, simplificar estas tareas, lo que en el mediano plazo significará una mejora en la oportunidad y calidad de estos productos.

En cuanto a la función de control externo, el segundo pilar estructural de la misión de la Contraloría, ella tiene un impacto directo en la protección y debido uso del patrimonio público, por lo que la mejora de sus procesos es clave para hacerlos más eficientes y focalizar el trabajo en aquellos servicios y programas de mayor riesgo.

Junto a los procesos también apuntamos los informes de Auditoría e Investigaciones Especiales, los que además de ser oportunos y de calidad técnica, deben ser comprensibles y útiles tanto para los servicios públicos como para la ciudadanía en general.

En este ámbito, el proyecto finalizado el 2011 ha permitido al día de hoy la implementación de los mejoramientos definidos como críticos, y se han instalado a nivel nacional la Unidad de Sumarios –que debe liderar y acortar los tiempos de estas herramientas de investigación–, las Unidades Técnicas de Control Externo –que están implementando un nuevo modelo de planificación y programación del control externo y comienzan a dar asistencia técnica en la ejecución de las auditorías a nuestros fiscalizadores– y las Unidades de Seguimiento, creadas para realizar un seguimiento oportuno al ciento por ciento de las observaciones realizadas por la Contraloría en sus informes.

Resulta indispensable que las observaciones establecidas sean corregidas por los servicios y sean anunciadas a la comunidad. Toda acción de fiscalización debe cerrarse en el destino de una decisión de la Administración, que dé cuenta que se ha instalado una mejor práctica, sea en relación a los recursos públicos involucrados, a la mejor forma de trabajo de los funcionarios o en la calidad del servicio que se brinda al ciudadano. Estamos al servicio de las personas, nunca debemos olvidarlo.

Quisiera resaltar que en todas las áreas de intervención se ha avanzado mucho más allá de los objetivos comprometidos con el BID, gracias principalmente al involucramiento profundo y comprometido de nuestros funcionarios en la mejora de su gestión.

2. El Sistema de Administración y Control de Personal del Estado “SIAPER”

Se trata de una plataforma web que nació en el año 2001 en el marco del proyecto de gestión del gasto público, financiado por el Banco Mundial, con el fin de rediseñar los procesos que apoyan la función de control de Personal, habilitándose inicialmente como una herramienta unitaria de información en materia de personal de la Administración del Estado y luego, desde que lo asume integralmente la Contraloría el año 2009, como un medio de coordinación en línea con los entes que deben relacionarse con nuestra Entidad.

Esta herramienta centraliza y permite administrar adecuadamente la información sobre el personal del Estado, facilitando y organizando su

registro, almacenamiento y disposición, de acuerdo con altos estándares de gestión y de transparencia pública. De este modo, se apoya el control de juridicidad de los actos administrativos y de fiscalización en materia de personal considerando el flujo y cada una de las etapas del proceso de tramitación de los documentos ingresados a esta entidad fiscalizadora.

Su fase inicial se encuentra operando desde el 1 de diciembre de 2009 al interior de la Contraloría General y contiene más de 16 millones de documentos con información de personas que tienen o han tenido relación laboral con los organismos de la Administración del Estado.

¿Cuáles han sido sus principales beneficios hasta ahora?

En lo esencial, relaciona los datos de manera integral y útil, creando una base única; genera mayor eficiencia en la Toma de Razón incrementando notablemente su rapidez y economizando recursos, por ejemplo el papel, y eliminando el riesgo de pérdida o deterioro de antecedentes.

Durante el año 2011, se implementó la segunda etapa de este sistema, la de registro electrónico de los documentos exentos, con un grupo inicial de 31 servicios públicos, a los que durante el presente año se han agregado 88 adicionales con un total actual de 119 organismos públicos que hacen en línea sus trámites de Registro de personal con la Contraloría General en todo el país.

Hoy se registran on line todos aquellos actos referidos a suplencias, designaciones a contrata por períodos inferiores a quince días, contratos de personas naturales a honorarios con determinados requisitos, resoluciones que aprueban feriados, permisos y licencias médicas, así como la inscripción de las calificaciones, dentro de una larga lista de actos administrativos.

Aquí los propios servicios registran la información de los actos administrativos exentos emitidos y vinculados a su dotación de personal, quedando incorporados a la base de datos automáticamente sin necesidad de enviar materialmente el documento original a este organismo de control, luego de lo cual, una vez registrado el acto, la plataforma emite el certificado correspondiente.

¿Cuál ha sido la ganancia, además de las señaladas? Una disminución considerable en los tiempos de tramitación del registro de los documentos exentos el que hoy, en la práctica, puede resultar instantáneo.

La tercera fase del proyecto SIAPER apunta a la Toma de Razón Automática para que los propios servicios públicos incorporen sus actos administrativos sobre personal y afectos a Toma de Razón en esta plataforma, efectuando la Contraloría General su control de juridicidad en línea.

Con la información de los actos proporcionada por los servicios, el sistema mayoritariamente validará de modo inteligente y autónomo el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para la materia de que trate el documento, para lo cual nuestros equipos han creado catálogos para cada posición funcional de la Administración del Estado, los cuales contienen el conjunto de requisitos legales aplicables según el servicio público de que se trate.

De esta forma, la Contraloría realizará el control de legalidad de los actos administrativos ingresados a través de esta plataforma, estableciendo si se ajustan a la legalidad o si carecen de algunos de los requisitos exigibles para ser cursados.

La implementación de la Toma de Razón Automática será, como es evidente, gradual, con veinte servicios pilotos y esperamos que comience su operación durante el segundo semestre de este año, incrementando su número progresivamente con el objeto de funcionar en forma plena a fines del año 2013, previo ciertos ajustes legales que resultan imprescindibles para derrotar el trámite inútil, y estamos seguros que el Gobierno –cuyo patrocinio es imprescindible– y esta Casa en la que nos encontramos –el Congreso–, sabrán calibrar la urgencia y conveniencia de esta necesidad país, en su oportunidad.

La tramitación electrónica involucra, claro está, un profundo e irreversible cambio en las realidades administrativas y en el uso de las tecnologías, que produce una comunicación más expedita donde el papel a tramitar debe desaparecer o al menos disminuir de modo drástico y en su reemplazo se realizarán procesos en línea.

Entre los beneficios que se esperan, además de los generales para el proyecto SIAPER, están la liberación de nuestro personal que se puede destinar a otras funciones; el mejor uso de los recursos públicos mediante la interoperabilidad con otras plataformas de la Administración; la verificación y validación de antecedentes en línea; la disminución del volumen de expedientes archivados en los servicios y la entrega inmediata de información sobre la legalidad de los actos emitidos. Y, por supuesto, el

acceso público de cada funcionario de toda la Administración del Estado a su correcta situación funcional presente e histórica.

3. Convergencia a las Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público

La Contraloría General de la República, en el ejercicio de su rol normativo contable, está impulsando los ajustes que permitan incorporar, en el sistema de contabilidad general de la Nación, las mejores prácticas internacionales de registro y de presentación de la información financiera-contable.

A partir de la experiencia de numerosos países, iniciamos un plan de convergencia a las Normas Internacionales de Contabilidad para el Sector Público (NICSP), emitidas por la Federación Internacional de Contadores (IFAC).

Esto apunta, en lo esencial, a mejorar la rendición de cuentas y a transparentar los informes financieros preparados por los gobiernos y las entidades del Sector Público, a fin de facilitar la comparación de desempeño entre gobiernos y la estabilidad del sistema económico en su conjunto.

Al converger a NICSP, el sector público habrá adoptado un estándar similar al utilizado por el sector privado con las IFRS, con lo que se logrará una consistencia normativa entre ambos sectores.

Hemos definido el año 2015 como la fecha de inicio para la aplicación de la nueva normativa contable elaborada según los estándares de las NICSP, comenzando con el gobierno central y las instituciones centralizadas y descentralizadas del Estado; y luego se iniciará el proceso en el sector municipal.

Como primer paso, el año 2010 se incorporó un Capítulo Quinto, sobre “Estados Financieros”, a la normativa del sistema de contabilidad general de la Nación, donde se especificó por primera vez para cada estado financiero su definición, alcance y estructura.

Posteriormente, durante el primer semestre del año 2011, trabajamos en comprometer a los servicios públicos en el proceso de convergencia y ya trabajamos con doce entidades pilotos representativas, en el análisis conjunto de las NICSP y en la anticipación de los efectos de su aplicación. Se ha establecido un cronograma de implementación que hemos ido cumpliendo con rigurosa dedicación.

Es importante consignar que durante este año hemos informado a gran parte de las autoridades que hoy nos acompañan del plan de convergencia, y hemos requerido la difusión del proyecto al interior de las instituciones centralizadas y descentralizadas puestas bajo la férula de los destinatarios de nuestras comunicaciones. Incluso, este Congreso que hoy nos cobija se verá impactado por esta convergencia. Es vital que ello sea difundido, para lo cual contamos con el Boletín que en su momento se acompañó y con nuestra total disposición para trabajar en conjunto con todo servicio que deba encuadrarse en esta nueva modalidad contable. Es el único medio de garantizar una transición de esta envergadura.

4. Validador Web Municipal

Finalmente, quiero destacar el Validador Web Municipal, que es una herramienta para que usuarios de cada uno de los municipios del país puedan, vía web, ingresar, validar y remitir, en tiempo real, los informes contables y presupuestarios requeridos por la Contraloría. Hemos comenzado un trabajo conjunto en este mismo ámbito con la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y con la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, a efectos de coordinar esfuerzos y maximizar el uso de bienes públicos.

Para la Institución, el principal aporte de esta herramienta es gestionar el envío de la información financiera municipal en forma oportuna y con un estándar de calidad exigente, mediante el reporte y seguimiento de cada una de las interacciones que el usuario municipal ejecuta en el sistema. No es menor dar cuenta de que los municipios que arrastran un claro incumplimiento de esta obligación que la ley les impone, generan ambientes más propicios para actos reñidos con la probidad.

Al mismo tiempo, y ustedes lo han podido ver hace algunas semanas, nos permite informar al país acerca del cumplimiento de esta obligación contable por parte de los gobiernos locales. Somos la única entidad que aglutina con certeza la información financiera y presupuestaria de los 345 municipios del país. Somos la única entidad de control directo respecto de los municipios y, al mismo tiempo, somos testigos directos de las dificultades que ellos tienen en su pletórico ejercicio de competencias.

No queremos servir de instrumentos de castigo del mundo municipal, queremos servir de eje de mejor gestión de estas entidades, y por eso estamos empeñados en colaborar del mejor modo posible con el municipio,

sus autoridades, sus funcionarios y los ciudadanos que deben recibir la prestaciones de estos servicios públicos, que siempre ven incrementados sus deberes legales, y no siempre simétricamente los recursos que estos deberes requieren para una mejor satisfacción. Nos duele profundamente que el municipio que debiese siempre ser percibido como el lugar de la satisfacción concreta de las necesidades ciudadanas, es muchas veces visto como el lugar donde se infringe la probidad y se da cabida a la corrupción. Parece urgente abrir y materializar cambios normativos legales que se hagan eco de esta percepción.

5. Otras muestras de reforzamiento institucional

Hay muchas otras iniciativas en marcha en torno a este eje modernizador, tales como la casi culminación de la rehabilitación de nuestro edificio central o la construcción de las regionales que han capturado nuevos espacios urbanos públicos y para el público en ciudades emblemáticas del país, tales como Puerto Montt, Coyhaique, Talca, Rancagua, Valparaíso (2011), Concepción (2011), Temuco –hace tan sólo dos días atrás– (2012), y lo harán en Punta Arenas (2012), Valdivia y Arica (2013), dando un sello de edificios dignos para el Estado, sus funcionarios y los ciudadanos; o el fortalecimiento del rol de tuición técnica que tenemos sobre las Unidades de Control y Auditoría Interna de los servicios, pero creo que añadir su referencia a la larga lista ya expuesta sería un abuso de la paciencia de ustedes.

Quisiera decir que me he detenido un largo rato en describir estas emblemáticas iniciativas porque me parece que ellas reflejan la ambiciosa aspiración que tenemos de ser un órgano de control que se pone a la altura de las exigencias de la sociedad civil y estatal y que utiliza todas las potencialidades que la tecnología y el desarrollo de la gestión nos proporciona.

SEGUNDO EJE: PROBIDAD

En materia de probidad, que es un eje histórico del trabajo de la Contraloría, el proceso de reforzamiento institucional busca, precisamente, tecnificar y elevar la calidad de nuestra tarea fiscalizadora, incorporando las más modernas herramientas tanto tecnológicas como de gestión al servicio del control.

Pero hemos querido ir más allá. Entendiendo que Chile ha sido y es, en términos generales, un país bastante probo, como lo muestran todas las mediciones internacionales –por ejemplo, la del Instituto del Banco Mundial y la de Transparencia Internacional–, no obstante ello existe un amplio espacio para avanzar en la lucha contra la corrupción.

Por ello es que hemos procurado articular esfuerzos con otros organismos públicos que ejercen funciones en este ámbito como lo son el Ministerio Público, el Consejo de Defensa del Estado y la Unidad de Análisis Financiero, entre otros. También nos hemos sumado a esfuerzos conjuntos con el Tribunal Constitucional y con la Corte Suprema de Justicia. Agradezco especialmente a todas estas instituciones los emprendimientos realizados, y particularmente a los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional y a los Ministros que hoy nos acompañan de esos Tribunales. Del mismo modo, al Fiscal Nacional del Ministerio Público por los esfuerzos desplegados en nuestro convenio de colaboración y especialmente al Presidente del Consejo de Defensa del Estado, por el cuidado y calidad de la defensa judicial de nuestros intereses fiscales.

Lo hemos dicho en cuentas anteriores. Creemos que la clave de esta verdadera lucha contra la corrupción está en la coordinación deferente, inteligente y respetuosa de todos los órganos que tienen competencias concurrentes en esta materia. Esto lo hemos insistido una y otra vez, y creo que se pueden avizorar frutos en este esquema. No estamos contra las leyes, estamos a favor de las leyes necesarias, pero ello es factible sólo cuando entrenamos al máximo nuestras posibilidades de coordinación. Nuevos entes, por lo general, terminan por diluir y exculpar las competencias no ejercidas de los anteriores.

Tal como señalaba en la Cuenta del año pasado, trabajamos en construir bases de datos interrelacionadas para mejorar la información relevante, por ejemplo, acerca de las variaciones significativas en el patrimonio de las personas políticamente expuestas. Apoyamos y valoramos el trabajo que, en este sentido, ha comenzado a implementar la Unidad de Análisis Financiero. Al mismo tiempo, junto al Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, queremos proveer de la mayor cantidad de información posible a los ciudadanos, a través de un portal web en cuyo diseño trabajamos y que esperamos tener en operaciones durante el primer semestre del año 2013.

También entendemos que la lucha contra la corrupción es un imperativo que trasciende al sector público y que, por lo mismo, involucra al mundo

empresarial y a la sociedad civil organizada. Para generar sinergias entre estos mundos trabajamos, con el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en posibilitar la implementación en Chile de los preceptos de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y hemos convocado con este propósito a los actores públicos y privados y del llamado tercer sector, con que suele denominarse a la sociedad civil.

Incluso, bajo el liderazgo de nuestra Subcontralora, hemos trabajado con el sector privado en la elaboración de Guías de Auditorías para el Desastre. Estamos conscientes de la debilidad de nuestro sistema y hemos tomado nota, a raíz de la catástrofe del 27 de febrero de 2010, que muchas donaciones han preferido concursarse al sector privado y asomarse tangencialmente a lo público. Esas fronteras nuevas deben ser trabajadas en conjunto con los donantes y con los receptores privados y públicos. Eso hemos hecho particularmente a partir del exitoso Foro Desastre y Control efectuado el segundo semestre del año pasado con el patrocinio del PNUD y que contó con la presencia de importantes autoridades de Control y Anticorrupción (desde el Contralor de la lejana Israel, los Contralores de Perú y Colombia, el Presidente del Grupo de Trabajo de la INTOSAI, el Secretario Ejecutivo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, el Ministro del Interior, el Subsecretario de esa misma Cartera, el Jefe del Estado Mayor Conjunto, alcaldes, medios radiales, organizaciones de ayuda como un Techo para Chile y Levantemos Chile y numerosas autoridades públicas).

Finalmente, quisiera resaltar el hecho de que Chile preside hoy la Comisión de Ética Pública del organismo latinoamericano y del Caribe que agrupa a Contralorías y entidades análogas (OLACEFS). Desde esa posición, trabajamos en sistematizar y poner a disposición de todos los organismos de control de la región las mejores herramientas de lucha contra la corrupción, lo que podemos hacer gracias al apoyo actual de la cooperación alemana de la GIZ.

TERCER EJE: TRANSPARENCIA

Creemos que junto con mejorar los estándares y los resultados, con profundizar nuestro trabajo en el control de la corrupción, hemos dado un salto gigantesco en materia de transparencia.

Hasta hace algunos años, los principales pronunciamientos de la Contraloría como son los informes de auditoría y los dictámenes, no eran, en los hechos,

públicos. En el caso de los primeros, eran puestos a disposición sólo del jefe del organismo auditado para que adoptara las medidas administrativas señaladas en el respectivo informe y sin que posteriormente se revisara si esas propuestas eran implementadas. Muchas veces, el efecto de esos informes quedaba anulado por la inactividad del jerarca en cuestión, debiéndose invertir más y más energía para el efectivo cumplimiento de lo resuelto pues, como es evidente, dicho agente público carece de incentivos para hacer públicas eventuales observaciones de la Contraloría.

Respecto de los dictámenes que, en su conjunto, configuran la jurisprudencia administrativa de la Contraloría y, por lo tanto, su texto es sumamente relevante, ellos eran técnicamente públicos y estaban a disposición de las personas en archivos de la CGR. Sin embargo, también en los hechos, esos dictámenes sólo eran un tema de especialistas e iniciados, incluso por el lenguaje críptico que les era característico.

Hoy el tratamiento de información tan importante como esta es radicalmente distinto. ¿Qué ocurre? Que los informes de auditoría son públicos y están disponibles para la ciudadanía en el portal web institucional, en un lenguaje crecientemente más comprensible para los ciudadanos no especializados, lo mismo que ocurre con los dictámenes.

El impacto de esta medida ha sido enorme: hoy, a partir de la publicación de informes y dictámenes de la Contraloría –los que muchas veces son citados de inmediato y on line por los periódicos digitales–, se generan los más variados debates públicos acerca de la idoneidad de las actuaciones de los órganos estatales o municipales, debates en los cuales la información provista por la Contraloría pasa a ser un dato fundamental.

Agreguemos, en materia de transparencia, la decisión que tomamos hace ya largo tiempo de hacer pública la agenda de las autoridades de nuestra institución –lo que permite que todos sepan con quiénes y a qué hora se reunió el Contralor y el resto de los directivos del organismo–, que se ha transformado en un componente importante de la nueva legislación de lobby que promueve el Gobierno ante el parlamento. Estamos seguros que esa iniciativa favorece ciertamente, en un aspecto, buenas prácticas de transparencia. Creemos que esta simple medida, la de transparentar las actuaciones de la Contraloría, ha permitido, de alguna manera, ir completando los términos de una ecuación virtuosa formada por probidad y transparencia.

Entre las iniciativas de transparencia diseñadas en el período que abarca esta cuenta, quisiera resaltar algo que ya he mencionado, como es el hecho de hacer público el cumplimiento de los municipios en materia de información presupuestaria y financiera, el llamado semáforo por los medios de comunicación.

Nos parece relevante ahora que los ciudadanos se conviertan en los principales vigilantes de esta información –a lo que de manera invaluable ha ayudado el Consejo para la Transparencia, tanto exigiendo su entrega –que es nuestra responsabilidad– como velando por la ejecución material de su contenido –que es la responsabilidad del municipio–. Son los ciudadanos observantes y atentos a estas incongruencias los que tienen que transformarse en los aliados naturales de esta entidad de control; esto genera una democracia de mayor calidad e impide el establecimiento de regímenes totalitarios u orwelianos de control.

CUARTO EJE: RELACIÓN CON LOS CIUDADANOS

Lo decía al comienzo: el Estado y el tratamiento de los asuntos públicos ha cambiado enormemente y una de las dimensiones donde ello es especialmente notorio es en cuanto al rol que la sociedad civil ha comenzado a jugar sea contribuyendo a la provisión de bienes públicos o bien ejerciendo un nuevo tipo de control sobre las actuaciones públicas, como es el control social que se suma al control institucional.

Ciertamente, este nuevo rol impacta a la Contraloría. La sociedad civil organizada no sólo reclama de ella que actúe, a través de la denuncia; también nos propone criterios y plantea intereses que deben ser atendidos en los planes del negocio fiscalizador.

La manera de relacionarse con los ciudadanos es una materia a la que hoy estamos fuertemente abocados. Estamos tomando lo mejor de la experiencia de organismos análogos y de los propios líderes de la sociedad civil; queremos establecer la mejor articulación posible con la ciudadanía, reduciendo los riesgos inherentes a dicho vínculo como son las posibilidades de captura y de sesgo, ahora por la sociedad civil y sus dirigentes, o de complacencia extrema por parte de la entidad estatal, a efectos de evitar las incomodidades que puede implicar hacer primar el interés público por sobre el interés del grupo. Nos necesitamos mutuamente, pero en las veredas de los caminos institucionales y sociales que corresponden.

III. LA CONTRALORÍA, SU RECONEXIÓN CON LA HISTORIA Y LAS DIFICULTADES DE HOY

Excúsenme por lo largo de esta exposición. Creemos que se ha hecho un trabajo con dedicación y esmero. Ello a veces genera una cierta pasión discursiva que he intentado eludir aunque no sé si plenamente.

Es que hemos invertido mucho tiempo y energía en ponernos a la altura de las demandas de los tiempos que corren, en intentar responder a un país cada vez más exigente con sus instituciones.

Actuamos convencidos de que enfrentamos una de aquellas coyunturas donde se concentran cambios históricos, tal como fue la consagración de nuestra autonomía constitucional en 1943 y la promulgación de la Ley Orgánica una década después.

Si los cambios de aquella época requirieron reformas normativas, hoy estamos convencidos de que tenemos espacio para mejorar. Los necesarios cambios legales que deben realizarse con prudencia, realidad y conocimiento cabal de nuestras potencialidades. No esquivo el hecho de que he quedado en deuda temporal ante el Presidente de la República con un proyecto de nueva ley. Pero hemos preferido agotar nuestro conocimiento de la Institución, explorar el uso de aquellas disposiciones que estaban y no se aplicaban e intervenir personal y directamente en la redacción de un texto que de debida cuenta de lo que se ha hecho y de lo que sea estrictamente necesario de hacer por el camino de una nueva ley.

Qué duda cabe de que hoy estamos en uno de esos momentos refundacionales, en que la sociedad chilena le marca un nuevo terreno a la Contraloría, en particular, y al Estado en general. Hoy se nos exige fiscalizar y dictaminar de manera más abundante y rápida. Y también poner nuestros pronunciamientos en conocimiento inmediato de los ciudadanos y de los servicios.

En este escenario y cuando en este 2012 comienzan años electorales, es necesario dar cuenta de que nuestra Institución no rehuirá el conocimiento de todos aquellos pronunciamientos que estén bajo su competencia, sea en el campo del dictamen o de la auditoría, pero resulta imprescindible y mínimo pedir que quienes denuncian articulen con seriedad y fundamento sus requerimientos y quienes puedan ser objeto de tales peticiones no olviden que el camino seguro de sus funciones se encuentra en el marco

del cumplimiento estricto de la ley y de los dictámenes ya emitidos y, a fin de cuentas, en la prudencia mínima que supone el sentido común antes que la explicación posterior de sus actos. Quien explica se complica, dice un viejo adagio que rescata el sentido común, que como ya sabemos es el menos común de los sentidos.

Esas exigencias son las barandas de nuestro proceso de refortalecimiento institucional.

Hemos trabajado para estar a la altura de esos desafíos y esperamos haberlo logrado. Nada puede hacerse sin el concurso de todos y cada uno de los funcionarios de la entidad, de Arica a Punta Arenas, a quienes agradezco el compromiso y esfuerzo desplegado en este año cuya cuenta rindo.

Muchas gracias.

TRANSPARENCIA EN EL PODER JUDICIAL DE CHILE: DISEÑO, POLÍTICAS Y ESTRUCTURAS PARA CUMPLIR CON ESTE PRINCIPIO

TRANSPARENCY IN THE CHILEAN JUDICIARY: DESIGN, POLICIES AND STRUCTURES TO COMPLY WITH THIS PRINCIPLE

MILTON JUICA ARANCIBIA¹

Resumen: En el presente artículo, se analizan las principales medidas adoptadas por el Poder Judicial para implementar el principio de transparencia.

Palabras claves: Transparencia. Medidas del Poder Judicial. Normas legales. Excepciones.

Abstract: The present article analyzes the principal measures adopted by the Judiciary in order to implement the principle of transparency.

Keywords: Transparency. Measures of the Judiciary. Legal rules. Exceptions.

¹ Ex Presidente de la Corte Suprema.

I. INTRODUCCIÓN

El Poder Judicial chileno ha sido una de las instituciones más criticadas, no sólo por lo ineficaz que para un observador normal resultó la actuación de la jurisdicción en la defensa de los derechos humanos en el régimen militar, sino también por la falta de transparencia que se le atribuía a la administración de justicia, principalmente, en el ejercicio de la función jurisdiccional. Alo anterior, hay que agregar la mala percepción de la justicia por la ausencia de claridad en el sistema de nombramientos y promoción de los jueces y de otros funcionarios de la judicatura y las serias dudas sobre la probidad de los mismos. Los procedimientos reservados e ininteligibles para la ciudadanía, las demoras excesivas en el despacho de los asuntos y los cuestionamientos respecto de los sistemas de calificaciones y disciplinarios de su personal, eran males que contribuían a esta crítica.

Principalmente con las reformas procesales que se empezaron a implementar a partir del año 2000, que comprendió primero al proceso penal y luego se extendió a los juicios de familia y laborales, las falencias se fueron corrigiendo. La dictación de normas sobre conducta ética establecidas por la Corte Suprema y la promulgación de un auto acordado sobre procedimientos disciplinarios, que reguló de manera más transparente y con la observancia de reglas del debido proceso, la investigación y sanción de las conductas administrativas contrarias a la ética judicial, contribuyeron también a la mejora del sistema.

Sin perjuicio de lo señalado, hasta el año 2007 aún existía una seria crítica sobre la forma cómo el Poder Judicial cumplía con el deber de transparencia. En un estudio sobre acceso a la información de la Fundación para un Debido Proceso Legal, denominado Comparando Transparencia, se evidenció que, pese a algunos avances normativos y una mejoría relativa en la disposición a entregar información de los funcionarios del Poder Judicial, se seguían constatando serias dificultades para que el ciudadano común pudiera acceder a la información pública, señalando como motivos de tal afirmación la cultura del secretismo incrustada en el seno de los poderes del Estado, la falta de capacitación de los funcionarios sobre el derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública y la inexistencia de una ley marco de acceso a esta información que permitiera a los ciudadanos ejercer sus derechos y castigara la denegación de información. Desde luego este último temor se desvaneció con la dictación de la Ley N° 20.285, sobre acceso de la información pública.

Con la creación de la Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial y luego, con la implementación de vocerías en la Corte Suprema y en las Cortes de Apelaciones y con una fuerte política de apertura, se ha cambiado la situación de secretismo que se le imputaba a este órgano judicial, respecto de las actividades jurisdiccionales y administrativas, el que, paradójicamente, se rige por el principio de la publicidad que está contenido en el artículo 9 del Código Orgánico de Tribunales y que dispone expresamente que “los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

La tarea impuesta por el Poder Judicial para mejorar sus niveles de transparencia, con innegable éxito como se dirá más adelante, ha significado mejoras en la percepción de la ciudadanía sobre los grados de corrupción de este poder del Estado y ha legitimado, además, los mecanismos para una correcta rendición de cuentas, exigible por la sociedad que es la titular del escrutinio de las actividades de los órganos del Estado. Es en este contexto que el Poder Judicial recibió una donación del Banco Mundial para llevar a cabo un Programa de Fortalecimiento en Transparencia y Rendición de Cuentas en que se inserta este seminario que con mucha satisfacción desarrollamos hoy, el primero de una serie que realizaremos para analizar y discutir asuntos de relevancia para el Poder Judicial y la sociedad. Agradecemos vuestra asistencia, la que por cierto nos motiva enormemente.

El objetivo de esta instancia es abrir un debate académico y con todos los actores del sistema judicial, la sociedad civil y los medios de comunicación social para confrontar ideas y distintas visiones respecto a tres temas que nos han parecido relevantes. Porque, no obstante, estar situados en un mejor escenario en materia de transparencia y rendición de cuenta, aún existen serios problemas entre la publicidad y la protección de los datos de carácter privado, una falta de control importante en el rol que ejercen los medios y un feble desarrollo en la rendición de cuentas que los organismos públicos deben entregar a la sociedad. El Poder Judicial del siglo XXI no ha querido ser un mero espectador y, por ello, ha iniciado una discusión interna, en distintos niveles, en torno a estos importantes tópicos. Hoy pretendemos abrir esta discusión al público y sincerar las distintas posiciones a fin de que mancomunadamente nos acerquemos a las soluciones que pongan fin a los conflictos que estos temas aún generan en nuestros ciudadanos.

II. LA PROBIIDAD Y TRANSPARENCIA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

La Constitución Política de Chile asegura en su artículo 19 N° 12 “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos o abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades” (inciso primero). La norma precitada establece a la libertad de opinión como un bien propio de cada individuo, a quien se le otorga esa facultad básica de decir lo que quiera, en interés propio o ajeno, respecto de cualquier asunto que crea discrecionalmente de importancia, en la medida que lo haga en términos respetuosos y convenientes. Lo anterior se complementa con el derecho de presentar peticiones, contenido en el N° 14 del mismo artículo. Otro derecho básico de la primera norma es la seguridad que brinda la Carta Fundamental a toda persona de informar, elemento esencial en el ejercicio que le corresponde a la prensa y a los periodistas en una sociedad democrática. Se refuerzan dichas libertades, en tanto esas facultades se aseguran, sin censura previa y se puedan ejecutar de cualquier forma y por cualquier medio.

Pero resulta evidente que para el pleno ejercicio de ambas libertades se requiere que exista, además, un libre acceso a la información, especialmente de la pública, derecho que ha sido complementado con la ley de reforma constitucional N° 20.050 del año 2005, que repuso el derogado artículo 8° de la Carta Fundamental y que fortaleció, como base de la institucionalidad, el principio de probidad, estableciendo, como regla general, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen, especificando que sólo una ley de quórum calificado podría determinar la reserva de cierta información. Como complemento de lo anterior, con la reforma constitucional de la Ley N° 20.419 de enero de 2010, se agregaron como incisos tercero y cuarto, en primer término, la obligación para que el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, declaren sus intereses y patrimonio en forma pública y, en segundo término, se dispone que la misma ley debe regular los casos y condiciones en que dichas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de la función pública, pudiendo considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

De lo expuesto sobre las normas constitucionales aludidas, se desprende con claridad la importancia que la Carta Fundamental le otorga a los temas de la probidad y transparencia, lo cual fortalece la institucionalidad democrática de nuestro país, en cuanto cada vez más se tutelan los derechos fundamentales y se combate enérgicamente las prácticas consideradas corruptas, dando pie para que se fortalezca una ética pública que reaccione frente a las prácticas deshonestas en el manejo de la función pública. No hay que olvidar que el primer paso legal de importancia en relación a mejorar en la probidad de la función pública lo produjo la Ley 19.653 de 1999, que reguló distintas materias relacionadas con el acceso a la información de carácter administrativo, las inhabilidades e incompatibilidades funcionarias y los conflictos de interés que puedan producirse respecto de los mismos empleados públicos. Agreguemos también la Ley 20.088, que obligó a los funcionarios públicos a declarar su patrimonio (ya antes se había obligado a declarar los intereses que pudieran afectarles).

III. EL PODER JUDICIAL Y EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Como ya se señaló en la introducción, el Poder Judicial ha sido fuertemente criticado en materia de transparencia. Contribuyó el espíritu corporativo de algunos de sus integrantes, la existencia de normas relacionadas con la jurisdicción que tienen el carácter de reservadas y secretas y situaciones anómalas respecto de: las vistas de las causas en los tribunales superiores de justicia, la práctica de ejecutar la relación de la causa de manera reservada, la costumbre de escuchar de manera privada a los abogados respecto de causas pendientes que a estos les interesaban, las recomendaciones sobre ciertas causas a los jueces inferiores, la confección de ternas y cinquenas en las que no se determinaba la identidad de quienes votaban por los candidatos y el nepotismo existente en algunos casos. Estas situaciones en su mayoría han sido corregidas con la dictación de normas en resguardo de la integridad y de la transparencia, fortaleciendo la ética judicial y revelando e informando todas las actividades de que conoce y ejecuta el Poder Judicial.

En lo que se refiere al acceso de la información judicial, en el año 2002 se creó la Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial, a fin de facilitar, en primer término, el trabajo de los periodistas que cubren las noticias de tribunales, entregándoles a estos de manera oportuna las resoluciones de importancia en dicho campo, entre otras acciones. En esa misma época,

se empezó a diseñar y luego se implementó la página web institucional, entregando información sobre los procesos judiciales a nivel de Cortes de Apelaciones y Suprema. Además, las reformas procesales de los sistemas de enjuiciamiento oral instauraron como uno de sus principios básicos el de la casi absoluta publicidad.

Sin embargo, en donde se estudió de manera definitiva la idea de la transparencia, fue en las Jornadas de Santa Cruz del año 2008², en las que el tema central del evento fue la necesidad de dotar a la administración de justicia de Chile de las herramientas que le permitan optimizar al máximo su gestión, así como la entrega de una mayor información en todas las áreas, con sólo el límite impuesto por la ley. Luego de un interesante debate, se adoptaron como acuerdos, en el capítulo de transparencia, los siguientes: 1. Publicidad en el proceso de confección de quinas y ternas, estableciendo un mecanismo de concursos más completos, considerándose públicos los antecedentes de los postulantes, como asimismo el resultado de la votación final que ellos obtuvieron, individualizando a quienes expresaron sus preferencias. 2. Abogados integrantes: se dispuso la confección de listas de los mismos, previo llamado a presentar antecedentes. 3. Ley de transparencia y acceso a la información: se dispuso dar aplicación inmediata a las exigencias que impone esa normativa, continuando con la orden de que toda información esté fácilmente disponible para cualquier usuario o ciudadano que la requiera. Cabe aclarar que la ley de transparencia empezaba a regir en el año 2009. 4. Creación de la Comisión de Transparencia e Información del Poder Judicial a fin de dar cumplimiento permanente a las disposiciones de la Ley 20.285 al interior del Poder Judicial. Se dispuso, asimismo, en aquellas jornadas mejorar la atención al usuario de los tribunales, creando nuevos centros de atención e información pública; ampliar el diseño de la página web para dotarla de una navegación de fácil acceso, amigable y que entregue un mayor caudal de información; perfeccionar los sistemas de recepción de reclamos a través de medios ajenos al tribunal en donde se origine cualquiera denuncia.

² Las Jornadas de Reflexión son una instancia creada por la Corte Suprema para debatir, fuera de su horario de funcionamiento habitual, materias de importancia relacionadas con la labor de dicho tribunal y todas las relativas a la gestión y administración de los tribunales de justicia.

IV. LA LEY 20.285 Y EL PODER JUDICIAL

La Ley 20.285 se publicó en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008 y, según el artículo transitorio, comenzó a regir ocho meses después de su publicación, o sea, el 21 de abril de 2009.

El artículo primero (en letras) de la ley en comento, aprueba lo que se constituirá como el estatuto de la transparencia de la función pública y el acceso a la información del Estado, agregando el artículo 1° (en número) que esos fines se elevan a la categoría de principios, regulando además, para su eficacia, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo y las excepciones a la publicidad de la información.

En general, esta ley está referida a los órganos y servicios de la Administración del Estado, señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, como lo consigna el N° 5 del indicado artículo 1° y, por consecuencia, se refiere a los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por la ley.

Precisando el ámbito de aplicación de la ley, el artículo 2° del artículo primero, consigna con más detalle las mismas entidades antes aludidas, pero en su inciso final expresa que los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas Leyes Orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente, de modo tal, que hay que entender que al Poder Judicial, como un órgano del Estado que es, se le aplicará el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información, en concordancia con las normas que al respecto prescribe el Código Orgánico de Tribunales, que para estos efectos es ley orgánica constitucional, según lo prescribe la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en el artículo 77 de la aludida Carta Fundamental.

La ley en análisis, en su Título I, además de lo dicho, enfatiza en su artículo 3° que la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella, obligando a las autoridades, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes y a los

funcionarios de la Administración del Estado, a dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública. El principio de transparencia de la función pública (según la propia ley) consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley. De acuerdo a esta declaración, se establece por el legislador, por un lado, el deber de informar los datos emanados de los servicios que comprenden la administración estatal –transparencia activa– y, por el otro, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información de esos órganos, en la forma y condiciones que establece la ley –transparencia pasiva–. La primera se regula en el Título III y la segunda a partir del Título IV, disposiciones todas basadas en el imperativo constitucional, también regulado por la Ley 20.285, de que 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 la misma ley y las previstas en otras de quórum calificado. Esta información, además, deberá estar a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos respectivos.

Sin perjuicio de que, en principio, esta ley en sus aspectos especiales no se aplica al Poder Judicial, dispuso dicho cuerpo normativo, en su artículo octavo, una preceptiva particular en torno al principio de transparencia de la función pública y de acceso a la información expresando³:

“Artículo octavo. Los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

Los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley Nº 19.940, cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente

³La Corte informó en varias oportunidades el proyecto, la última de ellas mediante Oficio Nº 32 de 29 de enero de 2008, que se refiere de manera particular al artículo octavo en comento.

mediante sus propios sitios electrónicos o en los de el o de los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio.

En los asuntos cuya cuantía exceda de 500 unidades tributarias mensuales o respecto de los cuales se impongan multas superiores a dicho monto, o penas de presidio o reclusión superiores a tres años y un día, las sentencias de término de los tribunales ordinarios o especiales, y las definitivas en caso de que las primeras sólo modifiquen o reemplacen parte de estas, deberán publicarse en la forma dispuesta en este artículo. Lo mismo se aplicará a los demás órganos jurisdiccionales a que se refiere el inciso anterior respecto de sus resoluciones de igual naturaleza, cualquiera sea su denominación.

Las sentencias o resoluciones mencionadas en el inciso precedente se publicarán dentro de cinco días de que estas queden ejecutoriadas”.

De esta manera, se advierte que la ley aludida, en lo que se refiere al Poder Judicial, le exige a este mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7° del artículo primero de la ley en estudio, tarea que en realidad se le encomienda de manera directa a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, según lo dispone el artículo octavo de la Ley 20.285⁴, complementándose dicha información de acuerdo a lo señalado en ambas disposiciones. De este modo, se le impone al Poder Judicial el deber de la transparencia activa, con las peculiaridades indicadas en este último precepto.

Alcance orgánico

Conviene señalar que dicho artículo octavo expresa que la información que se debe mantener a disposición permanente del público, se ejecutará a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, pero dicho precepto se circunscribe a los tribunales que forman parte del Poder Judicial. Esta referencia, sin embargo, provoca una primera dificultad, puesto que

⁴Esta ley tiene una numeración de normas bastante curiosa. En efecto, el artículo primero aprueba la ley de transparencia sobre la base de disposiciones contenidas entre los artículos 1° al 49 más tres artículos como disposiciones transitorias. Entre los artículos segundo a séptimo (con letras), se modifican diferentes textos legales y luego los artículos octavo, noveno y décimo regulan el principio de transparencia con relación al Poder Judicial; el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral (artículo noveno) y las empresas públicas, empresas del Estado y sociedades como Televisión Nacional de Chile, etcétera (artículo décimo).

de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, se clasifican los tribunales en ordinarios, especiales y arbitrales, especificando el precepto que integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Letras y los Juzgados de Garantía.

Enseguida, el artículo aludido prescribe que forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los Juzgados de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la Ley N° 19.968, en el Código del Trabajo, en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él. El inciso siguiente indica que los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales del mismo código. Así, la ley explica la clasificación aludida y en concordancia con la expresión “forman parte” se podría sostener que la referencia se entiende sólo a determinados tribunales especiales, quedando al margen de la norma los tribunales ordinarios, lo que resulta absurdo.

Para salvar la dificultad interpretativa, parece obvio que hay que entender el sentido de la norma, concordando con lo expresado en el inciso tercero, incluyendo en el deber de la publicación a los tribunales ordinarios y a los especiales cuya gestión y administración de los recursos le corresponde a la Corporación Administrativa aludida. El artículo 506 del COT dispone que la administración de los recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados al funcionamiento de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y de los juzgados de Letras, de Menores (hoy Familia), del Trabajo y de Cobranza Laboral y Previsional, la ejercerá la Corte Suprema a través de un organismo denominado Corporación Administrativa del Poder Judicial, con personalidad jurídica, que dependerá exclusivamente de la misma Corte y tendrá su domicilio en la ciudad en que esta funcione.

No obstante lo anterior, dada la Superintendencia que ejerce la Corte Suprema sobre los demás tribunales del país, parece necesario que dicho tribunal ejerza dicha atribución disponiendo lo pertinente para que dichos organismos jurisdiccionales, que escapan de la gestión de la Corporación Administrativa, cumplan con el deber de mantener a disposición del

público, en sus sitios electrónicos, los antecedentes indicados en el artículo 7 ° de la Ley de Transparencia y también los pertinentes del artículo octavo de la misma ley. Mención aparte merece el ejercicio jurisdiccional de los árbitros, cuya información no tiene ningún control estadístico y administrativo y que representan un número importante de juicios de cuyos resultados no se tiene mucha información, salvo en lo que se refiere a los recursos que fallan los tribunales superiores de justicia y que hoy se publican en la página web del Poder Judicial.

V. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS NORMAS QUE OBLIGAN AL PODER JUDICIAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN BAJO EL ÁMBITO DE LA LEY 20.285

En esta materia, el artículo octavo obliga al Poder Judicial a que entregue al conocimiento del público los antecedentes indicados en el artículo 7° del artículo primero en sitios electrónicos y debidamente actualizados, pero agrega, además, una información a publicitar que no se establece expresamente en la última norma: **“...los asuntos cuya cuantía exceda de 500 unidades tributarias mensuales o respecto de los cuales se impongan multas superiores a dicho monto, o penas de presidio o reclusión superiores a tres años y un día, las sentencias de término de los tribunales ordinarios o especiales, y las definitivas en caso de que las primeras sólo modifiquen o reemplacen parte de estas, deberán publicarse en la forma dispuesta en este artículo...”**. El inciso siguiente dispone: “Las sentencias o resoluciones mencionadas en el inciso precedente se publicarán dentro de cinco días de que estas queden ejecutoriadas”.

Este precepto, en esta parte, resulta confuso en un doble sentido. En primer término, respecto del estado del fallo, se dice que se deben publicar las sentencias de término, que tiene una significación jurídica diferente a la sentencia firme y ejecutoriada e incluye las definitivas sólo en caso de que las primeras –¿serán de término?– modifiquen o reemplacen parte de esta, lo que procesalmente no se entiende y sólo sería comprensible si se hubiere referido a sentencias de primera, única o segunda instancia en que se darían los supuestos que dice la norma, como lo sugiere el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Sentencia de término, como se entiende procesalmente, es aquella que pone término a una instancia, pero no quiere decir que se encuentre ejecutoriada.

En segundo término, el artículo no obliga a la publicidad de todas las sentencias ejecutoriadas, sino sólo aquellas consideradas según su cuantía. La cuantía, en materia civil, corresponde al valor de lo disputado y, en materia penal, a la pena que el delito lleva consigo (art.115 del Código Orgánico de Tribunales).

En este entendido, habrá que cumplir la norma en análisis informando:

- a) las sentencias ejecutoriadas de asuntos civiles cuya cuantía exceda de 500 U.T.M.;
- b) las sentencias o resoluciones ejecutoriadas respecto de las cuales se ha impuesto una multa superior a dicho monto, y
- c) las sentencias ejecutoriadas que impongan penas de presidio o reclusión, superiores a tres años y un día.

Aparte de lo señalado, con respecto a la confusión de las sentencias de término y ejecutoriadas, la norma aludida presenta, en relación a la naturaleza de la información, otras dificultades. En primer término, al fijar la información sobre la base de la cuantía, dejan de informarse todas aquellas sentencias recaídas en causas que no superan el monto fijado por la ley, lo que parece una omisión que oscurece el principio de transparencia. Otro problema se produce con los asuntos que de acuerdo con la ley son de cuantía indeterminada, porque aparentemente no es exigencia publicarlos en los sitios electrónicos, lo que también constituye una omisión grave.

Además, la redacción en lo que se refiere a las sentencias penales no es adecuada, ya que se dispone que deben publicarse las sentencias que impongan penas de presidio o reclusión superiores a tres años y un día; entonces, deberá entenderse cumplido con publicar todas aquellas sanciones que correspondan a penas de tres años y dos días hacia arriba, lo cual parece aberrante. Bastaba con señalar que se publican las sentencias con penas aflictivas que, conforme al Código Penal, son todas aquellas que parten de tres años y un día de privación de libertad. Además, hay delitos de cierta gravedad que imponen otros tipos de penas que, no siendo privativas de libertad, se consideran como crímenes.

VI. LA COMISIÓN DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

El 30 de octubre de 2008, se dictó por la Corte Suprema el Auto Acordado que crea dicha comisión (Acta 253-2008). Su objetivo es promover la transparencia dentro del Poder Judicial, haciendo efectivo el cumplimiento de las normas relativas a la materia que se establece en la Ley 20.285, el Código Orgánico de Tribunales y los acuerdos adoptados por el tribunal pleno y obtener que la información que posee o se genere en los tribunales de justicia sea lo más accesible para las personas y, en especial, para los usuarios del sistema judicial. En dicho instrumento, se establece su composición y las funciones y atribuciones que se le entregan, todas referidas a la promoción, fiscalización, recomendaciones y cursos de capacitación que fueren pertinentes.

Atribuciones de la Comisión de Transparencia:

1. Velar por el cabal cumplimiento de las disposiciones de la Ley 20.285 que son aplicables al Poder Judicial.
2. Determinar la información que, conforme el artículo 8° de la Constitución Política de la República, la citada ley N° 20.285 y otras leyes especiales, están afectas a restricciones y recomendar al Pleno de la Corte Suprema las medidas que sean pertinentes para la observancia de tales limitaciones como excepción al principio de transparencia y de amplio acceso a la información.
3. Conocer de los reclamos que puedan presentarse respecto de infracciones a las normas sobre transparencia y acceso a la información del Poder Judicial y proponer al Tribunal Pleno las medidas que sean necesarias adoptar en las situaciones a que ellos se refieran.
4. Elaborar y proponer, al Tribunal Pleno, las instrucciones generales que deban impartirse para fomentar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y acceso a la información por parte del Poder Judicial.
5. Proponer la realización de actividades de capacitación y difusión en las materias señaladas por parte de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial.
6. Colaborar con la CAPJ y la Academia Judicial en los asuntos referentes a transparencia y acceso a la información en que las direcciones de ambos organismos soliciten su cooperación.

7. Relacionarse con la Dirección de Comunicaciones y los voceros de las Cortes de Apelaciones, los que deberán darle conocimiento oportuno de las dificultades o situaciones que se originen en las mismas materias.

8. Coordinar las acciones e iniciativas que planteen o desarrollen los tribunales en cuanto a promoción de la transparencia y acceso a la información en sus respectivas áreas de competencia y atender las consultas que les formulen.

9. En general, cumplir las demás funciones o cometidos que le asigne la Corte Suprema en las referidas materias.

Es menester señalar que esta comisión ha conocido 165 presentaciones en el transcurso de este año, 159 mediante correo electrónico y 6 por escrito.

VII. OTROS ACUERDOS DE LA CORTE SUPREMA RELACIONADOS CON LA TRANSPARENCIA

La Corte Suprema, aparte de lo anterior, ha dictado nueva normativa para fortalecer la transparencia.

1. Instructivo sobre publicación de sentencias, contenido en el Acta N° 72-2009 de 7 de abril de 2009, para lo cual se desarrolló un procedimiento insertado en el módulo de sentencias de los sistemas informáticos de tramitación de causas, software que se ha desarrollado con un control especial para trabajar con publicación en portales de internet que permite ocultar cierto tipo de información una vez firmada la sentencia.

2. Implementación de un sistema de comunicación informático entre usuarios del sistema judicial y tribunales del país. Se reglamenta en el Acta 189-2009 de 7 de agosto de 2009, complementando el Auto Acordado sobre procedimiento en los Tribunales que tramitan en carpeta electrónica, en el que se dispone que los usuarios podrán tramitar y los tribunales realizar actos de comunicación a través de medios electrónicos, ya sea en forma presencial, haciendo uso de soportes o unidades de almacenamiento, a través de correo electrónico o bien por medio del portal de internet del Poder Judicial, debiendo hacer uso de firma electrónica, tanto simple como avanzada, en los casos que corresponda.

3. Consecuente con la política de apertura, la Corte Suprema dispuso el 23 de diciembre de 2008, para satisfacer los principios de probidad y transparencia, que todos los ministros, jueces, funcionarios, empleados y, en general, todos

los miembros del Poder Judicial y los funcionarios de la CAPJ, presten una declaración de sus vinculaciones de parentesco o de estrecha familiaridad que tengan con personas del mismo Poder Judicial. Dicho acuerdo consta en el acta 304-2008 y fue complementada por el acta 33-2009, en el sentido de reemplazar la frase de “estrecha familiaridad” por “de matrimonio o de pareja con o sin convivencia”, incluyéndose, además, en la norma a los abogados integrantes de los Tribunales Superiores de Justicia.

4. El 20 de octubre de 2010, se adoptó el acuerdo del pleno, contenido en el Acta 148-2010 por el que se dispuso de un procedimiento para la confección de la nómina para el cargo de Ministro de Corte Suprema, tratándose de abogados extraños a la administración de justicia, estableciéndose un sistema de máxima transparencia en el concurso respectivo en el que se convoca a los postulantes a una audiencia pública para que estos efectúen una exposición sobre temas fundamentales de la administración de justicia y sobre el funcionamiento del Poder Judicial, sus antecedentes personales y cualesquiera otros relacionados con la materia y que sean de interés, procediéndose de inmediato a la votación para la confección de la cinquena, la que se hará pública una vez finalizado el proceso. Hay que agregar que los artículos 323 bis, 323 bis A y 323 bis B del COT imponen la obligación de hacer una declaración jurada, de intereses, de patrimonio y de no ser dependiente de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, información que deberá ser pública.

VIII. CUMPLIMIENTO DE LA TRANSPARENCIA ACTIVA EN EL PODER JUDICIAL

El año 2008, existía en internet bastante información de los tribunales de justicia, pero esta era desordenada y para el público el acceso no era fácil. Por ello, el Poder Judicial se propuso implementar, con el apoyo de la Corporación Administrativa, toda la información exigida por la ley en los tres primeros meses de 2009, incluyéndose en la página web institucional información muy útil para los usuarios del sistema.

Avanzando en esta materia, el año pasado se puso a disposición de las personas un nuevo diseño de la página web que se adaptó rigurosamente a lo que exige a la ley, pero además de una manera más amable, dando mayor facilidad para el examen público. Hoy, incluso, es posible subir videos, audios y fotografías.

La situación actual de los datos informados por el Poder Judicial de Chile se resume en lo siguiente:

a. Estructura orgánica. Se encuentra plenamente habilitada en la sección “*información institucional*” del sitio web. Allí es posible encontrar información sobre qué es el Poder Judicial, la historia de la judicatura, la historia de la Corte Suprema y de los tribunales ordinarios y especiales. Existe una diagramación de la estructura del Poder Judicial, incluida la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

b. Facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos. En la misma sección, “*información institucional*”, se encuentra disponible una explicación detallada de la labor que cumple cada tribunal (ordinarios y especiales). También se halla información referida a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

c. Marco Normativo aplicable. El cumplimiento de esta exigencia se encuentra en la sección “*transparencia e información*”, bajo el subtítulo “*marco normativo*”. Permite acceder a las principales disposiciones legales que rigen el funcionamiento de los tribunales de justicia (la Constitución Política, el Código Orgánico de Tribunales, el Código Procesal Penal, el Código de Justicia Militar, la ley de Familia, Justicia Tributaria, entre otras normas de uso frecuente).

d. Planta de personal, personal a contrata y a honorarios. Se encuentra disponible en la sección “*transparencia e información*”, bajo el subtítulo “*planta de personal*”. Adicionalmente, está disponible para consulta el escalafón judicial, la dotación y escala de sueldos y asignaciones de zona.

e. Contrataciones para el suministro de bienes, prestación de servicio y acciones de apoyo. Todas las adquisiciones que realiza el Poder Judicial, a través de licitaciones y órdenes de compra, están disponibles en la sección “*transparencia e información*”, bajo el subtítulo “*licitaciones y compras*”; además, figura la sección “*pago a proveedores*”, que permite a los proveedores del Poder Judicial saber sus estados de pagos.

f. Transferencia de fondos públicos. No aplica a nuestro Poder Judicial.

g. Actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros. En el caso de los tribunales, habría que entender, con la advertencia dicha al final del punto anterior, lo mismo que dispone el artículo octavo transitorio sobre divulgación de sentencias. Existen dos sistemas de búsqueda de resoluciones

y sentencias. En los tribunales con sistema informático actualizado, la información es posible consultarla en la sección “*información de causas*”. Los fallos de tribunales que no cuentan con sistema informático o aquellos referidos a causas penales, se encuentran en la sección “*transparencia e información*”, bajo el subtítulo “*sentencias*”.

h. Trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano. En la página web, se habilitó una sección denominada “*atención de usuarios*”, en la cual existe una sección de “*preguntas frecuentes*” y otra de “*trámites frecuentes*”, que permite a los usuarios tener algunas referencias sobre la materia. Para que los usuarios conozcan sus derechos frente a los Tribunales de Justicia, en la misma sección de “*atención a usuarios*”, se encuentra publicada la Carta de los Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano.

i. Diseño, montos asignados y criterio de acceso a programas de subsidio. No aplica a nuestro Poder Judicial.

j. Mecanismos de participación ciudadana. No aplica al Poder Judicial. El trabajo ciudadano se realiza más bien como extensión, en que se efectúan visitas a organizaciones comunitarias, sindicales y académicas para difundir el trabajo judicial. Asimismo, se reciben a estas organizaciones en los edificios de tribunales de las distintas jurisdicciones del país.

k. Información sobre presupuesto asignado. En la sección “*transparencia e información*”, existe un subtítulo denominado “*presupuesto y ejecución*”, donde se informan los reportes de ejecución presupuestaria mensual de los recursos asignados por la Ley de Presupuesto. Además, se ponen en conocimiento de los usuarios y la opinión pública, los informes evacuados semestralmente a las comisiones de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y el Senado.

l. Resultados de auditoría al ejercicio presupuestario. Junto con incorporar el informe de auditores independientes en las memorias de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, un ejemplar de estos reportes se encuentra disponible en la sección “*transparencia e información*”, bajo el subtítulo “*resultado de auditorías*”.

m. Todas las entidades que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica. En la sección “*Prensa y Comunicaciones*”, existe un listado significativo de instituciones relacionadas con la administración de

justicia, con un vínculo directo a sus sitios web respectivos. Entre ellas, está la Academia Judicial.

IX. LIMITACIONES A LA TRANSPARENCIA ACTIVA Y AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL PODER JUDICIAL

Señalado el ámbito de aplicación de la Ley 20.285 en el Poder Judicial y de cómo este se encuentra en la obligación de comunicar los antecedentes señalados en el artículo 7° del artículo primero de dicha ley y, además, la información que se contiene en el inciso tercero del artículo octavo, es menester revisar las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado (el COT u otras relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción).

La ley en estudio, particularmente en los artículos 21 y 22 del artículo primero, indica los casos de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información. La primera norma establece las únicas causales de secreto o reserva pero, en lo que se refiere a la jurisdicción, se relacionan con los tribunales, las siguientes:

Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas o judiciales. b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas y la indicada en el N° 5° del artículo 21 aludido, 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.

Por su parte, analizando el Código Orgánico de Tribunales, se debe concluir que la regla general en este cuerpo normativo es el principio de la publicidad. Los códigos y leyes de procedimiento establecen también la publicidad y son muy contados los casos de actuaciones secretas o reservadas y, en general, estas se establecen en resguardo de lo que señala el N° 2 del artículo 21 del artículo primero de la ley 20.285 al indicar como causales de secreto o reserva: *“Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos*

de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”, excepción que también se encuentra prevista en el artículo 8° de la Constitución Política, como ya se indicó.

Las excepciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales son:

a) Artículo 81. *“Las Cortes de Apelaciones celebrarán sus acuerdos privadamente, pero podrán llamar a ellos a los relatores u otros empleados cuando lo estimen necesario”.*

La verdad es que esta norma no se encuentra en colisión con la ley sobre acceso a la información pública, puesto que esta conducta es similar con la excepción que contempla el artículo 21 N° 1 letra b) del artículo primero, al considerar *“...antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptadas”.*

b) Artículo 176. *“En los lugares de asiento de Corte en que hubiere más de un juez de letras en lo civil, deberá presentarse a la secretaría de la Corte toda demanda o gestión judicial que se iniciare y que deba conocer alguno de dichos jueces, a fin de que se designe el juez a quien corresponda su conocimiento.*

Esta designación se hará por el presidente del tribunal, previa cuenta dada por el secretario, asignando a cada causa un número de orden, según su naturaleza, y dejando constancia de ella en un libro llevado al efecto que no podrá ser examinado sin orden del tribunal”.

En verdad, este precepto está obsoleto dado el sistema computacional de distribución de demandas que se ha implementado en todas las Cortes del país, lo cual hace que todo el procedimiento en la práctica sea absolutamente público.

c) Artículo 282. *“La formación de las listas, ternas o propuestas, deberá hacerse por el tribunal respectivo con asistencia de la mayoría absoluta de los miembros de que se componga. Las elecciones se harán en votación secreta y por mayoría absoluta de los presentes. En caso de empate por dos veces, decidirá el voto del que presida”.*

Desde luego, esta norma excepcional a la publicidad presenta la particularidad de que la reserva que se estipula no mira a asegurar el debido cumplimiento de las funciones del Poder Judicial, no afecta en lo más mínimo al derecho de las personas, ni se encuentra en pugna con la seguridad de la Nación o el interés nacional. No se advierte ninguna razón de

orden práctico, no mejora ni empeora el funcionamiento de los tribunales de justicia y, por lo tanto, se encuentra en franca oposición a lo indicado en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Sin perjuicio de lo anterior, y mirando el asunto de su aplicación, en verdad dicho precepto en lo que dice relación con el sistema de nombramiento que regula el párrafo 4° del Título X del Código Orgánico de Tribunales, no tiene ninguna aplicación en lo que se refiere a las cinquenas y ternas de ministros, fiscales judiciales y jueces, ya que para la formación de las listas y ternas, el artículo 78 de la Constitución establece para dichos funcionarios un sistema diferente e incompatible con el del artículo 282 del Código Orgánico de Tribunales; en aquel procedimiento, no se contempla la elección secreta, por lo que, aplicando como se ha hecho invariablemente el artículo 78 de la Carta aludida, no se ve inconveniente para que las votaciones para ministros de la Corte Suprema, fiscales judiciales, ministros de Corte de Apelaciones y de jueces se haga en votación pública, como en la actualidad.

d) Artículo 276. *“Las calificaciones se efectuarán por los órganos calificadores indicados en el artículo 273, en un procedimiento reservado, dentro de los quince primeros días del mes de diciembre de cada año, fuera del horario de funcionamiento ordinario de los tribunales”*(inc. 1°).

“La calificación deberá ser puesta, privadamente, en conocimiento del respectivo evaluado, tan pronto como finalice el proceso, entregándole copia de la parte que le concierna del libro de acta a que se refiere la letra c) del artículo 274, sea personalmente o remitiéndole esta por carta certificada al tribunal donde preste sus servicios”(inc. 3°).

“Todas las calificaciones, una vez que se encuentren ejecutoriadas, serán comunicadas por los secretarios de los órganos calificadores, mediante oficio reservado, a la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Ministerio de Justicia, para los efectos que procedan”(inc. final).

A su vez, el artículo 274 letra c del mismo código, que regula las funciones de los secretarios de los órganos calificadores, señala en su inciso segundo: *“Las calificaciones individuales que realiza cada calificador deberán ser debidamente suscritas por este, se archivarán en la secretaría del órgano calificador y tendrán el carácter de reservadas, salvo para el calificado, el órgano calificador, el Presidente de la República y el Ministro de Justicia”*.

Y finalmente, en esta materia, el artículo 277 regula la hoja de vida de cada persona que deba ser evaluada. Su inciso 5° señala: *“Los antecedentes que*

figuren en la hoja de vida serán reservados, salvo para la persona a que se refieren, la que podrá imponerse de su contenido las veces que estime conveniente y hacer llegar al encargado de llevarlas, antes que se inicie el proceso de calificación, las observaciones y antecedentes que desee, para ser agregados”.

Como se advierte en el caso en comento, las normas de reserva, y, por tanto, de excepción a la publicidad y transparencia, determinan una especie de confidencialidad tanto respecto del proceso mismo de calificación como también de la decisión calificatoria de las cuales no pueden imponerse sino calificados terceros del sistema aludido y, en verdad, sólo podría justificarse la reserva como un resguardo a la integridad moral del funcionario calificado y, por consiguiente, bien se podría comprender en el sentido de que la publicidad afectare los derechos de las personas como lo asegura el artículo 8° de la Carta Fundamental o en las particularidades a que se refiere el N° 2 del artículo 21 del artículo primero de la ley 20.285.

e) Artículo 375. *“Se prohíbe a los relatores revelar las sentencias y acuerdos del tribunal antes de estar firmados y publicados”.* En realidad, este precepto se encuentra directamente relacionado con el artículo 81 de este mismo cuerpo de leyes y, por lo tanto, rige lo dicho en la letra a) precedente.

f) Los artículos 361, 380 y 431 se refieren a normas de reserva impuestas a los fiscales judiciales, los secretarios y los notarios, pero que, en el caso de los dos primeros, se les impone el deber de cautelar el sigilo de negocios que deben ser secretos, cuando dicho secreto se refiere a la tramitación de procesos jurisdiccionales, tema que corresponde a otra órbita distinta a la del derecho procesal orgánico. En el último caso, se trata de los testamentos cerrados, los que por su naturaleza y en vida del causante tienen una reserva absoluta.

De lo explicitado, las disposiciones que imponen el deber de reserva en el Código Orgánico de Tribunales son mínimas y, por supuesto, si se pretende alterar dicho estado, habrá que modificar la ley.

Excepciones en la legislación de familia

En esta materia, el principio básico, según el artículo 15 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, es el de la publicidad, indicando que “Todas las actuaciones jurisdiccionales y procedimientos administrativos del tribunal son públicos”. Sin embargo, hay situaciones muy atendibles que autorizan actuaciones en el carácter de secretas o reservadas.

Estas situaciones contenidas en la misma norma se establecen del siguiente modo: “Excepcionalmente y a petición de parte cuando exista un peligro grave de afectación al derecho de privacidad de las partes, especialmente niños, niñas y adolescentes, el juez podrá disponer una o más de las siguientes medidas: a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa la audiencia. b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de diligencias específicas”.

Otras restricciones en materias relacionadas:

1. Artículo 86 de la Ley 19.947. “El proceso será reservado, a menos que el juez fundadamente y a petición expresa de los cónyuges, resuelva lo contrario”. Juicios de separación, nulidad de matrimonio y divorcio.
2. Artículos 28 y 39 de la Ley 19.620 sobre adopción de menores. En el primero, se dispone que “Todas las tramitaciones, tanto judiciales como administrativas y la guarda de documentos a que de lugar la adopción, serán reservadas, salvo que los interesados en su solicitud de adopción hayan requerido lo contrario”. La otra norma sanciona al funcionario público que revele los antecedentes aludidos.
3. Artículo 197 del Código Civil. Referente a las acciones de filiación, en la investigación de la paternidad y maternidad, se dispone que “El proceso tendrá carácter de secreto hasta que se dicte sentencia de término, y sólo tendrán acceso a él las partes y sus apoderados judiciales”.
4. Artículo 92 N° 7 de la Ley 19.968. Indica que entre las medidas cautelares que se pueden disponer en protección de la víctima y del grupo familiar está la de decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.
5. Artículos 33 y 34 de la Ley 19.733 sobre libertad de opinión y ejercicio del periodismo, en la que se consulta en una ley que protege el derecho a informar y ser informado una notable excepción a la publicidad, en cuanto se consideran reservados y se prohíbe la divulgación de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. Esta prohibición se extiende, además, a las víctimas de los delitos contemplados en el Título VII del Libro Segundo del Código Penal, que trata de los crímenes contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, a menos que consientan expresamente en la divulgación.

Materia procesal penal

La regla general en materia procesal penal, que además se constituye como un principio del procedimiento, es el de la publicidad. Así lo indica el artículo 1° al asegurar que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público. El concepto se repite luego en el artículo 289 del Código Procesal Penal al establecer, como regla general, que la audiencia del juicio oral será pública. Sin embargo, el mismo código establece algunas situaciones de excepción al derecho de la publicidad de las actuaciones judiciales. Estas son:

1. Artículo 92. “Los funcionarios policiales no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible”.
2. Artículo 182. La norma señala que las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento. Faculta también al fiscal para disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia del procedimiento. No obstante lo anterior, el precepto autoriza, bajo ciertas circunstancias, la publicidad de las mismas actuaciones.
3. Registro de resoluciones que decretaren la suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio. Este registro debe quedar a cargo, para su control, del ministerio público, el que tendrá el carácter de reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado.
4. Artículo 289. Se trata de la audiencia del juicio oral, la que por regla general es pública, pero la misma norma establece excepciones disponiendo la reserva del modo siguiente: “el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas, cuando considerare que ellas resulten necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiera tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley: a) impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare la audiencia; b) impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas y c) prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen

información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio. Los medios de comunicación social podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determinare, salvo que las partes se opusieren a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opusiere, el tribunal resolverá”.

5. Artículo 463, relacionado con la aplicación de medidas de seguridad a un enajenado mental, se señala en la letra b) que el juicio se realizará a puerta cerrada, sin la presencia del enajenado mental, cuando su estado imposibilite la audiencia.

Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público 19.640.

El artículo 8° de la ley dispone que serán públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento y complemento directo y esencial. La norma, sin embargo, indica de inmediato las excepciones a esa publicidad al expresar: “Con todo, se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes requeridos en virtud de las siguientes causales: la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; cuando la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del organismo; la oposición deducida por terceros a quienes se refiera o afecte la información requerida; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el respectivo Fiscal Nacional, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional. El costo del material empleado para entregar la información será siempre de cargo del requirente, salvo las excepciones legales”.

Código Tributario

Dicho Código, con la modificación de la Ley 20.322, contempla también una importante excepción al principio de publicidad. Al respecto, el artículo 130 dispone: “El Tribunal Tributario y Aduanero llevará los autos en la forma ordenada en los artículos 29 y 34 del Código de Procedimiento Civil. Durante la tramitación, sólo las partes podrán imponerse de ellos”.

Otras leyes

La Ley 19.628 sobre protección de datos personales, en el procedimiento de reclamación ante la Corte Suprema relacionado con información relativa a la seguridad de la Nación y el interés nacional, que dispone la apertura de

un cuaderno de prueba reservado, disponiéndose que la audiencia y vista de la causa no será pública (Art. 16, relación con los artículos 3 y 4).

La Ley 19.970 que crea el Sistema Nacional de ADN, el que tendrá el carácter reservado y sólo podrá ser consultado por el Ministerio Público y por los tribunales. También lo pueden ver la policía con autorización del Ministerio Público y los defensores, con la autorización del tribunal respectivo.

X. OTROS AVANCES EN TRANSPARENCIA IMPULSADOS POR LA CORTE SUPREMA A TRAVÉS DE LA PÁGINA WEB Y OTROS

Si bien la Ley 20.285 sobre Transparencia e Información obligan al Poder Judicial a difundir sólo lo antes señalado, el Poder Judicial, al amparo del artículo 8° de la Constitución Política de la República y del artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales, ha realizado más esfuerzos y ha puesto a disposición de sus usuarios toda la información que sea posible dentro del marco de la ley. Es por esa razón que se han adoptado las siguientes medidas, las que se encuentran plenamente implementadas:

1. Publicación de informes de visitas a tribunales y centros penitenciarios realizados por ministros de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones.
2. Publicación de los informes realizados por jueces y ministros respecto de comisiones de servicio concedidas.
3. Publicación de aranceles de derechos de notarios, conservadores de bienes raíces, archiveros y receptores judiciales.
4. Publicación de las quinas, ternas o propuestas formuladas.
5. Las nóminas mensuales de las causas en acuerdo en la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones.
6. Publicación de los permisos, comisiones de servicio y licencias médicas de los ministros de la Corte Suprema.
7. Publicación en el sitio web de estadísticas actualizadas referidas a las cargas de trabajo de los tribunales del país.
8. Jornadas de capacitación a los jueces y ministros de las distintas jurisdicciones del país referidas a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información.

9. Implementación de vocerías en la Corte Suprema y de vocerías en cada una de las cortes de apelaciones del país.

10. Difusión de fallos de interés mediático, a través de noticias publicadas en el sitio web.

11. Publicación de las instalaciones de salas de la Corte Suprema.

12. Habilitación del sistema de consultas, reclamos y sugerencias denominado “El Presidente Responde”. Esta herramienta de contacto con la ciudadanía ha resultado altamente exitosa, recibiendo entre 50 y 60 preguntas diarias, que son respondidas habitualmente en un plazo de 72 a 96 horas. El formulario se encuentra disponible en la página inicial del sitio www.poderjudicial.cl

13. Tanto en la Corte de Apelaciones como en la Corte Suprema comenzaron a desarrollarse diversas políticas destinadas a digitalizar los expedientes y facilitar su consulta por parte de los usuarios. Se inició un plan piloto para digitalizar los procesos civiles de algunos tribunales, que son parte de la única rama del derecho que no se ha reformado en Chile. Gracias a lo anterior, desde agosto del año pasado, las partes pueden tener conocimiento íntegro del expediente a través de internet.

14. La publicación en el referido sitio web de la agenda diaria del Presidente de la Corte Suprema.

15. En el caso de la tramitación de los recursos de protección en Santiago, es posible acceder a los informes solicitados en el marco del desarrollo de esos procesos a través de la web.

16. Además, se pueden revisar los concursos, realizar la búsqueda de abogados y otras cuestiones de importancia en el quehacer judicial.

En suma, para el Poder Judicial, los cuerpos legales tendientes a garantizar la probidad y transparencia en el actuar de las entidades públicas constituyen un marco que cumplimos con creces, pues ponemos a disposición de la ciudadanía mucho más de lo que se nos exige. Tenemos como norte abrir de par en par las puertas de los tribunales para que todo lo que allí suceda sea conocido por quien lo desee escrutar. Hemos emprendido un camino sin retorno, no exento de conflictos, pero con la férrea convicción de marchar por la indicada senda, la que por supuesto no ha concluido y es siempre perfectible.

XI. RESULTADOS POSITIVOS EN TRANSPARENCIA

Dos importantes distinciones ha logrado el Poder Judicial en materia de acceso a la información. El más importante de ellos fue el primer lugar que obtuvo en el Índice de Accesibilidad a la Información en Internet 2009, que elabora el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y que ubicó al sitio web del Poder Judicial chileno en el primer lugar de los 33 países miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El Poder Judicial de Chile tuvo un indicador de cumplimiento mayor al 85%, superando a otros países de mayor desarrollo económico como Estados Unidos y Canadá.

En el Índice de Accesibilidad a la Información 2009, Chile como país también quedó en primer lugar, gracias al porcentaje de cumplimiento del Poder Judicial y el del Ministerio Público, que son las dos instituciones que mide esta entidad en cada país.

En el mismo índice, el año 2010, Chile quedó en el segundo lugar, después de Costa Rica, con una diferencia porcentual de 2.26 puntos. Si se considera sólo al Poder Judicial (no al Ministerio Público), Chile está en el segundo lugar, pero con muchos mejores resultados (Panamá con un 88.63 puntos y Chile con 87.82; la diferencia es de 0.81).

En segundo término, el año 2009, el VI Barómetro de Acceso a la Información, que realizan la Universidad Diego Portales, la Fundación de la Prensa-Chile y Adimark, ubicó al Poder Judicial en el primer lugar entre los poderes del Estado y ascendió al séptimo lugar entre los 39 servicios públicos, instituciones y empresas del Estado medidos, avanzando 17 puestos con respecto del 2008.

De acuerdo a este estudio, que encuesta a periodistas de medios de comunicación, nacionales y regionales, el Poder Judicial es evaluado en un 48% con notas entre 6 y 7, superando al Senado y la Cámara de Diputados (con 34%) y la Presidencia de la República (con un 28%).

El año 2010, el Poder Judicial obtuvo un 43 por ciento de evaluación con nota 6 y 7, y continúa siendo el poder del Estado mejor evaluado, superando a la Cámara de Diputados y al Senado (41%) y a la Presidencia de la República (35%).

Aunque estos reconocimientos dan cuenta de los avances, los consideramos sólo un hito en un empresa mucho más ambiciosa, cual es la de consolidar

efectivamente mecanismos sólidos de acceso a la información. Anhelamos otorgar la información de una manera cada vez más rápida y oportuna, con todo el dinamismo que nos imponen las nuevas tecnologías de la información y el conocimiento, aprovechando estas al máximo en pos del usuario del Poder Judicial.

XII. DESAFÍOS Y COMPROMISOS QUE NOS IMPONEN EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, PROBIDAD Y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Quiero destacar que todas las acciones y esfuerzos reseñados han sido observados por la comunidad jurídica internacional y hemos sido reconocidos por ello. De esto dan cuenta varios hitos en los que el Poder judicial de Chile ha sido un actor principal. En efecto, el 9 de septiembre de 2009, la Corte Suprema suscribió un acuerdo de colaboración con el Instituto del Banco Mundial, tendiente a generar una acción de aprendizaje en materias de transparencia y rendición de cuentas en América Latina. En el mes de noviembre del mismo año, en una reunión sostenida con el Director del Sector Público y Gobierno del Banco Mundial, se nos informó la voluntad de esta institución de otorgar financiamiento para las actividades referidas al fortalecimiento de la transparencia y rendición de cuentas de nuestro Poder Judicial. El año 2010, se desarrolló un programa del Instituto del Banco Mundial para los poderes judiciales de Brasil, Chile, Costa Rica, Paraguay y Uruguay, el que, a través de una serie de videoconferencias, permitió conocer estudios y experiencias internacionales y elaborar un plan de acción para mejorar la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas en el sector judicial de Chile. Y, por último, como señalé al iniciar esta intervención, recibimos una donación de US\$488.400 destinada a fortalecer la capacidad de la Corte Suprema y en particular de la Dirección de Comunicaciones, para diseñar e implementar un programa de gestión y comunicaciones, basado en los principios y buenas prácticas en materias de transparencia y rendición de cuentas del Poder Judicial, que nos permitirán acercarnos aun más a nuestros usuarios y a la ciudadanía en general. Nos sentimos enormemente reconfortados, porque el trabajo realizado ha tenido frutos y podrá seguir desarrollándose para alcanzar metas más exigentes.

Sin lugar a dudas, la institucionalidad de nuestro país se ha consolidado en estos últimos veinte años. El sistema judicial ha sido objeto de importantes

reformas sustantivas, orgánicas y procesales y ha habido significativos cambios en transparencia, probidad y en los controles a que debe estar sujeta la Administración del Estado.

Sin perjuicio de estimar que la legislación es perfectible o que aún es insuficiente la regulación en algunas materias, creo firmemente que todas estas modificaciones se asentarán y se cumplirán los objetivos delineados al momento de diseñarlas, cuando las instituciones, autoridades o personas encargadas de ejecutarlas destinen sus máximos esfuerzos en hacerlas cumplir y actúen con responsabilidad y ética.

La experiencia que arroja los más de dos años de funcionamiento de la Comisión de Transparencia del Poder Judicial, nos demuestra que las demandas que se hacen a esta no persiguen en su mayoría la obtención de información -que las hay, principalmente provenientes de la prensa y que se satisfacen con prontitud- sino de un problema que escapa completamente a nuestro control y nos preocupa. La mayor parte de las solicitudes que recibimos son de personas que piden que la causa judicial en la que son o fueron parte sea eliminada de la vista del portal web del Poder Judicial.

Esta información se ha convertido en un elemento de control y de discriminación en muchos casos para las personas que están postulando a determinadas instituciones o trabajos. Este asunto nos preocupa doblemente. Es imposible para el Poder Judicial eliminar de su página web determinadas causas, sea que estén en tramitación o con fallos ejecutoriados, incluso con condenas cumplidas. ¿Bajo qué criterios lo haríamos? ¿Cómo satisfacer esa demanda que a veces puede parecer del todo atendible sin dejar de cumplir, a la vez, con nuestro mandato de que todas nuestras actuaciones son públicas? Nos enfrentamos, pues, a un escenario en el que invariablemente hemos mantenido la única postura que nos parece posible, pero sobre lo que es pertinente escuchar opiniones.

Como se ha indicado, el Poder Judicial en materia de transparencia, no es sujeto pasivo en las pretensiones que suponen el accionar del Consejo para la Transparencia, lo cual sólo es aceptable por el control jurisdiccional que ejerce respecto de este consejo. Pero de ello y por voluntad propia para afianzar el principio de igualdad y no debilitar el Estado de Derecho, es que estamos cumpliendo exitosamente nuestra misión en muchos aspectos y así se refleja en la reciente relación de las acciones emprendidas en materia de transparencia y rendición de cuentas y de la positiva valoración que ha habido de ellas. Sin embargo, hay importantes tareas pendientes

que constituyen nuestros desafíos futuros y a los que nos abocaremos arduamente. Estimamos, en consecuencia, que son el propio Poder Judicial y sus integrantes los que deben establecer mecanismos de control con altos estándares de exigencia a fin de que la ciudadanía tenga herramientas para comprobar la eficiencia y calidad de las decisiones que se adoptan.

Por otra parte, son los jueces –por mandato legal– los garantes del respeto de los derechos y dignidad de las personas que acuden a los tribunales de justicia en busca de una solución a sus conflictos jurídicos. Y, no obstante, nuestro afán por hacer públicas todas las actuaciones judiciales en virtud del principio de transparencia, es necesario reconocer que en ciertas ocasiones debe restringirse la información y el acceso de los medios de comunicación a las audiencias o a ciertas actuaciones. El rol de las policías, de las autoridades políticas, de los fiscales del Ministerio Público y de los profesionales de las comunicaciones, en consecuencia, es fundamental para que la opinión pública entienda estas situaciones y se reconozca y respete la función que la Constitución y las leyes le ha encomendado de manera exclusiva a nuestros jueces.

Nosotros estamos obligados a actuar bajo la norma de la publicidad y lo hacemos, entregando la información de manera adecuada, entendible y oportuna para toda la ciudadanía, proceso en el cual los medios de comunicación social son muy necesarios. Ellos son un importante vehículo para que la sociedad sepa cómo actúan los tribunales, cómo deciden sus jueces, por qué lo hacen y cómo resuelven, mas no el único.

Existe, no sólo en Chile, sino en muchos países del mundo, un debate no agotado respecto del juicio mediático, de cómo se resguarda la presunción de inocencia, de la acusación fuera de la sala de un tribunal. Tema fascinante, complejo y no zanjado.

Las policías, los fiscales, los abogados, los defensores públicos, los encargados de los organismos auxiliares del sistema judicial, todos tienen responsabilidades que cumplir y prohibiciones respecto del tratamiento de los procesos. Creemos que los jueces no son los únicos que deben velar porque se cumpla el debido proceso y se respete la presunción de inocencia. Los demás actores, incluidos los periodistas que trabajan en los medios de comunicación social, deben desempeñar su rol con pleno respeto por estos principios.

La aplicación de justicia es un bien y un valor insustituible en un Estado de Derecho, y el desprestigio de los jueces afecta al sistema completo y siembra desconfianza y desesperanza en la sociedad, elementos ambos que, bien sabemos, corroen la paz social.

El éxito del sistema de administración de justicia radica en que todos quienes intervenimos en él realicemos nuestra labor desde el lugar que la ley nos ha asignado, con honestidad, responsabilidad y ética. Ese es mi llamado.

Muchas gracias.

Santiago, septiembre de 2011

LA AGENDA DEL GOBIERNO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN

GOVERNMENT'S AGENDA ON TRANSPARENCY AND PARTICIPATION

CRISTIÁN LARROULET VIGNAU¹

Resumen: En el presente artículo, se analizan las principales medidas que está preparando el Poder Ejecutivo para perfeccionar el principio de transparencia.

Palabras claves: Transparencia. Medidas legislativas. Poder Ejecutivo.

Abstract: The present article analyzes the principle measures being prepared by the Government in order to correct the principle of transparency.

Key words: Transparency. Legislative measures. Government.

¹ Ministro Secretario General de la Presidencia.

I. LA TRANSPARENCIA EN EL MARCO DEL PROGRAMA DEL GOBIERNO

La democracia, entendida como el sistema de gobierno más adecuado para una sociedad, supone la existencia de un ciudadano que se perciba a sí mismo en el centro de la actividad política de la sociedad en la que vive, como protagonista responsable de su suerte. Para que ello suceda, es indispensable contar con mecanismos que permitan a los ciudadanos tomar conocimiento de lo que ocurre en el ámbito público, así como con vías expeditas para participar en este. De esta manera, la transparencia y la participación son, sin lugar a dudas, los dos pilares sobre los que debe descansar una democracia eficaz y ampliamente respetada.

En razón de lo anterior, la transparencia ocupa un lugar fundamental en el Programa que impulsa el Gobierno de Chile y tiene plena consistencia con el conjunto de sus políticas y medidas.

1. El objetivo del desarrollo y las tareas para alcanzarlo

La tarea que el presidente Sebastián Piñera ha comprometido con los chilenos es la de **acelerar tanto como sea posible nuestro camino al desarrollo**. Cuando hablamos de desarrollo, nos referimos a una **sociedad de oportunidades y seguridades para todos**, donde la movilidad social y la realización personal sean el premio cierto al esfuerzo y al talento; y donde, a la vez, nadie sea dejado atrás.

Ciertamente, para cumplir con esa meta, hay que ocuparse de la **política económica**, pues es indispensable contar con una economía dinámica y competitiva, que crezca con fuerza y genere muchos empleos, dejando un amplio espacio al emprendimiento, la creatividad y la innovación.

Por su parte, la **política social** es también indispensable, de modo que la pobreza sea próximamente derrotada y las oportunidades y los frutos del progreso alcancen a todos.

Sin embargo, no será posible alcanzar un verdadero nivel de desarrollo sin ocuparnos de la tarea fundamental de **profundizar y perfeccionar nuestra democracia**, de modo que los ciudadanos vuelvan a ver a sus instituciones políticas como una vía apropiada para hacer converger demandas disímiles en normas y políticas públicas dirigidas al bien común. Esta preocupación surge de la convicción que asiste a este Gobierno de que la democracia es el mejor sistema político para una sociedad como la nuestra, en razón de lo

cual debe propenderse a su fortalecimiento por parte de todos los actores que la hacen posible.

Si descuidamos cualquiera de esas tres tareas, la promesa del desarrollo seguirá siendo un anhelo inalcanzable o, en el mejor de los casos, un logro parcial y frustrante. Así, la historia nos ofrece incontables ejemplos de sociedades que han perdido el camino del progreso económico y la estabilidad social, producto de la mala calidad de su política.

Nuestra democracia, a la que transitamos de manera ejemplar en la década de los 90, exhibe algunos signos de deterioro que no pueden dejarnos indiferentes. En efecto, es claro que la ciudadanía desea, más que nunca, participar y hacer sentir su voz en los asuntos que le conciernen. Pero ello contrasta con su decreciente participación en los procesos electorales, así como con la insatisfacción que, cada vez con más fuerza, manifiesta respecto de nuestras principales instituciones políticas. En consecuencia, resulta del todo indispensable hacer de nuestras instituciones el canal privilegiado para dar curso a las demandas ciudadanas, de manera racional y articulada con el bien de la sociedad como un todo. De lo contrario, nos encontraremos ante el escenario de una democracia debilitada, con el consecuente riesgo que implica para una sociedad el abandono del diálogo y de la actividad política como mecanismos predilectos para la solución de los conflictos que se suscitan en su interior.

2. Nuestra agenda política

Por ello, el Gobierno impulsa una amplia agenda destinada a profundizar y perfeccionar nuestra democracia, que busca volver nuestras instituciones más participativas y más transparentes.

Así, hemos procurado **mejorar los canales de participación existentes** con medidas como la inscripción automática en el registro electoral, la elección directa de los Consejeros Regionales y una nueva regulación para la celebración de plebiscitos comunales.

Por otra parte, buscamos , con medidas como la instauración de primarias organizadas y financiadas por el Estado para la selección de candidatos a cargos de elección popular.

Asimismo, estamos implementando la ley 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada durante nuestro Gobierno, dictando los diversos reglamentos que se requieren para su

ejecución y abriendo nuevos canales de participación en la elaboración de políticas públicas.

3. Necesidad de mayor transparencia

Pero una participación vigorosa y de calidad necesita también de mayor transparencia. Para que la vida en democracia sea posible, es necesario que se proteja el acceso a la información pública, puesto que es sobre lo que en ella se contenga, que los ciudadanos han de opinar, apoyar, criticar o reaccionar de cualquier otro modo, ya sea por medio de la palabra o la acción. Si a esto añadimos que en la actualidad todas las democracias son de tipo representativo, no podemos sino concluir que la transparencia es uno de los fundamentos del sistema democrático, haciendo efectiva la relación entre el pueblo y sus representantes.

A modo de ejemplo, los ciudadanos que cuentan con los medios para informarse de lo que las autoridades elegidas con sus votos hacen con el dinero que proviene de sus impuestos, estarán siempre en mejores condiciones para elegir a sus representantes. Además, contarán con mejores herramientas para asegurar que el Estado esté efectivamente al servicio del bien común.

En resumen, la transparencia enriquece e incentiva la participación, somete a las autoridades a un control ciudadano que favorece un mejor funcionamiento de las instituciones políticas y genera en los ciudadanos confianza hacia estas.

II. NUESTRA AGENDA DE TRANSPARENCIA

Por todo esto, el Gobierno ha continuado con el esfuerzo, iniciado por administraciones anteriores, dirigido a terminar con la tradicional opacidad del Estado. Esto se ha hecho por tres vías: buenas prácticas, apoyo a instituciones fundamentales e iniciativas legislativas.

1. Buenas prácticas

Entre las buenas prácticas, cabe mencionar la decisión de publicar voluntariamente en internet las **declaraciones de bienes e intereses** de 150 autoridades del Ejecutivo que no están obligadas por ley a hacerlo.

Ello se refleja también en el creciente **cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa** del Gobierno central. Según los datos del Consejo para

la Transparencia, de un 84% en 2009 pasamos a cerca de un 94% en 2010 y a más de un 95% en 2011².

Además, cabe destacar el **instructivo emanado recientemente del Ministerio del Interior**, que busca impedir absolutamente que las autoridades y funcionarios de la Administración intervengan en las próximas campañas electorales usando tiempo o recursos que han de emplearse para servir a todos los chilenos y no a una coalición o partido.

2. Apoyo a instituciones fundamentales

En cuanto al apoyo a instituciones fundamentales, destaca, sobre todo, el convenio celebrado con el Consejo para la Transparencia para la implementación del **Portal de Transparencia del Estado de Chile**, que estará plenamente operativo en 2013. Este permitirá hacer seguimiento “on line” a todas las solicitudes de información de los ciudadanos, además de ofrecer información estadística y una amplia mesa de ayuda a los funcionarios públicos y a las personas para avanzar en la promoción del derecho de acceso a la información pública en Chile.

Este es un claro ejemplo de la fructífera colaboración que hemos mantenido y esperamos seguir manteniendo con el Consejo para la Transparencia.

3. Iniciativas legislativas

Finalmente, en lo que se relaciona con las iniciativas legislativas, destaca, en primer lugar, el proyecto de **ley sobre probidad en la función pública**³, aprobado por la Cámara de Diputados y hoy se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado.

Con el propósito de prevenir conflictos de interés, dicho proyecto –que cumple los criterios de la OCDE sobre la materia– establece la obligación de algunas autoridades de desprenderse de la administración o la propiedad de parte de su patrimonio en circunstancias determinadas, y regula de mejor manera la obligación de ciertas autoridades y funcionarios públicos de declarar regularmente su patrimonio e intereses.

Este proyecto recoge lo establecido actualmente en nuestra legislación respecto a las obligaciones de declaraciones de patrimonio e intereses, pero

² Ver Primer y Segundo Ranking Nacional de Transparencia Activa en: <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/edic/base/port/fiscalizacion.html>.

³ Boletín N° 7616-06.

además introduce una serie de modificaciones: hay nuevas autoridades que están obligadas a realizar dichas declaraciones; estas deben realizarse no sólo cuando se asume el cargo sino que, también, debe actualizar cada cuatro años o cuando ocurre un hecho relevante y, además, cuando se cesa en el cargo; se detalla aún más el contenido de dichas declaraciones, entre otras.

Por otra parte, se establecen una serie de nuevas obligaciones como el mandato de administración discrecional de cartera de valores y de enajenación de activos, todo con el objeto de prevenir conflictos de interés.

Asimismo, luego de un trabajo coordinado con el Consejo para la Transparencia, el Gobierno ha presentado una serie de indicaciones a un proyecto de ley iniciado mediante una moción parlamentaria transversal, que busca **reformular la Ley de Acceso a la Información Pública**⁴, recogiendo la experiencia y jurisprudencia de estos tres años en la aplicación de la ley, incorporando a nuevos sujetos pasivos, estableciendo de manera expresa la obligación de custodia y archivo de la información pública, aumentando las obligaciones de transparencia activa de los entes públicos, garantizando la aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales, perfeccionando el procedimiento para tramitar las solicitudes de transparencia pasiva y el régimen de sanciones aplicables, entre otras modificaciones. Dicho proyecto se encuentra en primer trámite constitucional, a la espera del informe de la Comisión de Constitución de la Cámara, siendo ya votado en particular en su mayoría.

En septiembre de 2011, por otra parte, fue publicada la **Ley N° 20.527**, que, en lo que importa a esta materia, hizo aplicable la Ley sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública a las **asociaciones municipales**.

Por otra parte, diversas medidas administrativas e iniciativas legales están mejorando y extendiendo el sistema de **Alta Dirección Pública**. Producto de ello, los cargos seleccionados a través de esa vía pasarán de algo más de 900 en 2009 a 2.400 en 2014.

Por desgracia, recientemente fue rechazado en general en la Cámara de Diputados un proyecto de ley de iniciativa del Ejecutivo, que buscaba perfeccionar y agilizar los procedimientos para la selección de los Altos Directivos Públicos, proyecto que ya no podrá renovarse hasta dentro de un año.

⁴Boletín N° 7686-07.

Cabe mencionar, además, la aprobación y puesta en marcha de la **Ley N° 20.500, sobre Participación Ciudadana**, que dispuso la creación de consejos autónomos de la sociedad civil, con derechos expresos de acceso a información sobre inversiones en planes, políticas y programas, entregada en reuniones periódicas directas con las autoridades o sus representantes.

También buscamos avanzar hacia una mayor transparencia con el proyecto de **reforma de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades**⁵ que, entre otras cosas, fortalece las facultades fiscalizadoras del Concejo, dispone la existencia de una Unidad de Control en cada Municipalidad y crea un sistema de Alta Dirección Municipal para la selección de los funcionarios directivos.

Por último, muchas de las medidas dirigidas a incrementar la participación también significarán mayor transparencia. Así, la recientemente publicada Ley N° 20.640 que establece el sistema de elecciones primarias para la nominación de candidatos a Presidente de la República, parlamentarios y alcaldes, que permitirá que los candidatos a los principales cargos de elección popular sean escogidos de forma más participativa, también hará posible que la ciudadanía pueda saber cómo selecciona cada partido a los candidatos para los que pide sus votos.

Lo mismo con la Ley N° 20.644 que reforma la Constitución Política, estableciendo un mecanismo transitorio para la elección de consejeros regionales, estableciendo que, mientras se aprueba la ley que establece su elección directa, la primera elección por sufragio universal en votación directa de los consejeros regionales se realizará en conjunto con las elecciones de Presidente de la República y parlamentarios, el día 17 de noviembre del año 2013.

Todos estos esfuerzos demuestran el profundo compromiso con el perfeccionamiento de nuestro sistema político que ha asumido este Gobierno. Más todavía, dependiendo la democracia, como depende, de la voluntad de sus actores de someterse a los principios y deberes que rigen el actuar político dentro de ella, es necesario subrayar que el esfuerzo que el Estado chileno ha realizado –tanto por parte de esta administración como de las administraciones anteriores– para hacer de sí una institución transparente y cada vez más participativa, es encomiable y digno de orgullo.

⁵Boletín N° 8210-06.

III. RESULTADOS EN TRANSPARENCIA

Prueba de que los esfuerzos para avanzar en materia de transparencia revisten una importancia crucial para la salud y el prestigio de nuestra democracia, son los resultados que tales esfuerzos han producido, los cuales han sido objeto de reconocimiento internacional. Así, Chile ha subido desde 2009 de una calificación de 6,7 a una de 7,2 en el **Índice de Percepción de Corrupción**⁶ de Transparencia Internacional, y se sitúa este año como el 20° país menos corrupto de los países analizados y como el menos corrupto de Latinoamérica.

Otro reconocimiento digno de mención es nuestro ingreso, previa invitación, al **“Open Government Partnership”**, iniciativa lanzada por el presidente de Estados Unidos, Barack Obama, en 2009, en conjunto con otras ocho naciones. Los países que forman parte de ese grupo asumen compromisos de transparencia, participación, eficacia y calidad de su acción gubernamental.

Por último, una encuesta anual de un centro de estudios, informa los menores índices de percepción de corrupción desde que se realiza dicha encuesta, hace ya diez años.

Todos estos resultados son signo de que, no obstante nunca debe bajarse la guardia, se está avanzando por el camino correcto.

IV. AGENDA DE TRANSPARENCIA PARA 2013

El desarrollo de una democracia sana y participativa, sin embargo, depende también de que el interés por perfeccionarla y volverla siempre cada vez más profunda, constituya una preocupación constante en el tiempo. De este modo, la agenda de transparencia para el año 2013 contiene dos importantes reformas, cuales son el proyecto de ley que establece normas sobre la actividad de lobby y una iniciativa legal que propone la modificación de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos.

⁶ Ver Índices de Percepción de la Corrupción en: http://archive.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi.

1. Regulación del lobby

El 23 de mayo de 2012, presentamos una indicación sustitutiva al **proyecto de ley que establece normas sobre la actividad de lobby**⁷, reactivando con ello la tramitación de esa importante iniciativa, cuya discusión empezó en el Congreso hace más de nueve años.

Las decisiones que adoptan los entes públicos no sólo admiten distintas valoraciones a partir de diferentes perspectivas políticas y filosóficas. También afectan intereses muchas veces contrapuestos de diversas personas, grupos y entidades. Todos ellos tienen derecho a que sus puntos de vista sean escuchados y tomados en cuenta en los procesos deliberativos. Las autoridades deben, por lo mismo, oírlos. Pero deben hacerlo garantizando dos cosas muy relevantes. Primero, que todos los afectados cuenten con igual oportunidad para dar a conocer sus opiniones. Y segundo, que la autoridad, luego de sopesar todos los intereses en juego, decida de un modo justificado estrictamente en lo que aprecia como el bien común de la sociedad. Para que todo ello pueda verificarse, la transparencia es absolutamente fundamental. De esta manera, se busca conjugar la transparencia e integridad en el actuar de las autoridades públicas, pero también que estas puedan hacerlo respetando los principios de eficiencia y eficacia.

Dicha indicación, por lo pronto, busca **ensanchar el campo de regulación del proyecto**, extendiéndola también a todas las gestiones efectuadas ante los organismos públicos en representación de intereses particulares. Y a ese efecto entendemos por interés particular cualquier propósito o beneficio, sea o no de carácter económico, de una persona natural o jurídica, chilena o extranjera, o de una asociación o entidad determinada. Además, dentro del mismo espíritu, se reduce fuertemente el catálogo de actividades de promoción de intereses particulares que no regirían por esta ley.

El segundo cambio relevante del proyecto es que **su foco pasa del lobbyista a la autoridad**. En efecto, el mecanismo para llevar transparencia a esta legítima actividad está constituido por la creación de una serie de registros públicos, en los cuales las autoridades deberán estampar, por una parte, todas las audiencias y reuniones sostenidas con las personas que realicen lobby o gestionen intereses particulares, indicando especialmente el lugar, la fecha y la materia tratada; y por otra, deberán registrar los viajes

⁷Boletín N° 6189-06.

realizados, en el ejercicio de sus funciones, mencionando especialmente el destino del viaje, su objeto, el costo total y la persona jurídica o natural que lo financió. Toda esta información se encontrará disponible en un mismo sitio web para que todos los ciudadanos accedan a ella de manera fácil y expedita.

El proyecto, por último, establece **sanciones para las autoridades** o funcionarios que no registren la información a que están obligados o que lo hagan de manera inexacta o falsa.

Con esto, estaremos dando un nuevo gran paso hacia la transparencia, con una legislación sensata, simple, justa y eficaz.

2. Reforma a la ley de partidos políticos

Próximamente, presentaremos también al Congreso Nacional, luego de un largo período de consultas, un **proyecto de reforma de la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos**, que buscará combinar la autonomía de estas organizaciones con una participación más efectiva de sus militantes, una mayor relación con la sociedad civil y una mayor transparencia.

De esta manera, se pretende establecer una exigencia de mayor transparencia a los partidos, los que deberán poner a disposición del público, en general, cierta información relevante acerca de su organización y actividades, como también deberán entregar más información a los militantes que la requieran.

V. CONCLUSIONES

Nuestro país tiene entre sus muchos desafíos el de continuar mejorando la transparencia del Estado, que es una vía fundamental para que los ciudadanos verifiquen el buen funcionamiento de las instituciones públicas e incrementar su confianza en ellas.

Para ello, la colaboración entre los diferentes organismos públicos, como el Gobierno, el Congreso Nacional, la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia, es fundamental. El Gobierno de Chile seguirá poniendo todo de su parte para que esa colaboración no decaiga.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Índices de Percepción de la Corrupción. Disponible en:

http://archive.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi.

Primer y Segundo Ranking Nacional de Transparencia Activa. Disponible en:

<http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/edic/base/port/fiscalizacion.html>.

LA IMPORTANCIA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA EN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN

THE IMPORTANCE OF THE COUNCIL FOR TRANSPARENCY IN THE ACCESS TO INFORMATION

ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la importancia que ha adquirido la transparencia y la institucionalidad establecida en el país a partir de la Ley No. 20.285.

Palabras claves: Transparencia. Acceso a la información. Nueva institucionalidad.

Abstract: This article analyzes the importance that transparency has achieved and the institutionality established in the country since enactment of Law No. 20.285.

Key words: Transparency. Access to information. New institutionality.

¹Presidente del Consejo para la Transparencia.

Las páginas siguientes son el reflejo de reflexiones y experiencias de un observador. Me permito esta licencia huyendo así del riesgo de ser leído y evaluado en tono académico, y en la expectativa de poder aportar a la reflexión desde la perspectiva práctica, aunque, por cierto, muy personal. Estas breves líneas buscan revisar el debate acerca del sentido de contar con un órgano especial garante del derecho de acceso.

Nada obvio ni pacífico fue, en la práctica, el proceso de persuasión de autoridades y legisladores para inclinarlos a preferir la creación del Consejo para la Transparencia. A las tradicionales reticencias de los encargados de las finanzas públicas, se sumaba el escepticismo de sectores que casi nunca ven con buenos ojos la creación de instituciones y el aumento de la burocracia. Finalmente, no faltaron quienes percibían con cierto temor que un nuevo organismo pudiera invadir potestades ajenas u ocupar los espacios a que otros aspiraban. La creación de un Consejo o agencia de control de la transparencia no fue una idea surgida el año 2007, cuando mediante una indicación del ejecutivo se cumple con el requisito constitucional necesario para crear un organismo público y generar gasto fiscal. Esa idea, por el contrario, había estado por varios años en debates, seminarios y propuestas, alimentada, además, por la creciente evidencia de una experiencia internacional que apuntaba en esa dirección.

La importancia de un órgano garante se suele asociar preferentemente al desempeño de la función jurisdiccional relativa a los contenciosos de acceso a la información. Ello es entendible y explica en buena parte la necesidad de especialización y autonomía. Al análisis de aquello, se dedica la segunda parte de esta reflexión.

Finalmente, la sociedad tiene derecho a pedir que un órgano como el Consejo para la Transparencia trascienda la función de árbitro entre quien pide y quien niega la información estatal. La transición cultural que supone promover e instalar la buena práctica de la transparencia en la función pública no se logrará sólo con leyes ni mediante la solución de controversias. Mucho más se necesita para vencer las inercias, costumbres y prácticas de casi doscientos años en que el secreto fue la regla y la transparencia una excepción concedida graciosamente por quienes, al poseer la información sobre asuntos públicos, se consideraban dueños de ella. Para un desafío tan grande y tan noble, se requiere más que una ley. Desde luego, se necesita el compromiso y conciencia de todas las autoridades y funcionarios. Pero también, y para favorecer lo anterior, se necesita además que el Estado traduzca de modo inequívoco su compromiso con la transparencia a través

de la creación de un órgano cuya función sea hacer cumplir la legislación sobre la materia y promover la instalación de una cultura en que la transparencia sea la regla general y la reserva la excepción que define la ley y que será aplicada, en caso de litigio, por un tercero imparcial.

Quienes creemos en la disciplina intrínseca e higiénica de la transparencia en la función pública; quienes conocemos la demostrada evidencia de la correlación positiva entre transparencia, por un lado, y competitividad, probidad, eficiencia, solidez y legitimidad institucional, por el otro, nos damos cuenta de que el nuevo régimen de transparencia y acceso a la información en vigencia entre nosotros, desde abril de 2009, es probablemente la mayor y más promisoría modernización del Estado y del derecho público de los últimos años en Chile. La parte final de este comentario aborda las demás atribuciones que la ley otorga al Consejo en la expectativa de que contribuya a hacer realidad la noble promesa cívica de la transparencia.

I. ¿ERA NECESARIO CREAR UN ÓRGANO COMO EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA?

Bajo el concepto que evoca el título de este ensayo, muchos consideraban un ejercicio, si bien no estéril, enteramente insuficiente, la idea de legislar reconociendo el derecho de acceso a la información y transparencia en Chile si no se concretaba simultáneamente la creación de un órgano garante autónomo del nuevo marco legal. Este era, en rigor, el tenor del debate entre los especialistas e interesados en la materia a mediados de la década pasada. En efecto, la moción impulsada por quienes encabezan entonces la mesa del Senado, los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, había cursado con éxito su paso por el Senado el año 2005, generando expectativas de cambio relevante en la materia. Con todo, en el segundo trámite en la Cámara de Diputados, dicha iniciativa se estancó sin mayor avance. Igualmente frustrante resultaron los empeños de los impulsores de dicha moción por conseguir del Ejecutivo de la época el necesario patrocinio para crear un organismo público encargado, no sólo de ejercer funciones jurisdiccionales relativas a la resolución de conflictos sobre acceso a información estatal, sino de impulsar una serie de funciones anexas que permitieran desplegar integralmente una política pública de promoción sistemática de la transparencia en la función pública.

El debate en torno a la creación de un órgano autónomo con tales funciones se alimentaba con el análisis de las experiencias comparadas más recientes

y exitosas, que incluían la creación de órganos garantes o agencias especializadas. Con carácter pionero en América Latina, el Instituto Federal de Acceso a la Información mexicano, en operaciones desde 2003, parecía erigirse en el ejemplo a seguir. Comisionados de Información en Inglaterra (2005) y previamente en Canadá (1986), se contaban entre los ejemplos considerados exitosos y superiores frente a la alternativa de circunscribirse a la creación de un derecho ciudadano con garantía de tutela mediante acción especial ante los tribunales. El capítulo Chileno de Transparencia Internacional, quizás el principal promotor de legislar en la materia desde la llamada sociedad civil, estimaba esencial contar con un organismo autónomo para asegurar la eficacia de la reforma². Abonaba esta percepción la experiencia resultante de los cambios introducidos a la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado sobre el particular durante el año 1999. En efecto, y como veremos más adelante, dicha reforma había introducido un procedimiento de amparo ante los tribunales que, aunque contó con algunas experiencias exitosas como medio para revertir denegaciones de acceso iniciales de la administración, no se impuso como un mecanismo suficientemente sólido, expedito y transversalmente validado para expandir la vigencia de la transparencia por sobre la inercia secretista que aún marcaba el funcionamiento de la Administración del Estado en Chile³. Debe reconocerse, sin embargo, que la

² De hecho, en el marco del grupo de expertos convocado por la presidenta Bachelet en noviembre de 2006, el entonces presidente del capítulo chileno de Transparencia Internacional, Davor Harasic, fue decidido promotor de la creación de un órgano garante autónomo, tanto que, en la redacción de la propuesta específica sobre la materia, en buena parte inspirada en legislaciones modelo de la propia Transparencia Internacional, participó activamente el abogado Harasic. Cabe mencionar, sin embargo, que la recomendación de ese grupo de expertos fue más allá de lo que finalmente prosperó mediante la ley 20.285. En efecto, el informe presentado a la presidenta Bachelet incluía la creación de un órgano autónomo de rango constitucional, de modo de hacer más viable la extensión de su rol de supervisión y control sobre la totalidad de los organismos del Estado.

³ Injusto es, sin embargo, atribuir al procedimiento contemplado en los artículos 11 bis y ter de introducidos por la ley 19.653 a la ley 18.575, o al trabajo de tribunales, el escaso avance del derecho de acceso a la información entre los años 1999 y 2006. A las causas de aquello, debe incluirse muy sustancialmente el modo a través del cual la ley 19.653 reguló la aplicación de la causal de reserva relativa al eventual perjuicio que la revelación de información pudiese significar sobre el “debido cumplimiento de las funciones” del órgano público. En efecto, la norma de 1999 permitía que fueran los propios organismos del Estado quienes definieran qué documentos o información quedarían comprendidos en la órbita de esa causal de reserva. Por cierto, en ese contexto, proliferaron definiciones más bien expansivas acerca del perímetro de reserva, lo que terminó frustrando sensiblemente la posibilidad de acceder a información estatal.

opción de radicar la acción de amparo del derecho de acceso en tribunales, prescindiendo de la creación de un nuevo organismo público especializado, no era, sin embargo, un modelo sin precedentes. Entre nuestros vecinos, tanto Perú como Argentina ofrecían entonces tal mecanismo⁴. Más al norte, y en una de las legislaciones pioneras en materia de acceso a la información, el modelo de los Estados Unidos de América consagrado en la *Freedom of Information Act*, de 1966, establece un “derecho a saber” susceptible de ser reclamado ante las cortes federales, sin contemplar la creación de una agencia especializada en la materia. De hecho, en el mismo Brasil, el país de nuestro continente que más recientemente ha legislado sobre la materia (la ley entró en vigencia en mayo de 2012), se decidió atribuir la competencia de resolver los reclamos ante denegaciones de acceso a la Contraloría de la Federación.

Entre nosotros, y como anticipamos, el primer germen chileno de regulación específica del derecho de acceso a la información contemplaba una reclamación deducible ante el juez de letras, y una eventual apelación de lo resuelto por dicho juez ante la Corte de Apelaciones respectiva. La norma establecía un procedimiento diverso tratándose de denegaciones de acceso fundadas en la supuesta afectación de la seguridad de la Nación o el interés nacional. En tales casos, la reclamación del solicitante debería presentarse directamente ante la Corte Suprema. En efecto, el artículo 11 ter de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, incluido mediante la ley 19.653 de 1999, establecía que “*vencido el plazo previsto en el artículo anterior para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, el requirente tendrá derecho a recurrir al juez de letras en lo civil del domicilio del órgano de la Administración requerido, que se encuentre de turno según las reglas correspondientes, solicitando amparo al derecho consagrado en el artículo precedente*”. Por su parte, el inciso 12 del mismo artículo consagraba el régimen especial de reclamación tratándose de las causales de reserva referidas (la seguridad de la Nación y el interés nacional), señalando que “*en caso de que la causal invocada para denegar la entrega de documentos o información*

⁴ En el caso de Perú, el derecho de acceso consta en una ley e interviene en la materia el Defensor del Pueblo, aunque sin carácter vinculante para la administración. En el caso argentino, el derecho de acceso se regula en un decreto presidencial, y de las denegaciones de acceso se permite reclamar ante las Cámaras (cortes) de Apelaciones federales. En Argentina, además, existen ciertas legislaciones a nivel de las provincias, que establecen estatutos más garantistas de la transparencia y derecho de acceso. Este es el caso, especialmente, de la Provincia de Santa Fe.

fuere el que su publicidad afecta la seguridad de la Nación o el interés nacional, la reclamación del requirente deberá deducirse ante la Corte Suprema...”

La ley 20.285 zanjó la cuestión, mediante la creación de un órgano autónomo de rango legal, denominado Consejo para la Transparencia. Esa fue la opción del gobierno de la administración Bachelet frente a la propuesta del grupo de expertos que a fines de 2006 propuso dotar de rango constitucional a dicho órgano en el marco del informe preparado por encargo de la entonces presidenta, que contenía medidas para “favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública”. Dicho informe, apartándose radicalmente de la opción por defecto que parecía imponerse ante la ausencia, hasta entonces, de patrocinio presidencial para la creación de una agencia especializada, subrayó la centralidad de contar con un órgano autónomo de “rango constitucional”, cuya tarea fuese garantizar el acceso a la información. Las complejidades de una reforma constitucional, incluyendo la incertidumbre frente a la posibilidad de contar con las mayorías necesarias, unida a la opción por buscar acuerdos acelerados que favorecieran un despacho expedito, inclinaron la opción presidencial hacia la creación, con rango meramente legal, del actual Consejo para la Transparencia.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y EL RÉGIMEN DE RECURSOS QUE PROCEDE A SU RESPECTO

Con el impulso y aprobación posterior de la ley 20.285, Chile se sumaba a una tendencia inaugurada en América Latina con la ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, impulsada por el gobierno del Presidente Fox y que entró en vigencia el 12 de junio de 2012. Dicho cuerpo legal señala en su artículo 37, numeral II, que al IFAI corresponde “*conocer y resolver los recursos de revisión interpuestos por los solicitantes*”. Asimismo, en el artículo 59, dispone que “*las resoluciones del Instituto serán definitivas para las dependencias y entidades. Los particulares podrán impugnarlas ante el Poder Judicial de la Federación*”.

Por ende, y en cuanto el IFAI resuelva las materias a favor del particular que solicita la información, ello no podrá ser impugnado mediante recurso alguno por el organismo público. Los recursos a los tribunales se abren sólo para el solicitante de información disconforme con la resolución del IFAI. Esta modalidad recursiva, en parte extendida a Chile en relación al

artículo 21 N°1 de la ley 20.285⁵, busca conciliar la revisión de las decisiones con la necesaria celeridad en la resolución de los casos, bajo la premisa de que el derecho de acceso a la información sólo tiene garantía eficaz cuando la controversia suscitada a su respecto se resuelve expeditamente, objetivo que se ve amenazado con la interposición de recursos con efecto suspensivo por parte de quien se opone a la entrega de información. Este criterio “pro acceso” tiende a restringir la admisibilidad de las reclamaciones a los tribunales ordinarios a los casos en que el órgano garante ha confirmado la denegación de acceso resuelta por el organismo de la administración, de modo que los recursos apuntan exclusivamente a revertir denegaciones y nunca a impugnar el acceso concedido.

Lo dicho en los párrafos recientes aborda sucintamente una, quizás la principal, función de un órgano como el Consejo para la Transparencia, esto es, la resolución de controversias referidas al acceso a información. El efecto firme o de cosa juzgada –si se nos permite esa terminología para aludir a decisiones de un órgano que ejerce jurisdicción especial fuera de la órbita de los tribunales de justicia– en Chile queda reducido a las resoluciones del Consejo que rechazan la invocación de la causal del artículo 21 N°1.

Puestos a evaluar los méritos de la opción institucional chilena, esto es, la de crear un órgano especial que ejerce jurisdicción, y respecto de la causal del 21 N° 1 de un modo no recurrible por la Administración, me parecen relevantes las siguientes consideraciones:

- a) En cuanto a la opción de crear un órgano especial que ejerza jurisdicción en el contencioso sobre acceso a la información.

Si bien en Chile las acciones de tutela a derechos fundamentales están bien asentadas sobre la experiencia exitosa de los recursos de protección, parece conveniente contar con un organismo especializado que contribuya, en lo posible, a la generación de un cuerpo coherente

⁵ El artículo 28 de la Ley 20.285 sobre transparencia y acceso a la información pública, luego de señalar que “*en contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante*”, establece una excepción a dicha regla al excluir la posibilidad de que los órganos de la Administración del Estado reclamen “*contra la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21*”, la que permite denegar la información solicitada cuando su revelación o comunicación puedan afectar el debido cumplimiento de las funciones del organismo a quien se pide la información.

y razonado de jurisprudencia sobre la materia, contribuyendo así a la predictibilidad de sus decisiones, cuestión especialmente importante tratándose de la aplicación de un cuerpo legal en el que abundan conceptos jurídicos indeterminados que requieren de un esfuerzo especial para el progresivo perfilamiento de una comprensión cada vez más cierta y unívoca. Los principios inspiradores de la ley y que sirven para interpretarla y aplicarla, contenidos en el artículo 11º, así como muy especialmente las causales de reserva del artículo 21 –“debido cumplimiento de las funciones de un órgano”, los “derechos” de terceros, distintos de los meros intereses, o los conceptos esencialmente dinámicos e indeterminados relativos a la seguridad de la Nación e interés nacional–, son ejemplos de conceptos jurídicos de cierta indeterminación que, para la solución de controversias en un estado de derecho, requieren de un esfuerzo sistemático de interpretación coherente y debidamente fundada. Este objetivo, nos parece, se sirve mejor cuando, al menos en la primera instancia, la resolución recae en un órgano único y especializado en la materia.

En segundo término, un órgano especializado, al que no se requiere recurrir por intermedio de abogado, que debe fallar en breves plazos y bajo procedimientos que buscan prescindir de formalidades no esenciales está, al menos en principio, mejor preparado para optimizar la concreción de tres objetivos primordiales de la ley, elevados a la categoría de principios en su artículo 11º: la gratuidad, la facilitación y la oportunidad.

b) En cuanto al sistema de recursos frente a las decisiones del Consejo.

Esta es una materia controvertida, pero esencial. Conlleva la búsqueda del equilibrio adecuado entre la revisión judicial de las decisiones del Consejo, por un lado, y la prevención del riesgo de que los recursos interpuestos supongan una dilación excesiva en el acceso efectivo a la información solicitada, frustrando el sentido mismo de la ley. En efecto, el derecho de acceso debe materializarse con prontitud para asegurar su eficacia y sentido. Se trata de un derecho asociado al control social, a la participación ciudadana, un derecho instrumental al servicio de otros derechos. Y cuando se generan controversias relacionadas al acceso a la información, suele surgir un litigio desigual entre un Estado que niega información y que mediante la interposición de recursos consigue, al menos, dilatar su entrega, y un solicitante que, en la medida en que el conflicto escale en tribunales, ve diluida la expectativa de un acceso fácil, oportuno y

gratuito a la información pedida⁶. Es más, es posible argumentar que la sola expectativa y riesgo de tener que litigar por años con un Estado reticente a informar supone un desincentivo significativo al uso de los mecanismos contemplados en la ley 20.285 y reduce, de facto y gravemente, el virtuoso efecto disciplinador y preventivo de la transparencia en la función pública.

En relación al sistema de recursos, la opción de la ley 20.285 quedó a medio camino entre el régimen de recurso amplio, contemplado, por ejemplo, en la reforma de 1999 a la Ley de Bases de la Administración del Estado mediante su artículo 11 ter, y el modelo utilizado por la ley mexicana que niega absolutamente a los órganos de la administración del Estado la posibilidad de reclamar ante los tribunales federales las decisiones adoptadas por el IFAI.

En Chile, en consecuencia, la ley vigente concede recurso para reclamar ante la Corte de Apelaciones en las siguientes hipótesis:

- a) Por todo solicitante de información disconforme con la decisión del Consejo que rechace total o parcialmente el amparo deducido.
- b) Por el tercero que se hubiese opuesto en tiempo y forma a la revelación de información que pudiese afectar sus derechos, cuando el Consejo hubiese consentido en la entrega de dicha información desechando dicha oposición.
- c) Por los órganos de la administración que impugnen decisiones del Consejo, pero solamente en los casos en que dicho órgano rechace la invocación de las causales contenidas en el artículo 21 N° 3 y 4°, relativas a la seguridad de la Nación y al interés nacional; o en el numeral 5 del mismo artículo, referido a reserva dispuesta por ley de quórum calificado. En efecto, importa destacar que, de acuerdo al inciso segundo del artículo 28 de la ley, *“los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del*

⁶ En estricto rigor, los recursos ante la Corte de Apelaciones no son la única manera de impugnar decisiones del Consejo para la Transparencia. No son escasos los ejemplos en que se han interpuesto recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de casos en que se ha producido la respectiva reclamación ante la Corte. A ello se suman los “recursos” de queja con que se busca impugnar ante la Corte Suprema las decisiones de las Cortes de Apelaciones. En los hechos, por tanto, un organismo del Estado dispuesto a interponer todos los recursos legales y constitucionales disponibles para impugnar decisiones del Consejo habrá obtenido, al menos, la postergación de la entrega de la información por plazos superiores a dos años.

Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”.

El reconocimiento de que el régimen de recursos debe limitarse para no hacer ilusorio el derecho de acceso a la información se concreta, además, en la norma según la cual de lo resuelto por las Cortes de Apelaciones no procederá recurso alguno (Art. 30, ley 20.285)⁷. A mayo de 2010, las diversas Cortes habían rechazado en un 84% las reclamaciones de ilegalidad contra lo resuelto por el Consejo para la Transparencia⁸.

Al momento de escribirse estas líneas, se tramita en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica la Ley 20.285. En el marco de esta revisión legislativa, el Ejecutivo presentó ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados una indicación para eliminar el inciso segundo del artículo 28 arriba transcrito, la que optó por retirar en la sesión del día martes 12 de junio de 2012.

El asunto no es menor. Y aunque la eliminación de ese inciso, y la subsecuente apertura del recurso de reclamación para discutir en las Cortes la pertinencia de invocar la causal del artículo 21 N° 1, puede verse como una restitución del debido proceso que elimina restricciones a la revisión judicial de las decisiones del Consejo para la Transparencia, una reforma de tal tipo no sería inocua respecto de algunos principios inspiradores de la legislación de acceso y transparencia. Debe tenerse a la vista que la causal del numeral 1 del artículo 21 es, con largueza, la más invocada por la administración para rechazar las solicitudes de acceso a la información. Es, por lo demás, aquella de mayor indeterminación potencial respecto a su sentido y alcance concreto, puesto que necesariamente atiende a las particularidades de cada servicio. La laxitud de su perímetro conceptual contribuye a que sea la más utilizada por la Administración. Por lo mismo, resulta especialmente necesario tender a la unificación de la jurisprudencia que la interprete. Por cierto, la unificación de la jurisprudencia en torno a que debe entenderse por afectación al debido cumplimiento de la funciones

⁷ Pese a la norma legal aludida, ya son varios los recursos o acciones de queja disciplinaria interpuestos, preferentemente, por organismos públicos, contra las decisiones del tribunal de alzada, por lo que en los hechos, el acceso final a la información solicitada habrá requerido, en caso de concederse finalmente, de largos años de batallas judiciales. Para entonces, no es raro que la información solicitada carezca de relevante, vigencia o utilidad para el solicitante.

⁸ Informe de Gestión, mayo 2012, Consejo para la Transparencia.

de un órgano público se logra mejor cuando los casos en que tal causal se invoca son resueltos por el mismo órgano. Parece ingenuo esperar que la necesaria predictibilidad, coherencia y consistencia de las decisiones se consiga bajo un esquema en que la palabra final la tienen, eventualmente, cada una de las 17 Cortes de Apelaciones del país y sus numerosas salas de integración variable.

Cierto es que puede buscarse, como de hecho se ha planteado en el actual debate parlamentario relativo a la reforma de la ley 20.285, la unificación de la jurisprudencia mediante un recurso especial ante la Corte Suprema. Con todo, y en relación a la causal del N° 1 del artículo 21, no parece consistente con los principios de facilitación, oportunidad y gratuidad que contempla la ley, forzar a las personas a litigar contra los órganos reticentes a conceder acceso a la información en un largo proceso que incluya pasar por el Consejo para la Transparencia, la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema. Sostenemos, por tanto, que en el análisis de costos y beneficios sociales que supone expandir o restringir la interposición de recursos frente a las resoluciones del Consejo, se debe ponderar preferentemente el costo que supone prolongar el contencioso en sede judicial en perjuicio de quienes buscan acceder a información que, muchas veces, deviene en inútil si se entrega con tardanza. Debe tenerse presente que ese contencioso es desigual y su prolongación agudiza la asimetría. En efecto, el solicitante de acceso se enfrenta a organismos que cuentan con recursos para defenderse en tribunales y que, dado el natural e incuestionable efecto suspensivo de los recursos, se ven favorecidos con la dilación. Más aún, y como ya insinuáramos, nada es más disuasivo para quienes evalúen requerir acceso a información, que la certeza de enfrentar un proceso largo y costoso para intentar doblegar el rechazo inicial. El paso del tiempo corre en contra de la transparencia y reduce no sólo el incentivo a buscar información, sino que la utilidad y vigencia de la información a la que finalmente se acceda.

Finalmente, si todos los casos que conoce el Consejo fueran revisables por las Cortes, el valor público de la institución en el ámbito contencioso se debilitaría sustancialmente. En tal caso, y paradójicamente, incluso resultaría mejor para las personas que buscan acceso rápido a la información requerida no tener que “perder tiempo” ante el Consejo, toda vez que forzosamente los órganos que niegan información interpondrán recursos ante los tribunales.

III. MÁS ALLÁ DE LA RESOLUCIÓN DE AMPAROS

Si bien la función jurisdiccional es, probablemente, la que más justifica la creación de un órgano autónomo como el Consejo, esta no es la única función que la ley le otorga. En efecto, al Consejo le corresponde, además, desempeñar las demás responsabilidades que le asigna el artículo 33 de la ley 20.285. El listado es largo, y aunque no sea elegante reproducir un texto legal extenso, parece conveniente aprovechar la precisión del legislador para describir el amplio espectro de atribuciones que se le han otorgado al Consejo. Estas funciones no son propias de un órgano meramente jurisdiccional ni resulta razonable que sean ejercidas por autoridades dependientes del poder político. Son, por ende, potestades o facultades que naturalmente deben recaer en una agencia o corporación autónoma. Estas funciones son, por eso mismo, la segunda gran razón para justificar la creación de un órgano como el Consejo para la Transparencia.

Dice el artículo 33:

“El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.*
- b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.*
- c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.*
- d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a estos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.*
- e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.*
- f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.*

g) Realizar, directamente o a través de terceros, actividades de capacitación de funcionarios públicos en materias de transparencia y acceso a la información.

h) Realizar actividades de difusión e información al público, sobre las materias de su competencia.

i) Efectuar estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y sobre el cumplimiento de esta ley.

j) Velar por la debida reserva de los datos e informaciones que conforme a la Constitución y a la ley tengan carácter secreto o reservado.

k) Colaborar con y recibir cooperación de órganos públicos y personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, en el ámbito de su competencia.

l) Celebrar los demás actos y contratos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la ley Nº 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

La revisión del artículo permite inferir una hoja de ruta institucional ambiciosa y, en varios aspectos, aún parcialmente abordada y cumplida. La ley exige al Consejo que fiscalice las obligaciones de transparencia activa y pasiva; que resuelva el contencioso por denegaciones de acceso; que promueva la transparencia, capacitando funcionarios e informando al público, y que desarrolle estudios y estadísticas. Pero la ley le exige, además, al Consejo que vele por la reserva y el secreto cuando en derecho corresponda con el mismo celo con que debe promover la transparencia.

En una norma que insinúa más de lo que faculta, la ley impone al Consejo la tarea de velar por la protección de datos personales por parte de los órganos de la Administración. Un mayor desarrollo de ese deber se contiene en el proyecto de ley que reforma radicalmente la ley Nº 19.628 y que actualmente se tramita en la Cámara de Diputados.

Finalmente, la ley faculta al Consejo para recomendar al Presidente de la República y al Congreso Nacional la adopción de reformas normativas para perfeccionar la transparencia y el acceso a información. En esta disposición, se reconoce tácitamente la expectativa del legislador en transformar al Consejo en referente principal de la evolución de la política pública sobre

la materia. El Consejo no ha eludido esa responsabilidad y ha puesto en conocimiento de las aludidas autoridades su visión y propuesta sobre reformas a las normas vigentes. De hecho, la reforma a la ley N° 20.285 que actualmente se tramita nace de una propuesta del Consejo presentada a un conjunto transversal de parlamentarios. Frecuentes han sido, por ejemplo, los planteamientos del Consejo en torno a la necesidad imperiosa de regular la gestión de archivos y custodia de documentos físicos y electrónicos.

En suma, el Consejo tiene mucho por hacer en un ámbito de crucial importancia para la calidad de la democracia en Chile. El cumplimiento de esa agenda republicana dependerá de los recursos disponibles y del compromiso y lucidez de sus integrantes. Confiamos en que no faltará ni lo uno ni lo otro.

NORMAS CITADAS:

Ley No. 20.285, Sobre transparencia y acceso a la información pública.

LA LEY DE TRANSPARENCIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y SU APLICABILIDAD A LA EMPRESA PÚBLICA

TRANSPARENCY LAW AND ITS APPLICABILITY TO PUBLIC ENTERPRISES

JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza el principio de transparencia y su aplicación a las empresas del Estado, de acuerdo a la jurisprudencia del TC.

Palabras claves: Transparencia. Empresas del Estado. Decisiones del Tribunal Constitucional.

Abstract: In this article the principle of transparency is analyzed in its application to the State Enterprises according to the jurisprudence of the Constitutional Court.

Key words: Transparency. State Enterprises. Decisions of the Constitutional Court.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Con fecha 20 de agosto de 2008 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, cuyo objetivo según se precisa en el artículo primero de la misma, es la de *regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información*.

En el presente artículo, abordaremos la historia o antecedentes de la tramitación legislativa, a fin de comprender cuál fue la intención original del legislador y cuál su derrotero final. En síntesis, advertir que no existía acuerdo de someter al régimen de transparencia a las empresas del Estado ni a las sociedades de economía mixta. Continuar con el análisis de las obligaciones impuestas tanto por la ley aprobada y publicada a esos entes públicos y semipúblicos, así como por las disposiciones reglamentarias adoptadas por el Consejo para la Transparencia. Finalmente, conocer el criterio del Tribunal Constitucional ante requerimientos de inaplicabilidad, acerca de la conformidad de determinados preceptos de la ley al texto de la Constitución, así como los ulteriores desarrollos legislativos tendientes a solucionar las dificultades que ha presentado su aplicación en la práctica.

I. HISTORIA Y ANTECEDENTES DE LA INICIATIVA LEGAL SOBRE TRANSPARENCIA

Esta ley inició su tramitación por moción de los senadores Jaime Gazmuri y Hernán Larraín, presentada con fecha 04 de enero, 2005, Boletín N° 3.773-06. Se fundamentaba en los siguientes términos: *“El derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la administración del estado y de la documentación que sustenta tales actos, es un tema relativamente nuevo en nuestro país”*.

La moción en comento señalaba que este proyecto de ley *“se inserta en el proceso originado a instancias de la Comisión de Ética Pública formada durante el gobierno del presidente Frei Ruiz-Tagle, en 1994”*, la cual propuso, entre otras medidas, legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información de la Administración Pública.

Cabe recordar que, como consecuencia de aquella proposición, se dictó en 1999 la Ley N° 19.653 de Probidad, que se inserta en la Ley N° 18.575, Orgánica

Constitucional de Bases de la Administración del Estado, incorporando los principios de transparencia y publicidad y un procedimiento judicial tendiente a hacer efectivo el acceso a las informaciones que se encuentren en poder de la Administración del Estado. La Ley de Probidad contiene dos artículos que fueron agregados a la Ley 18.575, como artículo 11 bis y 11 ter, los cuales regulaban, entre otros aspectos: la publicidad de los actos administrativos; el mecanismo para solicitar información; las causales de denegación de entrega de documentos o antecedentes; la oposición de terceros a que dicha información sea entregada, y establece, por último, un mecanismo judicial de amparo a favor del requirente cuya petición no ha sido satisfecha.

En el mismo sentido, se debe destacar la Ley 19.880, de 29 de mayo de 2003, que establece las bases de los procedimientos administrativos de los órganos del Estado y que complementa la ley 19.653, específicamente en lo que se refiere a la publicidad y transparencia en la tramitación de los actos administrativos.

Si bien no lo señala la moción de los senadores, esta referencia está contenida en el inciso primero del artículo 16 de la Ley 19.880 que consagra el principio de transparencia y de publicidad, rezando dicha norma: *“El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”*.

Ahora bien, cabe señalar que este proyecto de ley buscó regular parte del derecho a la información, y específicamente el referido al acceso de la información de la Administración del Estado.

A la luz de los antecedentes relativos a la tramitación del proyecto de ley sobre transparencia de la función pública, es claro que en sus orígenes no contemplaba la incorporación de las empresas públicas creadas por ley, ni de aquellas sociedades del Estado o en las que este tuviese participación accionaria mayoritaria. El proyecto de ley, básicamente, incorporaba modificaciones a las leyes 18.575, 18.918, Orgánicas Constitucionales de Bases Generales de la Administración del Estado y del Congreso Nacional, respectivamente, y 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo.

Luego de aprobada la idea de legislar, la presidenta Bachelet presentó una indicación sustitutiva total del proyecto, agregando un nuevo artículo que pasó en el Segundo Trámite Constitucional a ser el quinto y, luego, en el Tercer Trámite, la Comisión Mixta trasladó las materias consultadas en ese nuevo artículo al artículo décimo.

Los representantes del Ejecutivo, durante la discusión del proyecto en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, hicieron presente que las empresas públicas y sociedades estatales no podían quedar sujetas al proyecto en cuestión, sin perjuicio que se incorporarían en otra iniciativa legal.

Una de las razones esgrimidas para tal afirmación, se centraba en el hecho que esas empresas se regían por las normas aplicables a los particulares, al derecho común, de modo que su inclusión en el referido proyecto de ley afectaría a su respecto la garantía de igualdad ante la ley en el ámbito de la competencia económica y comercial.

El alcance de este texto del proyecto de ley, a los órganos de la Administración del Estado y los otros poderes públicos, era concordante con la disposición que definía o limitaba el contenido de la información a la que tendrían derecho a acceder los particulares: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que estos se contengan, y los procedimientos que se utilicen en su elaboración o dictación. Dicha publicidad también regirá para la actividad del Congreso Nacional y de los Tribunales de Justicia, incluidos los órganos administrativos que colaboran con ellos”*.

En efecto, durante el segundo trámite constitucional, los representantes del Ejecutivo que participaron en el proceso legislativo, señalaron que *“la propuesta del Gobierno era que esta ley se aplicara a los órganos de la Administración del Estado y no extenderla, como lo proponía esta indicación y las siguientes, a otros órganos constitucionales autónomos y a empresas que no forman parte de dicha Administración”*. Aquellos recordaron que el artículo 8° de la Constitución estaba concebido en términos amplios, por lo que no se trataba de impedir la transparencia o acceso a la información emanada de órganos autónomos, sino que se quería tratar dicha materia en la ley propia de tales órganos.

Hicieron presente, además, que la indicación sustitutiva creaba un organismo que debería velar por la aplicación de estas disposiciones, para lo cual se lo proveía de facultades sancionatorias, las que no podría aplicarse a entes autónomos como los nombrados. No se trataba entonces de una discrepancia de principios, sino que de técnica legislativa.

Más aún, tales representantes recordaron que ya se había votado a favor de la idea de que el ámbito de aplicación de esta ley se circunscribiera sólo a los órganos de la Administración del Estado y que, de acuerdo al artículo 1° de

la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, integran dicha Administración exclusivamente las empresas públicas creadas por ley y no aquellas en que el Estado tiene participación.

Especial preocupación generó en la Comisión de Hacienda la normativa a propósito de las empresas del Estado. Consta en la discusión en esa instancia que el subsecretario de Interior de la época señaló que el proyecto de ley contenía una norma expresa en relación a dichas empresas, por lo que las obligaciones de estas en la materia están expresamente señaladas allí. Agregó que, en todo caso, estas empresas deben recibir el mismo trato que las privadas en materia de transparencia activa.

En el tercer trámite constitucional, el Ministro Secretario General de la Presidencia expresaba lo siguiente:

“De otro lado, lo concerniente a las empresas públicas se halla contemplado en el artículo 5°. Fue uno de los puntos más discutidos. Y quiero decirles tanto al senador Ominami como al senador Prokurica que parte de sus inquietudes están resueltas en dicho precepto. Porque se establece que las empresas públicas deberán tener una transparencia activa, exactamente igual a lo que hace la FECU en cuanto a las empresas privadas. O sea, así como un ciudadano tiene derecho a saber cuánto se gana en Chilevisión, cuánto se invierte, en fin, lo propio ocurrirá con respecto a Televisión Nacional. Ni un punto menos, ni un punto más. Tanta transparencia para el canal privado como para el público. Tanto para el banco estatal como para el banco privado. Es decir, hay una equiparación exactamente entre ambos ámbitos.

Otra cosa son las facultades fiscalizadoras. Pero ellas tienen que ver con la Ley Orgánica del Congreso Nacional, no con el estatuto sobre acceso a la información pública.

De otro lado, conforme a la filosofía del Estado empresario de la Constitución vigente, la empresa pública debe ser tratada, salvo que la ley diga otra cosa, como si fuera privada y tiene que regirse por la Ley de Sociedades Anónimas. En consecuencia, sería injusto pedir a la empresa pública mayor transparencia que a la empresa privada, con la cual debe competir. ¿Por qué va a ser más transparente la información de CODELCO, que tiene que competir en el mercado con la empresa minera privada?”.

Finalmente, según consta del Informe de la Comisión Mixta, esta incluyó un artículo Décimo que incluye a las empresas públicas creadas por ley entre los organismos que deben observar el principio de transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado.

Alefecto, este nuevo artículo décimo dispuso que dichas empresas, incluidas las de propiedad del Estado y las sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, se rigen por el principio de transparencia consagrado en el artículo 8º de la Constitución Política. A continuación, en un nuevo inciso, el precepto dispone que en virtud del principio de la transparencia, estas entidades mantendrán a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, antecedentes actualizados, tales como su marco normativo, su estructura interna, sus funciones, sus estados financieros y memorias anuales, sus filiales y demás entidades en que tengan participación, la composición de sus directorios e información de su personal y las remuneraciones de los funcionarios superiores responsables de su dirección y administración.

Finalmente, el precepto estableció que estas empresas, cualesquiera fueran sus estatutos, estaban obligadas a proporcionar a la Superintendencia de Valores y Seguros o a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma obligación que pesa sobre las sociedades anónimas abiertas, y que en caso de incumplimiento, los directores responsables incurrirán en la sanción que la misma norma indica.

Respecto de la inclusión que hace el inciso tercero del artículo 2º de la Ley, de las empresas públicas y estatales y especialmente de las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, se debe tener presente que el mismo precepto legal advierte que sólo se aplicarán a su respecto las disposiciones de esta ley que expresamente esta señale, es decir, el artículo décimo (literal).

El Tribunal Constitucional, durante el trámite de control de constitucionalidad de la ley, omitió pronunciarse y declarar constitucionales las disposiciones referidas a las sociedades del Estado o en las que el Estado tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. En todo caso, declara constitucional el artículo Décimo sólo en cuanto se refiere a las empresas públicas creadas por ley.

De acuerdo a lo anterior, la única norma expresa de la Ley N° 20.285 que se aplicaría a tales entes públicos, es el artículo Décimo, cuyo tenor es el siguiente:

“ARTÍCULO DÉCIMO. El principio de la transparencia de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución Política y en los artículos 3º y 4º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado es aplicable a las empresas

públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar sujetas a las regulaciones de otras leyes.

En virtud de dicho principio, las empresas mencionadas en el inciso anterior deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes debidamente actualizados:

- a) El marco normativo que les sea aplicable.*
- b) Su estructura orgánica u organización interna.*
- c) Las funciones y competencias de cada una de sus unidades u órganos internos.*
- d) Sus estados financieros y memorias anuales.*
- e) Sus filiales o coligadas y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.*
- f) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa.*
- g) Información consolidada del personal.*
- h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa. La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.*

Las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046. En caso de incumplimiento, los directores

responsables de la empresa infractora serán sancionados con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quinientas unidades de fomento, aplicada por la respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas”.

II. OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LA LEY N° 20.285 A LAS EMPRESAS PÚBLICAS Y EMPRESAS DEL ESTADO

De acuerdo al artículo Décimo de la Ley, por disposición expresa del inciso tercero del artículo 2° de la misma, se exige a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado, la obligación de mantener a disposición permanente del público los antecedentes vigentes que se enuncian en el inciso segundo de aquel artículo, fundado en el principio constitucional y legal de transparencia de la función pública.

Como dispone el artículo 2° de la Ley N° 20.285, ella es aplicable en su totalidad a los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

No ocurre lo mismo que en el caso anterior, con la Contraloría General de la República y el Banco Central, así como tampoco con las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y las sociedades en que este tenga participación mayoritaria, a las que se le aplicarán sólo las disposiciones que esta ley expresamente señale.

Junto con indicar los antecedentes e información sociales que deben estar a disposición permanente del público, esta disposición establece un régimen especial relativo a la forma y modo en que debe cumplirse con la obligación, precisando que aquella debe incorporarse en los sitios de la web para facilitar el acceso del público.

De igual modo, el inciso final dispone el régimen de infracciones y sanciones propias que el incumplimiento de esa norma genera para sus destinatarios, de suerte que no resulta aplicable las disposiciones de la misma naturaleza contenidas en el Título VI de la ley sobre transparencia.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley, el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, con fecha 19 de enero de 2010, ha adoptado una

Instrucción General N° 5 sobre transparencia activa aplicable a las empresas públicas, empresas del Estado y sociedades del Estado.

En dicha Instrucción, se precisan las materias a informar y mantener a disposición del público a través de los sitios electrónicos de tales entes, tales como:

1. El marco normativo aplicable: deberán publicarse las leyes, reglamentos y/o estatutos a través de los cuales se creó la empresa o sociedad y, también, las demás normas que les atribuyan responsabilidades, funciones, tareas o definan su objeto social específico.
2. La estructura orgánica u organización interna deberá ser presentada mediante un organigrama o esquema en el que se indicarán, con claridad, todas las unidades u órganos internos que forman parte de la estructura de la empresa, cualquiera sea la denominación que tengan (por ejemplo: directorio, presidencia ejecutiva, vicepresidencias, gerencias, direcciones, subgerencias, subdirecciones, etcétera).
3. Los estados financieros, con indicación del año al que correspondan, a través de un link al texto íntegro de los siguientes documentos: el balance general, el estado de resultados, el estado de flujo de efectivo, las notas explicativas y otros anexos complementarios que formen parte integrante de los estados financieros o, en caso que hayan adoptado las Normas Internacionales de Información Financiera (IFRS), los documentos que los reemplacen. Además, como buena práctica, podrán incluirse estados financieros que se refieran a períodos inferiores al año, cuadros suplementarios y cualquier otra información basada en tales estados financieros que sea conveniente tener a la vista para comprender el sentido y alcance de estos.
4. Sus filiales o coligadas y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.
5. Las empresas deberán publicar la siguiente información: nombre comercial o razón social y R.U.T. de la sociedad filial o coligada o entidad en la que participa, tipo de vínculo (filial, coligada, participación, representación o intervención), su fecha de inicio y término, su descripción y link al texto de la norma o convenio que lo justifica. Se entenderán por sociedades “filiales” y “coligadas” las definidas en los artículos 86 y 87 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas.

6. La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa. En este caso, las empresas deberán informar el nombre de los miembros que componen el directorio como, también, el nombre de los responsables de la gestión y administración de la empresa. Se entenderá por “gestión de la empresa” las actividades que constituyen el giro propio de esta y por “administración de la empresa” las actividades que le sirven de apoyo o soporte instrumental a ese giro propio (por ejemplo, en materias administrativas o jurídicas), independientemente del nombre que se asigne al cargo que las sirva.

7. Información consolidada del personal y la remuneración total percibida por el personal de la empresa, de forma global y consolidada. En este literal, se deberá informar el número total de trabajadores, diferenciados por lugar de desempeño si existiera más de uno, y el número específico que se desempeña en cada unidad u órgano interno de la empresa consignados en el organigrama. En cuanto a la remuneración del personal de la empresa, deberá informarse la remuneración total bruta percibida por todos los trabajadores.

8. Toda remuneración percibida en el año por cada director, presidente ejecutivo o vicepresidente ejecutivo y gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. La información relativa a la remuneración deberá contenerse en forma bruta y por anualidades, considerando todo tipo de estipendio que conceda la empresa en virtud del cargo u otra causa, respecto de cada director, presidente ejecutivo o vicepresidente ejecutivo y gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa.

III. ANÁLISIS DE LA EXIGENCIA LEGAL DE PUBLICIDAD DE ANTECEDENTES PERSONALES

En razón de la diversa naturaleza jurídica y administrativa de los entes a que se refiere el artículo Décimo, esto es, órganos administrativos propiamente tales y servicios públicos por un lado, y, por el otro, entes económicos y comerciales, todo lo cual genera por su parte responsabilidades de distinto orden, justifica y explica que no sólo las normas del Título VI, sino todas las anteriores, del resto de los Títulos le sean inaplicables.

Lo anterior da cuenta del hecho que, originalmente, el proyecto de ley no consultaba o comprendía a las empresas públicas creadas por ley ni del Estado, pues para el Ejecutivo, ellas serían objeto de una regulación diferente, en otro cuerpo legal. Su incorporación posterior por vía de una indicación sustitutiva del Ejecutivo, explica también la forma de la actual norma vigente, que trata en disposiciones autónomas que no están dentro del cuerpo de la ley contenida en el artículo primero sobre transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, lo relativo a aquellos órganos que o bien no forman parte de la Administración del Estado, como los otros poderes o, bien, cuya autonomía o naturaleza jurídica le dan una característica distinta de aquellos, como es precisamente el caso de las empresas.

De acuerdo a lo precedentemente señalado, entonces, es posible deducir y afirmar que las disposiciones legales que se comprenden en el texto aprobado en el artículo primero de la Ley N° 20.285, se refieren a los órganos administrativos o político-administrativos que configuran la Administración del Estado y que cumplen una función pública, en los términos en que en capítulo anterior se explica ella en este mismo informe en derecho. En contraste con lo anterior, las disposiciones de los artículos Segundo a Undécimo se refieren en general a instituciones autónomas o descentralizadas del Estado, que cuentan además con sus propias disposiciones orgánicas.

Teniendo presente lo anteriormente expuesto, el incumplimiento de la obligación de informar en las condiciones exigidas por este precepto legal, se sujeta a la supervigilancia y aplicación de sanciones de parte de la Superintendencia respectiva de conformidad con las atribuciones y procedimiento establecido en sus leyes orgánicas.

Por lo señalado, es necesario afirmar que estas empresas no están sujetas a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia, regulado en el Título V de la Ley. No podría serlo, además, por las mismas razones argumentadas anteriormente, pues se trata de un órgano autónomo que tiene por objeto promover la transparencia de la función pública que realizan los órganos de la Administración del Estado indicados en el inciso primero del artículo 2 de la Ley.

Finalmente, es preciso referirse a la disposición de la letra h) del artículo Décimo, que establece la obligación para los directores, presidentes o vicepresidentes ejecutivos y gerentes responsables de la administración

y dirección superior de las referidas empresas, de hacer públicas todas sus remuneraciones percibidas en el año, inclusive las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo conferidas por otras empresas o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y todo otro estipendio; también debe hacerse público en forma global y consolidada la remuneración percibida por el personal. Se establece que esta información debe exhibirse en los sitios web en forma completa y de modo que permita su fácil identificación y acceso.

Sobre el particular cabe señalar que esta exigencia legal de publicitar información como la señalada, que deriva del derecho a la información desarrollado en los Estados democráticos de derecho, en virtud del principio constitucional de la transparencia y publicidad de los actos públicos, tiene como contrapartida los derechos a la intimidad, de la vida privada, la privacidad de la correspondencia, que no sólo se garantiza constitucionalmente por la vía de su reconocimiento y positivización (artículos 19 N° 4 y 5 de la CPR), sino, además, por la vía legal, a través de normas legales protectoras de la vida privada y de los datos de carácter personal (Ley N° 19.628 o artículo 5° del Código del Trabajo). Esto significa que tales obligaciones se encuentran limitadas por el respeto de determinados derechos fundamentales. La vulneración y el conflicto de derechos fundamentales quedan entregados al control jurisdiccional difuso o concentrado de constitucionalidad, ya sea a través de las acciones de protección o amparo, así como de inaplicabilidad en el caso concreto, de modo que cualquier conflicto de derechos debe ser resuelto jurisdiccionalmente.

Cabe advertir, además, que la obligación establecida en la letra h) del artículo Décimo de la Ley no guarda relación con los antecedentes dispuestos en las letras anteriores. En efecto, todas estas se refieren a aspectos e información corporativos de las empresas, tales como: estructura orgánica, funciones, estados financieros, filiales, composición de directorios, información general del personal, lo que resulta concordante con el objeto mismo de la ley, es decir, hacer transparente la función pública y permitir el acceso a la información de los órganos del Estado. La exigencia de la letra h), por el contrario, pretende que se haga pública información sobre datos personales o privados de quienes detentan cargos directivos o ejecutivos de dichas empresas, obligando a que tal información se incorpore y circule libremente a través de la web.

Al respecto, se estima que este precepto legal no sólo contraría los límites que la propia Constitución establece en el capítulo de Bases de la Institucionalidad, tanto a la consecución del bien común como al ejercicio

de la soberanía, sino, además, transgrede garantías constitucionales y legales a los derechos fundamentales, tales como el reconocimiento de los derechos sobre protección de la vida privada, los límites a la reserva legal para determinar el contenido esencial de los derechos, consagrado en el artículo 19 N° 26 de la CPR, impidiendo que el legislador pueda establecer requisitos o condiciones que hagan imposible su ejercicio. Asimismo, contradice tal disposición la garantía de la Ley N° 19.628 sobre protección de la vida privada y de datos de carácter personal, es decir, de aquellos concernientes a personas naturales, identificadas o identificables. Esta disposición legal establece, por una parte, un procedimiento de amparo de datos o habeas data, que conocerá el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable de administrar la base de datos y, por otra parte, hace procedente la indemnización por el daño patrimonial y moral al organismo público responsable de los datos.

Si bien es cierto que se ha afirmado precedentemente, que las disposiciones del artículo Primero de la Ley de Transparencia de la Función Pública no resultan aplicables a las empresas públicas o del Estado, por lo que la disposición del artículo 21 relativa a las causales de secreto o reserva que autorizan a denegar el acceso a la información, tampoco sería aplicable, sin embargo, un criterio de interpretación extensiva, permitiría sostener que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición y, en consecuencia, ampararse en ello para denegar la entrega de datos personales o sensibles que puedan afectar la vida privada e intimidad de las personas, como aquellos que establece la letra h) del artículo Décimo.

Asimismo, cabe tener presente que tal precepto legal puede ser objeto de un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, de acuerdo al artículo 93 N° 6° de la CPR, por resultar contrario a esta su aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. También, de acuerdo al numeral 7° de la misma disposición constitucional, dicho precepto legal puede ser declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional una vez que haya sido declarado inaplicable, lo que importa su derogación con efecto erga omnes.

Es preciso advertir que la declaración de constitucionalidad del artículo Décimo de la Ley N° 20.285 por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 11 de julio de 2008, *“sólo en cuanto se refiere a las empresas públicas creadas por ley”*, no impide que a posteriori se pueda recurrir de inaplicabilidad ante el referido órgano jurisdiccional, respecto del mismo precepto, cuando este resulte contrario a la Constitución en su aplicación en cualquier gestión judicial a un

caso concreto², como es el requisito que se hace exigible para su interposición desde la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, criterio confirmado por la propia jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional³.

Finalmente, también resulta pertinente responder a la cuestión sobre los efectos del incumplimiento de publicación de la información que dispone la letra h) del artículo Décimo.

De acuerdo al inciso final del artículo Décimo, el cumplimiento de la obligación dispuesta por el literal en análisis debe realizarse mediante la entrega de la información ante la Superintendencia de Valores y Seguros o la Superintendencia respectiva. La misma disposición establece que será la respectiva Superintendencia la que sancione a la empresa que no proporcione la información requerida legalmente, aplicando a los directores responsables de ella una multa a beneficio fiscal, de acuerdo a sus atribuciones y procedimientos legales.

Importa destacar o advertir que del tenor de esta última disposición en comento, se puede interpretar literalmente que las empresas se encuentran obligadas a entregar la misma información que se les exige a las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la Ley N° 18.046, de suerte que, respecto del incumplimiento de la letra h), cuyo contenido no está comprendido en esa última norma legal, no procede sanción alguna.

IV. REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

El año 2010, se interpusieron sendos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por parte de dos ejecutivos de TVN respecto del Art. 10 Inc. 2 letra h, de la ley 20.285 y por la propia empresa pública señalada, respecto del Art. 10 Inc. 2 letra h y por el Art. 33 letra b, de la ley antes citada. Se argumentaba que la aplicación de los referidos preceptos afectaba los derechos a la vida privada, consagrado en el artículo 19 N° 4

²Navarro Beltrán, Enrique (2006). *Inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, N° 10, pág. 51 y ss.

³Ver sentencias del Tribunal Constitucional, roles n°s 503, 632, 546, 480, 536, todas del año 2006.

y a desarrollar una actividad económica del artículo 19 N° 21, ambos de la Constitución Política.

Los requirentes pretendían que se declararan inaplicables los preceptos legales antes señalados, referentes a la obligación de transparencia activa, específicamente sobre las remuneraciones de los responsables de la dirección y administración superior de las empresas, “pues implicaría la revelación de información confidencial” y sobre la facultad del Consejo para la Transparencia para resolver los reclamos que se presenten por la denegación de acceso a la información, cuando se trate de transparencia activa y, específicamente, las facultades del Consejo para tutelar a Televisión Nacional de Chile, infringiéndose el artículo 19, N° 2° y N° 21°, de la Constitución, en relación con el estatuto legal de las demás concesionarias de televisión abierta.

El Tribunal Constitucional resolvió con fecha 21 de junio de 2011 que “*el legislador estableció que es el Consejo para la Transparencia el órgano encargado de arbitrar cualquier conflicto que pudiera producirse entre las normas sobre acceso a la información pública y la protección de la privacidad (artículo 33, letra m), del artículo primero de la Ley N° 20.285), consagrando un recurso ante la Corte de Apelaciones respecto de sus resoluciones, como ha ocurrido en el caso de autos. Dicho Consejo tiene también el deber general de velar por el adecuado cumplimiento de la protección de los datos personales por parte del sector público y, además, debe en cada caso decidir si una petición de información pública puede ser denegada por lesionar los derechos de las personas*” (Considerando Vigésimosegundo). Asimismo, que “*la aplicación del artículo décimo de la Ley N° 20.285 permite dar publicidad al destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva. El conocimiento de tales remuneraciones y el de las que corresponden a los funcionarios del Estado presenta un innegable interés público. En el caso sub lite la publicidad de las remuneraciones de los requirentes se exige en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes*” (Considerando Vigésimocuarto).

El Tribunal se hizo cargo del argumento de uno de los requirentes, en cuanto a que el cumplimiento por parte de las empresas públicas de las normas de transparencia sería contradictorio con la norma constitucional que dispone que tales entes públicos deben someterse al derecho común aplicable a los particulares. Sobre este particular, el Tribunal resolvió lo siguiente, en consideración a que dicha norma establece que las empresas del Estado deben regirse por la legislación común, aplicable a los particulares. Sin embargo, la sentencia argumenta que ello no es óbice para que existan excepciones a esta regla general:

“QUINCUAGESIMOQUINTO. Que, como se ha señalado en el capítulo V de esta sentencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 19, N° 21°, de la Carta Fundamental y de lo previsto en su ley orgánica, Televisión Nacional de Chile, en tanto empresa pública, se rige por las normas de la legislación común aplicable a los particulares;

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que, sin embargo, el propio legislador, en estricta concordancia con lo señalado en el inciso segundo del artículo 19, N° 21°, de la Constitución Política, ha establecido una excepción y es que debe cumplir con ciertas normativas referidas al régimen de transparencia activa;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que tal excepción es absolutamente acotada, en cuanto no implica un sometimiento total y completo a la normativa legal de la materia, en los términos que señala el artículo décimo de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, el que fue además declarado como orgánico y constitucional “sólo en cuanto se aplica a las empresas públicas creadas por ley” (Rol N° 1051/2008). No implica un sometimiento total y completo a la normativa legal sobre transparencia”.

Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente tener presente el voto disidente del ministro Carmona, quien argumentó lo siguiente:

“Además, la Ley N° 20.285 es excepcionalmente aplicable a TVN. En primer lugar, porque esta se rige por su propio estatuto; y en lo no comprendido en él, se le aplican las normas de las sociedades anónimas abiertas. La legislación excepcional requiere que expresamente se extienda a ella (artículo 35, Ley N° 19.132). En segundo lugar, porque la propia Ley N° 20.285, en su artículo primero, artículo 2°, inciso tercero, señala que sus disposiciones se aplican a las empresas públicas creadas por ley sólo si “expresamente” así se señala. En tercer lugar, porque a TVN no se le aplica lo que se denomina transparencia pasiva, consagrada en los artículos 10 y siguientes del artículo primero de la Ley N° 20.285. Sólo se le aplica la transparencia activa. Pero no la general, establecida en el artículo 7° del artículo primero, sino la regulada en el artículo décimo de la Ley N° 20.285. Finalmente, porque del artículo décimo de dicha ley sólo son aplicables a TVN tres normas: los artículos 3° y 4° del artículo primero y el propio artículo décimo” (número 16 del voto disidente).

Finalmente agregó:

“27. Que la norma objetada pasa a llevar el artículo 19 N° 21° de la Constitución, en primer lugar, porque el Consejo para la Transparencia no tiene facultades sobre TVN;”, esta afirmación se sustenta en los siguientes argumentos:

“28. Que, en efecto, tanto el Estatuto de TVN (Ley N°19.132) como la Ley N° 20.285 establecen con claridad las normas por las cuales se rige dicha empresa.

En cuanto al Estatuto legal de TVN, este señala la regla general de que esta es una empresa que tiene “iguales derechos, obligaciones y limitaciones” que una concesionaria de servicio de televisión “constituida como persona jurídica de derecho privado” (artículo 2°).

De ahí que, en primer lugar, está “sujeta a las mismas normas financieras y tributarias que rigen para las sociedades anónimas abiertas”, sin que se le apliquen “las normas de régimen y administración económica que rigen a las empresas del Estado” (artículo 24). Ello lo reitera el artículo 35 de la ley, que señala que TVN “se regirá exclusivamente por las normas de esta ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa”.

En segundo lugar, no tiene ningún privilegio, pues no puede “comprometer el crédito público”; tampoco puede “obtener financiamientos, créditos, aportes, subsidios, fianzas o garantías del Estado”.

En tercer lugar, tampoco tiene cargas. Por eso, por una parte, no puede “ceder, vender, arrendar o proporcionar espacio televisivo gratuitamente ni a precios inferiores a los de mercado, como tampoco beneficiar indebidamente a terceros en la venta y contratación de publicidad o espacio televisivo o en la adquisición de bienes e insumos o en la contratación de servicios. Esta prohibición se extiende al Estado, sus organismos, entidades o empresas, sin excepción alguna” (artículo 25). Por la otra, el Gobierno no puede obligarla a “proporcionarle servicio alguno sin la debida compensación económica, la que será igual al costo que al Gobierno le demandaría obtener igual prestación de otra concesionaria de servicios de televisión” (artículo 28).

En cuarto lugar, la ley lista las materias de derecho público que se le aplican, como consecuencia de que son la excepción a la legislación común que rige a los canales de televisión. Por de pronto, esta empresa tiene un mandato de pluralismo y objetividad en toda su programación (artículo 3°). Enseguida, su administración está a cargo de un directorio (artículos 4° y 16). Asimismo, sus utilidades se traspasan a rentas generales de la Nación, como regla general (artículo 26). Además, su vinculación con el Presidente de la República es a través del Ministerio Secretaría General de Gobierno (artículo 32). También está sujeta al control de la Contraloría General de la República (artículo 34).

En cuanto a la Ley N° 20.285, ya se indicó que la aplicación de sus normas a las empresas públicas es excepcional. En primer lugar, porque requieren alusión expresa (artículo 2° del artículo primero). En segundo lugar, porque por mandato del artículo décimo, sólo se aplican los artículos 3° y 4° del artículo primero. En tercer lugar, porque no se les aplica la transparencia pasiva. En cuarto lugar, porque la transparencia activa tiene una regla especial, distinta a la establecida de modo general en el artículo 7° del artículo primero”.

No habiendo entonces el Art. 33 establecido expresamente su aplicación a la empresa TVN, no puede entonces entenderse que se aplican sus disposiciones, puesto que la aplicación de esta normativa, en razón del Art. 19 N° 21 de la Constitución, es excepcional y no puede extenderse más allá de las menciones expresas que se contengan en la ley, cuestión que no ocurriría con la normativa impugnada en estos autos”.

Este voto disidente da cuenta de los problemas de técnica legislativa aplicada en la ley que comentamos, con el resultado de dos textos legales diversos que llevan a confusión en su interpretación y aplicación.

En resumen, esta sentencia y su disidencia manifiestan perspectivas diversas acerca del Estado Empresario y la aplicabilidad o no de la Ley N° 20.285. Tal dualismo es básico para entender el rol del Consejo para la Transparencia, y allí nuevamente la sentencia y su disidencia dan cuenta de visiones contrapuestas. Tales visiones también se producen en la jurisprudencia judicial y administrativa sobre transparencia activa y pasiva; y la usual expansión competencial del Consejo.

V. PERFECCIONAMIENTO DE LA LEY SOBRE TRANSPARENCIA

Las diferentes interpretaciones que suscita este estatuto legal sobre transparencia tanto desde el punto de vista constitucional como legal y, por lo tanto, respecto del alcance de las normas aplicables a las empresas públicas y empresas y sociedades del Estado, no sólo a nivel del Tribunal Constitucional, sino del propio Consejo para la Transparencia, han llevado a que haya iniciado la tramitación de un proyecto de ley tendiente a perfeccionar y ciertamente a precisar diversos preceptos de la referida Ley N° 20.285. Es así como, actualmente, se encuentra en el Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, el Boletín N° 7686-07, que según se fundamenta, “la experiencia acumulada en más de dos años de vigencia de la Ley de Transparencia hace recomendable introducirle modificaciones que

perfeccionen las falencias o debilidades que se han podido detectar y, asimismo, refuercen la institucionalidad que regula el Consejo para la Transparencia, sin perjuicio de las medidas que proponga el Ejecutivo en las materias de ley que son de su iniciativa exclusiva”.

Los aspectos que considera este proyecto de ley son, fundamentalmente, los siguientes: elevar los niveles de información de transparencia activa; derecho de acceso y notificación de terceros; perfeccionamientos normativos en plazos de reserva o secreto; en materia de reclamos y amparos; perfeccionamientos normativos relativos al Consejo para la Transparencia y sus funciones; perfeccionamientos normativos relativos a las infracciones y sanciones establecidas en la ley de transparencia.

Respecto del primero de los aspectos que considera la modificación legal en trámite, esto es, elevar los niveles de transparencia activa, se propone: *“En relación a la información del personal de planta y el personal a contrata y a honorarios se deben considerar dos aspectos. Con miras a compatibilizar el reglamento con la ley, se debiese incorporar al personal sujeto al Código del Trabajo, que sólo está contemplado en el primero y, además, incorporar como obligatorio contener la información relativa a las autoridades que no son funcionarios públicos. En el tema de remuneraciones, se debiese especificar que la remuneración debe ser informada respecto de cada uno de los funcionarios y no mediante escalas de remuneraciones pues muchos funcionarios gozan de asignaciones especiales (por sobre el sueldo que le corresponde al grado) y obligan al ciudadano a hacer cálculos inexactos para tratar de determinar la remuneración. En el tema de las declaraciones de intereses y de patrimonio, por la relevancia de la información en ellas contenida respecto de las autoridades y funcionarios obligadas a otorgarlas, se estima conveniente establecer una obligación legal de transparencia activa”.*

Resulta evidente que, especialmente este aspecto de la iniciativa legal, tiene en vista el sometimiento de todos aquellos entes y órganos públicos que, por su grado de autonomía, se encuentran al margen del control de transparencia por parte del Consejo.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

A la luz de los antecedentes relativos a la tramitación del proyecto de ley sobre transparencia de la función pública, en sus orígenes no contemplaba la incorporación de las empresas públicas creadas por ley, ni de aquellas

sociedades del Estado o en las que este tuviese participación accionaria mayoritaria.

El proyecto de ley, básicamente, incorporaba modificaciones a las leyes 18.575, 18.918, Orgánicas Constitucionales de Bases Generales de la Administración del Estado y del Congreso Nacional, respectivamente, y 19.880 sobre Bases del Procedimiento Administrativo.

El Ejecutivo introdujo una indicación sustitutiva a la totalidad del proyecto de ley, incorporando un nuevo artículo por el que sometería a las empresas públicas creadas por ley, empresas del Estado y sociedades con participación mayoritaria del fisco a determinadas obligaciones relativas a la transparencia e información públicas.

Los representantes del Ejecutivo, durante la discusión del proyecto en el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, hicieron presente que las empresas públicas y sociedades estatales no podían quedar sujetas al proyecto en cuestión, sin perjuicio que se incorporarían en otra iniciativa legal. Una de las razones esgrimidas para tal afirmación, se centraba en el hecho que ellas se regían por las normas aplicables a los particulares, de modo que su inclusión en el referido proyecto de ley, afectaría a su respecto la garantía de igualdad ante la ley en el ámbito de la competencia económica y comercial.

Respecto de la inclusión que hace el inciso tercero del artículo 2° de la Ley, de las empresas públicas y estatales y especialmente de las sociedades en que el Estado tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, se debe tener presente que el mismo precepto legal advierte que sólo se aplicarán a su respecto las disposiciones de esta ley que expresamente esta señale.

De acuerdo a lo anterior, entonces, ninguna de las normas contenidas en la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado les son aplicables a dichas entidades. La única norma expresa de la Ley N° 20.285 que se aplica a las referidas entidades, es el artículo Décimo, por disposición del inciso tercero del artículo 2° de dicha norma legal.

El incumplimiento de las obligaciones que el artículo Décimo establece, se sanciona de acuerdo a las disposiciones del mismo artículo, de suerte que no resultan aplicables las normas del Título VI de la ley sobre transparencia. El incumplimiento de la obligación de informar en las condiciones exigidas

por este precepto legal se sujeta a la supervigilancia y aplicación de sanciones de parte de la Superintendencia respectiva de conformidad con las atribuciones y procedimiento establecido en sus leyes orgánicas.

Por lo señalado, es necesario afirmar que estas empresas no están sujetas a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia, regulado en el Título V de la Ley, pues se trata de un órgano autónomo que tiene por objeto promover la transparencia de la función pública que realizan los órganos de la Administración del Estado indicados en el inciso primero del artículo 2 de la Ley.

De acuerdo al texto del inciso final del artículo Décimo, las empresas se encuentran obligadas a entregar la misma información que se les exige a las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la Ley N° 18.046, de suerte que, respecto del incumplimiento de la letra h), cuyo contenido no está comprendido en esa última norma legal, no puede proceder sanción alguna. Esto resulta armónico tanto con el principio de igualdad ante la ley, no siendo justo que se impongan más cargas a este tipo de empresas, que las pueda poner en situación de desequilibrio ante la competencia económica y comercial, así como con el principio de que las empresas públicas se deben someter a la legislación común aplicable a los particulares, dada su constitución y naturaleza legal de sociedades anónimas.

Sólo la conclusión de la tramitación del proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.285, en actual tramitación legislativa, podría finalmente permitir una aplicación clara y concorde de sus disposiciones, superando las actuales dificultades que presenta, producto de la deficiencia en la técnica legislativa que afectó a dicho estatuto.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Navarro Beltrán, Enrique (2006). *Inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes*. Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, No.10, pág.51 y ss.

TERCERA REGLA DE ORO DEL DERECHO PÚBLICO¹

THIRD GOLDEN RULE IN PUBLIC LAW

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA²

Resumen: En el presente artículo, se analizan la importancia y antecedentes de una nueva regla de oro del Derecho Público como es el principio de transparencia.

Palabras claves: Principio de legalidad. Separación de funciones. Transparencia. Evolución histórica. Jurisprudencia.

Abstract: The present article analyzes the background and importance of the principle of transparency as the golden rule in public law.

Key words: Principle of legality. Separation of functions. Transparency. Historical evolution. Jurisprudence.

¹Versión escrita de las dos clases ofrecidas en el Diplomado sobre Probidad y Transparencia, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, el 31 de agosto del 2009.

²Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Se me ha pedido referirme a los desafíos que, en transparencia y probidad, tiene Chile con el fin de ingresar a la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE). A propósito de lo anterior, la convocatoria indica que debo detenerme en el significado de esos dos conceptos en nuestro ordenamiento jurídico, con énfasis en el marco constitucional en que se articulan ambos principios.

Cumpliré la tarea descrita, pero antecediéndola de un fondo de ideas constitucionales y políticas en las cuales aquella cobra su trascendencia real.

En síntesis, mi tesis consiste en que, sucesivamente, se ha ido enriqueciendo nuestro derecho público con la incorporación a la Carta Fundamental de sus tres reglas de oro: la separación de poderes con frenos y contrapesos; la delimitación de las potestades radicadas por la Constitución en cada uno de ellos, favoreciendo así el ejercicio de la libertad individual y social; y la transparencia en el servicio de ellas y de todas las funciones públicas, principio con el cual se halla vinculada la probidad en la consecución del bien común. Las tres máximas, principios o reglas enunciadas se integran, indisolublemente, en la democracia constitucional de modo que ninguna puede operar, en términos cabales de fondo y forma, sin la concurrencia de las otras dos. El escollo, en definitiva, radica en infundirles eficacia, misión que recae, especialmente, en la judicatura que sea sensible a la demanda ciudadana.

I. LA REGLA MÁS ANTIGUA

Se halla bosquejada en *La Política* de Aristóteles³, pero reconociendo que Montesquieu⁴ fue quien formuló la teoría de la división de poderes planteando, explícitamente, la necesidad de vigilancia recíproca entre ellos para defensa de la libertad política. Hoy esa teoría se conoce, más usual y correctamente, como separación relativa de las funciones estatales, cada cual confiada por el Código Político a un órgano autónomo, pero no del todo aislado de los otros para que así pueda ser controlado.

³Aristóteles (1962). *La Política*. Barcelona: Iberia, pp. 92 ss.

⁴Montesquieu (1997). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Altaya, pp. 115 ss.

1. Articulación constitucional

La regla que comentamos alcanzó su primera y más elocuente proclamación, en un texto normativo, en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“Toda Sociedad en la que la garantía de los derechos del hombre no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

En Chile, los artículos 6° y siguientes del Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, se inspiraron en aquella regla. Igual deducción procede al leer el Título II de la Carta Política de 1818. Explícitamente alusivo a los tres poderes era el artículo 12° de la Constitución de 1822. Semejante rasgo aparece en el Código Supremo de 1823, subrayándose la independencia judicial. Llamándolos por su nombre, el artículo 22° de la Ley Suprema de 1828 se refiere a los tres poderes. Sin aludir a tal fórmula, pero estructurando la tripartición referida, los artículos 13° y siguientes de la Constitución de 1833 mantuvieron la máxima explicada, mereciendo ser destacado su artículo 160°, repetido como artículo 4° en la Carta de 1925.

2. Perfeccionamiento

Pertinente es advertir que el sentido práctico anglosajón complementó la versión original de esa teoría, en la colección de ensayos, dirigidos al pueblo de Nueva York, reunida en el libro *El Federalista*. Se le agregó allí el postulado de los frenos y contrapesos entre los poderes, de acuerdo a lo expresamente dispuesto, por anticipado, en la Constitución⁵:

“El hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares.

Esta norma de acción que consiste en suplir, por medio de intereses rivales y opuestos, la ausencia de móviles más altos, se encuentra en todo el sistema de los asuntos humanos, tanto privados como públicos. La vemos especialmente cada vez que en un plano inferior se distribuye el poder, donde el objetivo constante es dividir y organizar las diversas funciones de manera que cada una sirva de freno a la otra para que el interés particular de cada individuo sea un centinela de los derechos públicos. Estos inventos de la prudencia no son menos necesarios al distribuir los poderes supremos del Estado.

⁵ Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John (1974). *El Federalista*. México DF.: Fondo de Cultura Económica, pp. 219, 220 y 221.

(...)

Es igualmente evidente que los miembros de cada departamento deberían depender lo menos posible de los otros por lo que respecta a los emolumentos anexos a sus empleos. Si el magistrado ejecutivo y los jueces no fueran independientes de la legislatura en este punto, su independencia en todos los demás sería puramente nominal.

Pero la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición.

(...)

¿A qué expediente recurriremos entonces para mantener en la práctica la división necesaria del poder entre los diferentes departamentos, tal como la estatuye la Constitución? La única respuesta que puede darse es que como todas las precauciones de carácter externo han resultado inadecuadas, el defecto debe suplirse ideando la estructura interior del gobierno de tal modo que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio”.

3. Evolución

Ciertamente, el esquema tripartido se ha vuelto más complejo en el Estado contemporáneo, porque ahora se entiende que la teoría abarca a todos los órganos constitucionales, sin excluir a ninguno, incluyendo al Tribunal Constitucional, al Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Banco Central. Más todavía, ya se plantea que la máxima de Montesquieu debe ser aplicada también en la esfera socioeconómica privada, v. gr., para evitar, investigar y sancionar la colusión, el monopolio y otras conductas que alteran el funcionamiento normal de los mercados⁶.

Se configuró así el primer axioma del derecho público en el constitucionalismo y que enuncio a continuación:

⁶ Hoffmann-Riem, Wolfgang (2007). *La división de poderes como principio de ordenamiento*. En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, N° 7 pp. 214 ss.; y Cea Egaña, José Luis. *Proyecciones de la separación de poderes en el estado contemporáneo*. En Anuario..., pp. 159 ss.

La autoridad no tiene más atribuciones que las expresamente entregadas de antemano en la Carta Fundamental y en las leyes dictadas con sujeción a ésta, habilitación que ha de ser comprendida, interpretada e implementada estrictamente para que el principio no se convierta en excepción.

Consecuentemente, se torna menester evaluar, por los demás órganos con respecto al ente controlado, la discrecionalidad, es decir, el margen limitado de libertad con que cuenta para el desempeño de las potestades, atribuciones y funciones estatales, pronunciando la ilegitimidad de su conducta siempre que se constate que excedieron lo previsto en el Código Político. Emergió entonces la doctrina de la nulidad y anulabilidad en el derecho público, inspirada en la que era ya una línea de pensamiento larga y sólidamente elaborada en el derecho privado. Con el tiempo, sin embargo, una y otra clase de nulidad se irían diferenciando, hasta separarse por completo⁷. Desde entonces, se llama competencia a la capacidad de obrar en el derecho público, junto a la cual se encuentra la capacidad civil patrimonial para ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representada judicial y extrajudicialmente.

En parangón con lo anterior, se encuentra la capacidad de derecho privado, encuadrado en el principio de libertad para obrar o no, siempre que lo sea respetando al ordenamiento jurídico.

II. MÁXIMA INTERMEDIA

De la primera máxima comentada se desprendió la segunda regla de oro, enunciada generalmente en parangón con el principio capital del derecho privado. En síntesis, si el derecho público se caracteriza porque la autoridad no tiene más atribuciones que las otorgadas por la Carta Política y las leyes en texto previo, expreso y de interpretación estricta, lo típico del derecho privado es que los particulares, individualmente o asociados, puedan hacer todo cuanto no se les ha prohibido, en esos mismos términos, por la Constitución y la normativa dictada con sujeción a ella. He aquí el ámbito de la autonomía de la voluntad, manifestada individualmente o en

⁷ Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brunner, Eduardo (1996). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Universidad Andrés Bello, pp. 213 ss.; Pantoja Bauzá, Rolando (1998). *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Jurídica de Chile, pp. 171 ss.; y García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1997). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, pp. 601 ss.

términos colectivos, consecuencia del triunfo del pensamiento liberal y de las revoluciones libertarias de fines del siglo XVIII.

Sin duda, el designio de esta segunda regla es comprimir el ejercicio del poder estatal en beneficio de la libertad de los gobernados. Queda así de relieve la armonía que existe entre las dos reglas comentadas. Sólo debo añadir que la habilitación otorgada por el Código Político al legislador es acotada o tasada, es decir, válidamente ejercitable nada más que en la medida que dicte preceptos legales que se sometan, en contenido y procedimiento, a lo previsto en aquel. Despunta, a la luz de lo escrito, la necesidad y justificación de la Justicia Constitucional, encargada, entre otras misiones, de controlar el principio de supremacía en relación con la ley.

4. Caracterización

Una explicación del origen y fundamento de la segunda regla de oro se halla en los textos siguientes, ambos clásicos en la literatura correspondiente.

Primeramente, extraigo de Ambrosio Colin y Henry Capitant⁸ lo que inserto a continuación:

*“Un principio capital domina la materia de los actos jurídicos tocante a las relaciones de orden económico patrimonial: es el principio de la **libertad de las convenciones**. Consiste en que los particulares puedan ejecutar todos los actos jurídicos que quieran, y de hacerlos producir las consecuencias jurídicas que les convengan siempre que no se trate de un acto o de un efecto jurídico prohibido por una disposición expresa de la ley. Todo lo que no está prohibido, está permitido.*

Este principio está anunciado en uno de los artículos más importantes del Código Civil, el artículo 1.134, párrafo primero, en el cual a propósito de los contratos leemos: “Las convenciones legalmente hechas son ley para aquellos que las han verificado”.

(...)

*Por grande que sea la libertad, la autonomía concedida a la libertad en el comercio jurídico sufre, sin embargo, ciertas limitaciones. En efecto, el artículo 6º del Código Civil dice: “No se pueden derogar por convenciones particulares las leyes que interesan **al orden público y a las buenas costumbres**”.*

⁸ Colin, Ambroise y Capitant, Henry (1922). *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Reus, p. 152 (énfasis en el original).

Demostrando la acogida favorable que nuestra doctrina ha tenido al pensamiento civilista francés, en la obra que puede ser calificada de la más leída y respetada de las sistematizaciones chilenas en la disciplina⁹, leemos:

*“En este principio de **la autonomía de la voluntad** reposa el derecho moderno, lo cual no ocurría en el primitivo Derecho Romano.*

El principio de la autonomía de la voluntad está consagrado entre nosotros en los artículos 12, 1.545, 1.560, etc. del Código Civil y otros.

(...)

*La autonomía de la voluntad, en cuanto al **fondo** de los actos, se traduce en la amplia libertad que tienen las partes para estipular las cláusulas de sus acuerdos, los derechos y obligaciones que recíprocamente se imponen; su facultad sólo encuentra límites frente a los conceptos de orden público y buenas costumbres.*

En los últimos tiempos, también ha sufrido cercenamiento esta amplia libertad de contratar, en atención a los superiores intereses colectivos y a la tendencia que tienen los poderes públicos de asumir la tutela de los económicamente débiles.

(...)

Pero, con todo, la libertad de celebrar actos jurídicos continúa siendo la regla y sigue teniendo valor el adagio que dice que “en Derecho Privado se puede hacer todo lo que la ley no prohíbe”.

5. El cambio mayor

Al hilo de la última de las ideas transcritas, consideramos necesario añadir una puntualización. Esta consiste en que, desde hace medio siglo, aproximadamente, el Derecho ha ido cambiando en diversos sentidos. El principal de estos cambios radica en su finalidad humanista, emergente de la dignidad de la persona y de los atributos inalienables que le son inherentes. A la consecución de tan noble objetivo, se dirige la Constitución, concebida ahora como articulación de valores, principios y normas en que se condensa el Derecho, afirmado no sólo en rango superior a la ley sino que, cualitativamente, mejor en sustancia por la razón señalada.

⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio (1961). *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Nascimento, pp. 310-311 (énfasis en el original).

Concretamente, hemos pasado de la soberanía de la ley a la supremacía de la Constitución. De esta alteración profunda, fluyen transformaciones materiales y formales, destacando entre las primeras el rasgo de fuente jurídica máxima, inmediata y de aplicación directa que tiene el Código Político; y de las segundas el carácter básico y cimero que cabe reconocer a la Constitución en cuanto la ley y toda las normas positivas, incluidos los tratados internacionales, deben adecuarse a las reglas articuladas en ella para su generación válida y subsecuente incorporación al ordenamiento jurídico¹⁰.

Con el fin de custodiar el cumplimiento, fiel y oportuno, de tales transformaciones, se halla organizada la Justicia Constitucional, regida por el derecho procesal constitucional¹¹.

Los cambios enunciados han repercutido en el derecho privado, preponderantemente a propósito de la segunda de las reglas comentadas. Así es, puesto que el vigor normativo de la Ley Suprema se irradia sobre la autonomía de la voluntad, delimitándola por la obligación de contribuir a la concreción de la solidaridad y a la realización del bien común¹². Aquel valor y este principio determinan la hermenéutica del Código Supremo, comprimen la autonomía de la voluntad y la encauzan a la consecución de las finalidades manifestadas en aquel. Dentro de tal Código, sin salirse de su letra, contexto ni espíritu, la jurisprudencia constitucional protege la Carta Fundamental y la vivifica, infundiéndole vida con su jurisprudencia actualizadora y flexible, axiológica y finalista¹³.

¹⁰ Véase, entre muchos: de Cari, Carlos (2008). “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”. En Carbonell, Miguel (compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. México DF.: Porrúa, pp. 45 ss.; y Greppi, Andrea (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta, pp. 167 ss.

¹¹ Cappelletti, Mauro (2007). *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México DF.: Porrúa, pp. 189 ss.

¹² Mijangos y González, Javier (2007). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. México DF.: Porrúa, pp. 143 ss.

¹³ Olano García, Hernán Alejandro (2006). *Interpretación y neoconstitucionalismo*. México DF.: Porrúa, pp. 196 ss.; y Häberle, Peter (2008): “El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma”. En Hesse, Konrad y Häberle, Peter (2008). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México DF.: Porrúa, pp. 166 ss.

III. TERCERA REGLA DE ORO

A pesar del enriquecimiento explicado, seguía sin llegar a ser sistemático tan importante planteamiento, pues si bien resultaba lógicamente procedente asumir que los tres “poderes” clásicos disponían o podían acceder a la información necesaria para constatar tal supuesto, era y sigue siendo sólo en parte verdadero que dos de ellos estuvieron o estén informados al respecto. Los **arcana imperii**, como explica Norberto Bobbio¹⁴, han sido siempre un hecho irrefutable e incontrarrestable, especialmente tratándose del Poder Ejecutivo. Este es, por una parte, el gran recopilador, analista y utilizador de la información pública y privada y, por otra, su principal fuente de uso, pero también de ocultamiento para beneficio propio o de los terceros que escoja.

De tal asimetría, no es difícil colegir que ella aumenta el poder de un órgano sobre los demás, creando desequilibrios que afectan al régimen democrático. Problemático ha sido restablecer el balance, en beneficio de los órganos constitucionales afectados y de la ciudadanía.

Lo paradójal es que, en 1795, Immanuel Kant había enunciado lo que llamaré la **tercera regla de oro del derecho público**, la cual, en sus palabras, es la siguiente¹⁵:

“Sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría, por tanto, derecho, que es lo que la justicia distribuye y define. La capacidad de publicarse debe, pues, residir en toda pretensión de Derecho.

(...)

*Si prescindimos del contenido empírico que hay en el concepto del Derecho político, hallamos la proposición siguiente, que bien puede llamarse **fórmula trascendental** del derecho público:*

“Las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad.”

¹⁴ Bobbio, Norberto (1996). *El futuro de la democracia*. México DF.: Fondo de Cultura Económica, pp. 94 ss.

¹⁵ Kant, Immanuel (1957). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Buenos Aires: Espasa – Calpe, pp. 150 – 151 y 158.

*Este principio debe considerarse no sólo como un principio **ético**, perteneciente a la teoría de la virtud, sino como un principio **jurídico**, relativo al derecho de los hombres. En efecto, una máxima que no puedo manifestar en alta voz, que ha de permanecer secreta, so pena de hacer fracasar mi propósito; una máxima que no puedo reconocer públicamente sin provocar en el acto la oposición de todos a mi proyecto; una máxima que, de ser conocida, suscitaría contra mí una enemistad necesaria y universal y, por tanto, cognoscible **a priori**; una máxima que tiene tales consecuencias las tiene forzosamente porque encierra una amenaza injusta al derecho de los demás.*

(...)

Esta astuta conducta de una política tenebrosa quedaría completamente anulada por la publicidad (...).

En tal sentido, me atrevo a proponer otro principio trascendental afirmativo del derecho público. Su fórmula sería la siguiente:

“Todas las máximas que necesiten la publicidad para conseguir lo que se proponen concuerdan a la vez con el derecho y la política reunidos””.

El énfasis de la máxima kantiana se halla en la información que el público requiere para evaluar y obrar, y nunca en su ocultamiento. He aquí el significado de la transparencia y de la opacidad en democracia. Sin duda, trátase de una observación perspicaz y acertada porque, desde tiempos antiguos, se comprendió que la confidencialidad, la reserva o el secreto, sean motivadas por fines a veces nobles y otras abyectos, dan un poder desmesurado a quien actúa escondiéndose, o sea, que confunde, desorienta, divide, manipula o aparenta, aprovechándose de la buena fe del adversario o contrario. Sin ser visto o descubierto, quien procede así fragua, con referencia al manejo de la información que no transparente, una ventaja que puede convertirse en decisiva¹⁶:

“Porque la información es lo que permite que el soberano sagaz y el jefe experto se impongan al adversario y sus éxitos no estén al alcance de la gente común (...). La información se adquiere usando hombres que estén al tanto de la situación del enemigo. (...). La información es la esencia del arte de la guerra”.

Adaptando la máxima de Kant, sin alterarla pero extendiendo su sentido a los tópicos que me ocupan, podemos afirmar que ella consiste en que,

¹⁶ Sun – Zi o Sun Tzu (2000). *El arte de la guerra*. Santiago: Andrés Bello, pp. 105 y 108.

si se ocultan las decisiones o conductas, los hechos y los procedimientos seguidos al efecto, lo son porque, de ser conocidos, suscitarían escándalo. Y así ocurre, especialmente, con simulaciones y disimulaciones¹⁷. Por eso, en la actualidad, repugna a la democracia y al Derecho la opacidad del poder, rechazo que, cada día más, cubre no sólo las actuaciones u omisiones de los órganos públicos, sino que también las conductas privadas¹⁸, sean individuales, empresariales o colectivas en general.

Obviamente, no puede operar eficientemente la primera y la segunda regla de oro, por un lado, si a la vez los órganos públicos carecen de la información que requieren para fiscalizar, como lo destaca la tercera de esas reglas, de otro. Curiosamente, esta parte de la ecuación no fue captada hasta tiempos recientes y, en la generalidad de las Constituciones, ella tampoco aparece articulada, ni siquiera reconocida implícitamente¹⁹.

IV. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA

Ella es el gobierno de los asuntos públicos en público²⁰, premisa de la cual se sigue la exigencia de transparencia en los actos y resoluciones de los gobernantes. Este requisito, a su vez, presupone el flujo libre de información que he destacado:

“Que todas las decisiones y, más en general, los actos de los gobernantes, deben ser conocidos por el pueblo soberano, ha sido considerado siempre como uno de los fundamentos del régimen democrático, definido como el gobierno directo del pueblo o controlado por el pueblo, pero ¿cómo podría ser controlado si se mantuviese escondido?”

(...)

¹⁷ Cea Egaña, José Luis (1992). *Vida pública, vida privada y derecho a la información. Sobre el secreto y su reverso*. III Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile N° 1 – 2, pp. 13 ss.

¹⁸ Hoffmann-Rhiem, Wolfgang, cit.; y Cea Egaña, José Luis, cit.

¹⁹ Darbshire, Helen (2006). *El derecho a la información en América Latina*. Anuario de Derechos Humanos. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 97 ss.; y Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones (2004). *El derecho de acceso a la información gubernamental en la legislación de México, Ecuador, Suecia y Francia*. Santiago, Serie de Estudios N° 302.

²⁰ Bobbio, Norberto, cit., pp. 98 ss.

A imagen y semejanza del Dios escondido, el soberano es tanto más potente y, en consecuencia, tanto más cumple su función de gobernar a súbditos indoctos e indóciles, cuanto mejor consigue ver lo que hacen los súbditos sin dejarse ver por ellos. El ideal del soberano equiparado al Dios terreno es el de ser, a semejanza de Dios, el omnividente invisible.

(...)

El tema más interesante, mediante el cual no puede poner realmente a prueba la capacidad del poder para derrotar al poder invisible, es el de la publicidad de las acciones del poder, que representa el momento del cambio de dirección en la transformación del Estado moderno de Estado absolutista a Estado de Derecho”.

Los principios de transparencia y probidad se hallan vinculados, pero aquel es el antecedente necesario para comprobar si existe o no probidad, denunciarla, castigarla y rectificar los errores cometidos. Por eso, debo enfatizar que la transparencia es, lógica y cronológicamente, prioritaria con respecto a la probidad.

La democracia constitucional contemporánea fluye de su homónima clásica, pero la enriquece con una serie nueva de exigencias sustantivas y procesales, inescindibles unas de otras. Vuélvese así insuficiente la tesis de la democracia mínima, entendiendo que es tal la de índole sólo procedimental y que deja abierta, sin límites, exclusiones ni prohibiciones, las opciones que decida adoptar discrecionalmente la mayoría o el órgano estatal que resuelve con sujeción a ella²¹.

Lejos de esa tesis formal, la democracia constitucional de nuestra época impone el respeto de la tercera regla de oro explicada, infundiéndole un carácter esencial para que aquella sea crecientemente más efectiva, esto es, vinculándola al control de los gobernantes por la ciudadanía. Hoy, en efecto, los ciudadanos reclaman el derecho a intervenir informadamente en los asuntos que los afectan o interesan. Secuela de ello es que el gobierno se practica cada vez menos por representación y más a través de la participación directa en el ejercicio del poder. Por supuesto, para ejercer

²¹ Santiago Nino, Carlos (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, pp. 202 ss.; Matteucci, Nicola (1998). *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, pp. 285 ss.; Salazar Ugarte, Pedro (2008). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México DF: Fondo de Cultura Económica, pp. 186 ss.; y Sartori, Giovanni (2007). *¿Qué es democracia?* Madrid: Taurus, pp. 111 ss.

tal derecho, se vuelve indispensable contar con la información adecuada, oportunamente obtenida o recibida. Así surge la **tercera regla de oro** que faltaba, y que en Chile queda constitucionalmente plasmada sólo desde 2005. Está ella prevista en el artículo 8° de la Carta Política, reemplazando a otro precepto que, hasta su derogación en 1989, era el compendio de la democracia protegida, o que restringía la expresión de ideas y grupos sólo a los reputados consistentes con la seguridad nacional o que fueran rivales del proselitismo de la lucha de clases.

El secretismo es la fórmula más usada y eficiente para encubrir la corrupción. Su antítesis es la transparencia. Sin embargo, esta no se limita a elucidar tal tipo de ilícitos porque la información en que yace la médula, deviene también en un requisito de la ciudadanía consciente y participativa en toda clase de asuntos de su incumbencia. Y así queda de manifiesto que, sin transparencia, tampoco puede ser comprobado el respeto a la probidad. La transparencia, entonces, no se agota en la visibilidad de las conductas públicas, ya que exige contar con la información para conocerlas, evaluarlas y criticarlas. Por eso, el principio de la transparencia, en el marco previsto en el artículo 8° de la Constitución, está esencialmente vinculado con el sistema institucional completo y, más específicamente, con la libertad de expresión asegurada en el artículo 19 N° 12 de ella. En otras palabras, la reforma de 2005 tiene un significado dual: uno, nivelar el ejercicio a las potestades públicas, favoreciendo a los órganos que han permanecido relegados en el acceso a la información de sus pares; y otro, impulsar el control que la ciudadanía ha de ejercer sobre sus representantes, otorgando mayor realidad a los postulados democráticos y a la corrección en el desempeño del servicio público.

V. MARCO CONSTITUCIONAL

Las ideas expuestas permiten comprender mejor el sentido y relevancia del nuevo artículo 8° de la Carta Política. Paso, entonces, a resumir los alcances e implicancias principales de esa disposición.

6. Base y cima del sistema institucional

Cabe realzar, primeramente, que se trata de una base del sistema institucional, la cual debe irradiarse al resto de ese sistema y ser siempre y por todos respetada, sean órganos estatales, organizaciones sociales o

individuos. Secuela de lo escrito es que reviste también la cualidad de cima, en cuanto impulsa y orienta las acciones y determinaciones públicas a la consecución de cuanto ella implica.

En su inciso 1º, el artículo 8º se refiere al ejercicio de las funciones públicas. Estas han sido definidas, con criterio amplio, como actividades ejercidas en el cumplimiento del deber de alcanzar el interés público, mediante el uso de poderes instrumentalmente necesarios, conferidos por el ordenamiento jurídico²².

Acto seguido, el mismo precepto indicado menciona la probidad en el desempeño de aquellas funciones²³, sin excluir ninguna. En todas ellas, y por lo mismo, los servidores públicos están obligados a proteger y promover el interés general por sobre el individual, familiar o individual.

No se define la probidad, asunto ajeno, por lo demás, a un texto fundamental. Pero es conducente aproximarse al significado del término en su dimensión natural y obvia, según la cual probidad es sinónimo de honradez en el desempeño de las funciones públicas²⁴. Equivale, entre otros, a rectitud, decencia, fidelidad e integridad en el ejercicio de aquella misión²⁵.

Ilustra acudir al sentido corriente del sustantivo señalado, pero es improcedente hacerlo omitiendo la definición técnico-jurídica contenida en el artículo 52º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado²⁶. Efectivamente, allí se alude a la Administración del Estado²⁷, concepto amplio que abarca la Administración Pública completa y que se extiende a todos los entes estatales, autónomos

²² Bandeira de Melo, Celso Antonio (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. México DF.: Porrúa, p. 3.

²³ Fernández González, Miguel Ángel (2007). *El principio constitucional de publicidad*. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, N° 69 pp. 147 y ss.; también en Zúñiga Urbina, Francisco (2005) (coordinador), *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis. Consúltese también Garay Opaso, Osvaldo. “Reformas constitucionales para la Administración”, pp. 224 y ss.

²⁴ Real Academia Española de la Lengua (2001). *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid: Espasa-Calpe, p. 1837.

²⁵ Océano Langenscheidt (1999). *Compact diccionario de sinónimos y antónimos*. Barcelona: Océano, p. 468.

²⁶ Artículo 20º del Código Civil.

²⁷ Tribunal Constitucional, Rol N° 39, 2 de octubre de 1986, considerandos 4º a 7º.

o no, sean centralizados, desconcentrados o descentralizados, trátense de poderes de jerarquía constitucional o meramente legal.

Con sujeción al inciso 2º del artículo 52º citado:

“El principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Pero, ¿cómo comprobar que ha sido respetado el principio de probidad, en los casos concretos en que tuvo que ser observado? ¿No es acaso indispensable conocer tales casos en sus hechos configurativos, lo sostenido por los afectados o las partes de los mismos y, en definitiva, los antecedentes reunidos, las actuaciones o resoluciones recaídas en ellos y la tramitación que se les dio hasta decidirlos? Si en cualquiera de los puntos aludidos impera la opacidad por falta de acceso a la información requerida, sea que aquella oscuridad esté o no cubierta por el ordenamiento jurídico, ¿en qué medida se tornaría real sostener que la tercera regla de oro comentada ha sido honrada realmente?

Basta enunciar interrogantes como las transcritas para colegir que la respuesta a todas ellas presupone la materialización de otro principio, cual es el de publicidad de los actos estatales y su contexto.

Sin definirla, la publicidad aparece, enfática y positivamente afirmada, en el artículo 8º inciso 2º de la Carta Política:

“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”.

Esa es la regla general, cuyas excepciones serán comentadas más adelante.

7. Ámbito de aplicación

Cubre a todos los órganos del Estado, no sólo a los de la Administración Pública²⁸; y tampoco se contrae únicamente a los funcionarios o empleados que sirvan labores administrativas en los entes constitucionales autónomos. Por ende, en esa fórmula amplia caben esos órganos constitucionales autónomos, sin perjuicio de lo que será aclarado a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el tema. He aquí la comprobación de que la

²⁸Tribunal Constitucional, Rol 39, 2 de octubre de 1986, considerando 10º.

norma no se refiere sólo a los particulares, individualmente o asociados, frente a los órganos estatales en general, sino que también a dichos órganos como tales y entre sí para vigilarse cumpliendo la primera regla de oro ya explicada²⁹. Más todavía y a raíz de cuanto fue ya argumentado, la regla rige a los efectos de que un órgano cuente con la información que requiere para servir sus funciones adecuadamente.

También se aplica a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o, mayoría en el directorio, pero únicamente cuando la ley expresamente así lo señale³⁰.

Tópico álgido es aclarar si los principios de probidad y transparencia se extienden al sector privado, asegurando el acceso a la publicidad de los particulares para constatar la buena o mala fe con que actúan sus contrapartes en los negocios y en la difusión de información en general. Entendemos que la consecución del bien común fundamenta la proyección aludida, porque en las actuaciones y otras conductas de sujetos no estatales, también tiene lugar la opacidad, sea culposa o dolosamente practicada, perjudicando así la honradez con que se ha obrado por terceros. Pero, en línea de principio al menos, nos parece claro que el artículo 8º de la Carta Política fue concebido, redactado y aprobado en términos ajenos al tópico enunciado. Sin perjuicio de lo escrito, cabe aún razonar, en hermenéutica de contexto, axiológica y finalista, si la probidad y transparencia han de regir en las conductas privadas, planteamiento que debemos admitir si reconocemos que se trata de cualidades de común exigencia en el Estado de Derecho con efectiva punición de los ilícitos de cualquier naturaleza que sean³¹.

8. Objeto de la transparencia

Está conformado por los actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen para dictarlos, celebrarlos, ejecutarlos, modificarlos, revocarlos o dejarlos sin efecto de otra manera.

²⁹ Ley N° 20.285, del 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública, artículo 2º inciso 1º. Véase Rajevic Mosler, Enrique (2008). *Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información. La Ley N° 20.285 de 2008*. Gaceta Jurídica N° 338, pp. 11 ss.

³⁰ Id., inciso 3º

³¹ Véanse los artículos 702º y 1.546º del Código Civil, entre otros.

Obviamente, la expresión *actos* de los órganos y funcionarios públicos absorbe toda clase de acciones, actuaciones o conductas de aquellos³², sustantivo que cabe entender con significado distinto al de *resoluciones*, en las cuales la decisión de quien las dicta o emite pueda estimarse el rasgo esencial³³.

Unos y otras, sin embargo, son abarcados en la disposición constitucional, junto a sus fundamentos y los procedimientos seguidos para dictarlos.

9. Excepciones

¿Qué salvedades contempla el inciso 2º a la regla de la publicidad? Únicamente las tres allí enunciadas, las cuales son amplias, pero con núcleo claro y precisable en cada caso. En esta labor, se ha avanzado por el legislador, hasta donde cabe hacerlo, mediante la Ley Sobre Acceso a la Información Pública. La concreción adicional recae, necesariamente, en la labor de la jurisprudencia, más aún tratándose del Derecho Constitucional, que es un sistema de valores, principios y normas, nunca de reglas minuciosas, numerosas ni casuísticas.

¿Cuáles son esas excepciones? Aparecen encabezadas con una oración de aplicación común en las tres situaciones, esto es, que la publicidad afecte:

A. El debido cumplimiento de las funciones de los órganos estatales, exclusión cuya aplicación práctica demanda acreditar en qué medida ese cumplimiento de la función pública queda o no comprometido, ilegítimamente, con la difusión de la información respectiva;

B. Los derechos de las personas, tanto naturales como jurídicas, sin diferencia arbitraria o discriminación alguna, locución holgada que absorbe las situaciones de privacidad, pero también otras especies de reserva, v. gr., en las actividades empresariales³⁴;

C. La seguridad de la Nación entera³⁵; y

³² *Diccionario de la Lengua Española* cit., p. 35.

³³ Ley N° 19.880 del 2003, establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, artículo 3º.

³⁴ Véase Herrera Bravo, Roberto (2008). *Consideraciones sobre la dialéctica y el equilibrio entre la información pública y los datos personales*. Revista de Derecho de la Universidad de Viña del Mar, N° 2, pp. 161 ss.

³⁵ García, Gonzalo y Contreras, Pablo (2009). *Derecho de acceso a la información en Chile. Nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional*. Revista Estudios Constitucionales. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, pp. 153 ss.

D. El interés nacional, también comprendido en su acepción de una actuación que, de ser publicitada, afectaría al país completo³⁶.

Debe tratarse, en las cuatro hipótesis, de hechos comprobados cuya secuela sea no una eventualidad hipotética, sino que un daño real o peligro claro y presente para los valores, principios y normas protegidos. Entender las excepciones con otro sentido y alcance conduciría, inexorablemente, a abrir el cauce para restablecer la patología del secreto en perjuicio de la transparencia. Quedaría así, en el papel, la tercera regla de oro ya realzada.

10. Naturaleza de las excepciones

Algunos autores³⁷ afirman que ellas son sinónimo de limitaciones o restricciones al principio de transparencia. Discrepo de esa tesis, pues si se configura la causal, entonces no rige el principio de transparencia ni siquiera parcialmente. Ese es el significado de una excepción, o sea, de una regla o situación que se aparta de la norma general imperante en la especie³⁸. No se olvide de que la limitación o restricción al ejercicio de un derecho se caracteriza por la reducción, a márgenes menores, del ámbito corriente o habitual de ese atributo, el cual sigue siendo susceptible de ejercicio en lo demás.

Situación distinta es que el legislador sea el único habilitado para disponer el secreto o la reserva de los actos o resoluciones, de sus fundamentos o del procedimiento aplicado para dictarlos, pero sin interrumpir, romper o quebrar la relación entre ellos, separando aquellos de estos. Tal hipótesis, fundada en la exégesis literal, puede apoyarse en el artículo 8º inciso 2º de la regla constitucional, pero analizada lógicamente no tiene sentido, puesto que resulta clara la unidad indisoluble de esos tres conceptos para que se cumpla la finalidad perseguida con ellos.

11. Legislación reforzada y consecuencias

Sólo una ley de quórum calificado puede establecer y modificar las excepciones. Sabemos ya que esa ley tiene el N° 20.285, agregando ahora que comenzó a regir el 20 de abril de 2009, en cumplimiento de lo previsto en su artículo transitorio.

³⁶ Id.

³⁷ Id. pp. 140 ss.

³⁸ Diccionario cit., p. 1015.

Consecuentemente, se halla prohibido el ejercicio de la potestad reglamentaria para establecer y configurar las excepciones a la transparencia, ampliar o restringir su alcance, incluir actuaciones, fundamentos o procedimientos, etcétera. A pesar de lo dicho, menester resulta tener presente que, el artículo 8º y su legislación complementaria, se encuentran pormenorizados por el DS. (Ministerio Secretaría General de la Presidencia) Nº 13, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril de 2009, que es el reglamento de la ley aludida.

12. Reserva, secreto y confidencialidad

Hemos visto que el artículo 8º se refiere a la reserva o secreto de los actos o resoluciones, de sus fundamentos y de los procedimientos seguidos para dictarlos o implementarlos. Ciertamente, la reserva y el secreto son conceptos distintos, como lo es también el de confidencialidad. La diferencia se halla en el mayor o menor grado de intimidad que tiene una y otro, la drasticidad con que se prohíbe divulgarlos y la sanción por su quebrantamiento, máxima en lo que es confidencial, y menor, aunque vigorosa, en el secreto y en la reserva, sucesivamente³⁹.

La ley citada no traza, sin embargo, diferencia al respecto, debiendo concluirse que absorbe todas las especies de exclusiones de la difusión o publicidad, dándoles tratamiento semejante.

13. ¿Ley única?

La ley Nº 20.285 no es la única en el tema, porque subsisten numerosos preceptos legales ajenos o distintos, pero afines a lo regulado en ella y que siguen vigentes, según lo previsto en la disposición cuarta transitoria de la Constitución. Tal es el caso de la ley Nº 19.884 de 2004, sobre transparencia del gasto electoral; de la ley Nº 19.965 de 2004, relativa a la protección de los consumidores; de algunas disposiciones aún subsistentes de la ley Nº 19.653 de 1999, acerca de la probidad de los órganos de la Administración del Estado; de la ley Nº 19.913 de 2003, concerniente a la Unidad de Análisis Financiero; de la ley Nº 19.974 de 2004, que regula el Sistema de Inteligencia del Estado; de la ley Nº 20.088 de 2006, que establece la declaración jurada patrimonial de bienes; de la ley Nº 19.628 de 1999, sobre protección de datos

³⁹ Revísese Sainz Moreno, Fernando (1991). “Secreto e información en el Derecho Público”. En Martín Retortillo, Sebastián (coordinador), *III Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, pp. 2863 ss.

personales; y, dicho en términos generales, de la multitud de preceptos legales, incluidos o no en códigos, que contemplan reglas sobre reserva, secreto o confidencialidad en las esferas públicas y privada.

Claramente puntualizado el alcance de la legislación en comentario, agrego dos precisiones al respecto: una, que no es necesario que esas normas legales dispersas estén sólo contenidas en textos orgánico-constitucionales o de quórum calificado; pero sí lo es, en cambio, que no sean contrarias a la Constitución⁴⁰, especialmente a lo ordenado en su artículo 8º.

VI. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA

En 1974, la Comisión Redactora de un Anteproyecto de nueva Constitución estimó conveniente, en principio, incorporar el derecho de acceso a la información como fuente de la libertad de opinión e información que se hallaba estudiando. La revisión de las actas pertinentes revela que la Comisión tuvo a la vista el artículo 13º del Pacto de San José de Costa Rica. Pero el debate se diluyó cuando se hizo presente que, ejerciendo el derecho que hoy se conoce como transparencia activa, podría requerirse información de toda índole, incluso sobre datos sensibles, sin que se garantizara rehusarla como ocurre en la actualidad. Por eso, en el artículo 1º N° 12º del DL N° 1.552 de 1976, Acta Constitucional N° 3, antecedente inmediato del precepto fundamental hoy en vigor⁴¹, no aparece asegurado el derecho a la información, sino que la libertad de informar.

Precisamente, el artículo 19º N° 12 de la Constitución que nos rige quedó redactado en términos de asegurar la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, ignorando el derecho a buscar, recibir y transmitir información⁴².

⁴⁰ Fernández González, Miguel Ángel (2005). “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8º inciso 2º de la Constitución”. En Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 191 y ss.

⁴¹ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de Nueva Constitución, sesión 228ª p. 17.

⁴² Consúltase el Decreto Supremo del Ministerio del Interior N° 291, del 26 de junio de 1974, que facultaba a las autoridades para calificar los documentos u oficios estatales en secretos y reservados, por un lado, y en ordinarios, de otro, sin fijar criterios, objetivos y certeros, que permitieran fundar tal calificación y, a raíz de reputarla injustificada, habilitar a los interesados para objetarla y lograr su modificación.

Un paso adelante en la consecución de ese atributo ocurrió el 28 de agosto de 1999, cuando fue publicada la Ley sobre Protección de la Vida Privada, pues en ella se contempló el *habeas data*, pero circunscrito al titular de datos sensibles que habían sido divulgados⁴³.

El proceso llegó a un punto recodo con la reforma constitucional de 2005, que hemos comentado. La génesis de esta enmienda merece ser rememorada.

El impulso inicial se halla en la aludida Ley sobre Transparencia y Probidad, pero esta, a su vez, fluyó de un proceso largo, cuyo término estuvo en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciada el 19 de septiembre de 2006 en el Caso Claude vs. Chile⁴⁴.

Recordemos que el Sr. Marcel Claude Reyes era Director Ejecutivo de la Fundación Terram. En tal carácter requirió, el 7 de mayo de 1998, información acerca de la empresa Trillium, en poder del Comité de Inversiones Extranjeras, entonces dependiente del Banco Central. Esa información, pertinente al Proyecto Río Cóndor, no le fue entregada por el Vicepresidente Ejecutivo del Comité ni siquiera después de exigirla judicialmente. Acudió entonces el Sr. Claude a la Corte Interamericana y esta Magistratura aplicó el artículo 13º de la Convención, condenando al Estado de Chile. En el considerando 77º de ese pronunciamiento, la Corte afirmó la tesis que inserto a continuación:

“La Corte estima que el artículo 13º de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o

⁴³ Ley Nº 19.628, del 28 de agosto de 1999, artículo 12º y siguientes.

⁴⁴ Véase Fernández, Miguel Ángel (2007). *El principio constitucional de publicidad*, cit., pp. 160 y ss.; Cordero Vega, Luis (2007). *Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública*. Revista de Derecho Público. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº 69, pp. 73 y ss.; y Hernández Emparanza, Domingo (2005). “Notas sobre la reforma constitucional de 2005. Regionalización, probidad y publicidad de actos”. En Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *La Constitución reformada de 2005*. Santiago: Librotecnia, pp. 19 y ss.

reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir, a su vez, que esta circula en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla”.

En el ínterin, se había establecido, en 1994, la Comisión Nacional de Ética Pública, en cuyo informe final propugnó la transparencia de las funciones estatales, entre otras razones, como antídoto de la corrupción.

Los beneficios de esa sentencia son claros. Doctrinariamente, es un ejemplo de cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos induce al legislador de un Estado a perfeccionar el ordenamiento interno, adecuándolo al régimen jurídico, más avanzado, que se halla en la Convención aludida. Otro beneficio estriba en que, secuela de la sentencia, fue la aprobación de la ley N° 20.285. En fin, un tercer provecho es que, con sujeción a una interpretación de contexto y finalista de la Constitución, el derecho de acceso a la información, al menos en lo relativo a actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos aplicados por órganos públicos, queda asegurado por la integración armónica de los artículos 8° y 19° N° 12° de la Constitución. A raíz de esta cohesión inescindible, la doctrina sostiene que la transparencia es un derecho adscrito a la libertad de emitir opinión y de informar⁴⁵. Este razonamiento busca diferenciar los derechos implícitos, cuya debilidad se plantea con base en una hermenéutica constitucional incompleta y de raigambre exegética, por un lado, de otra solución más sólida, cual es la de adscripción⁴⁶ del derecho de acceso a los atributos inalienables asegurados en los artículos 5° inciso 2° y 19° Nos 12° y 14° de la Carta Política, de otra. Aunque adhiero a esta última posición, aun así la estimo complicada, prefiriendo abogar, directamente, por un derecho fundamental nuevo, configurado a favor de todas las personas y, en rango excepcional, como facultad de unos órganos estatales de cara a otros que les niegan o restringen la información que requieren para servir sus funciones públicas.

⁴⁵ García y Contreras, cit., pp. 140 ss.

⁴⁶ El Diccionario cit., I p. 50, define el verbo **adscribir** como inscribir, contar entre lo que corresponde a alguien o algo, significado que, al insertarse en la libertad de expresión, puede entenderse integrante de ella.

Un balance preliminar conduce a reconocer que el avance, en términos de progreso de la ciudadanía en el conocimiento de los asuntos públicos que le conciernen, ya es considerable⁴⁷. Pero cierto es también que falta constitucionalizar y legislar el acceso a otras fuentes de información, respetando las excepciones de rigor. Pienso, v. gr., en entidades o asociaciones privadas que captan recursos financieros de particulares para cumplir labores públicas como la protección de la salud, la seguridad social y los servicios públicos concedidos, en una gestión en la que, por cierto, ha de ser respetado el lucro legítimo⁴⁸. Reconozco, sin embargo, que una valla en ese camino surge con el artículo 52° N° 1 letra C inciso final de la Constitución en cuanto allí queda nítido el espíritu del precepto, ajeno a los particulares. Un juicio más certero sólo podrá emitirse conociendo lo que preceptúe la nueva Ley Orgánica del Congreso Nacional, habilitada para proteger los derechos de las personas citadas o mencionadas en las comisiones investigadoras creadas por la Cámara de Diputados.

De paso, quedó derogado el artículo 14° de la ley de 1999 y el DS (Ministerio Secretaría General de la Presidencia) N° 26 de 2001, normativa reglamentaria que terminó desacreditando el esfuerzo hecho en la Ley de Probidad de aquel año. Tal abuso indujo también a legislar en los términos que hemos destacado.

VII. RASGOS DE LA LEY SOBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

14. Radio de acción

En su artículo 1°, dicha ley aclara que ella regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, en fin, las excepciones a la publicidad de la información.

⁴⁷ Consúltase Boeninger Kausel, Edgardo (2009). *Chile rumbo al futuro. Propuestas para reflexiones*. Santiago: Uqbar Editores, pp. 179 ss.

⁴⁸ Tal es el sentido de la moción presentada por ocho diputados el 29 de abril de 2009 y que se halla, sin urgencia, en primer trámite, pendiente de la Comisión de Gobierno Interior de la Cámara respectiva.

En el artículo 2º, consta que la ley se aplica a la Contraloría General de la República y el Banco Central, pero sólo en lo que ella señala expresamente, quedando en lo demás sujetos a los preceptos de sus leyes orgánicas. Agrega, en el inciso 3º, que la ley rige también en las empresas públicas creadas por ley como, asimismo, en las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

15. Transparencia activa y pasiva

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4º inciso final, el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y trámites que establezcan las leyes.

La legislación en análisis distingue la transparencia activa de la pasiva.

La primera se halla caracterizada en el artículo 7º, preceptuando al efecto que los órganos de la Administración del Estado deben mantener, a través de sus sitios electrónicos, entre otros los antecedentes siguientes, actualizados al menos una vez al mes: estructura orgánica; facultades, funciones y atribuciones; marco normativo que le es aplicable; planta de personal y funcionarios a contrata y a honorarios, con los correspondientes niveles de remuneraciones; actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros; y trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el órgano respectivo.

En punto a la transparencia pasiva, el artículo 10º de la ley declara que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir la información de cualquier órgano de la Administración del Estado. A su vez, el artículo 11º pormenoriza los principios que norman ese derecho, incluyendo el que presume la relevancia de la información que poseen tales órganos; el de libre acceso a dicha información, con las excepciones establecidas por leyes de quórum calificado; el de apertura, pues toda aquella información se asume que es pública, salvo las excepciones referidas; el de divisibilidad, es decir que, si un acto administrativo contiene información que debe denegarse, se dará acceso únicamente a la información que puede ser conocida; por último, el de control, conforme al cual el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente y, en su caso, de reclamación ante un órgano externo si se

trata de resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso presentadas por particulares.

16. Amparo del derecho

Al tenor del artículo 14º, la autoridad requerida tiene que pronunciarse sobre la petición de información en un plazo de veinte días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud correspondiente. Vencido este plazo sin obtener la información o denegada la solicitud, puntualiza el artículo 24º, el requirente tiene derecho a reclamar ante el Consejo para la Transparencia, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.

En contra de la resolución de ese Consejo que deniegue el acceso aludido, procede el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio del reclamante. En tal caso, la Corte dispondrá de que el reclamo sea notificado por cédula al Consejo y al tercero interesado, en su caso, quienes dispondrán de diez días para presentar sus descargos y observaciones, todo de acuerdo a lo previsto en el artículo 30º. En caso de ser acogido el reclamo, la sentencia señalará un plazo para la entrega de la información requerida.

17. Consejo para la transparencia

Es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, al tenor del artículo 31º. Su finalidad, según el artículo 32º, es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos estatales y garantizar el derecho de acceso a la información disponible en ellos.

La dirección y administración del organismo corresponde a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros, designados por el Presidente de la República previo acuerdo del Senado, en los términos señalados en el artículo 36º de la ley comentada. Los acuerdos se adoptan por mayoría y el Presidente tiene voto calificado o dirimente para resolver los empates.

18. Jurisprudencia del Consejo

Según información de prensa recogida del Consejo para la Transparencia⁴⁹, a la fecha de este artículo han sido deducidos 279 amparos por denegación

⁴⁹ Véase *El Mercurio* de Santiago (6 de septiembre de 2009).

de información, 89 de los cuales (31.9%) fueron ya resueltos. De estos, 60,67% quedaron en situación de inadmisibles o desistidos. El 80% de los fallos sustantivos obligó al órgano o servicio correspondiente a entregar la información solicitada.

Al cabo de cuatro meses de vigencia, es positiva la evaluación hecha por el Gobierno de la aplicación de la ley⁵⁰. Es breve el tiempo transcurrido, sin embargo, para efectuar vaticinios, asumiendo que las dificultades mayores no han comenzado y que el entusiasmo por inquirir información, propio de la curiosidad inicial, va cediendo lugar a la búsqueda de transparencia para propósitos objetivamente justificados⁵¹.

Ya se han elaborado escalas con las entidades o servicios más requeridos a tal efecto. Allí aparece, encabezando la lista, Carabineros de Chile con 1.152 peticiones, seguido por la Dirección del Trabajo con 1.049 solicitudes, en fin, la Subsecretaría de Educación y el Servicio de Impuestos Internos con 696 y 662 requerimientos, respectivamente⁵².

A continuación, presentamos una mirada selectiva de los casos de mayor relieve decididos por el Consejo hasta el 14 de septiembre de 2009⁵³.

A. El 9 de junio de 2009, precisó cuáles obligaciones de transparencia eran exigibles de las empresas públicas, limitándolas a la transparencia activa. Además, puntualizó que no cabe extender el procedimiento de amparo a las empresas públicas creadas por ley dado que el artículo 10º no las contempla para tal efecto (Rol A4-09);

⁵⁰ Id. (30 de agosto de 2009). Consúltese Tello, Cristóbal, Cerna, Marcelo y Pavón, Andrés (2009). *Acceso a la información pública. Los desafíos del Consejo de la Transparencia*. Anuario de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 193 y ss.

⁵¹ Revítese Soto Velasco, Sebastián (2009). *Ley de Transparencia. Desafíos en su aplicación*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección de Asuntos Públicos, Nº 30.

⁵² *El Mercurio* de Santiago (10 y 11 de septiembre de 2009).

⁵³ Resolución exenta Nº 1.285, dictada por el Director del Servicio Electoral, del 21 de septiembre de 2009: deniega el acceso a la información formulada por el requirente que allí se nombra, consistente en el número de inscritos, desglosados por región, de cada uno de los partidos políticos con inscripción vigente en el país. Tal determinación se fundó en los artículos 8º y 19 Nº 15º de la Constitución. Además, el Director aludido declaró reservada la información contenida en el Duplicado del Registro General de Afiliados a los partidos que conserva aquel Servicio, incorporando esa información al Índice de Actos Secretos o Reservados.

B. El 26 de mayo de 2009, se declaró incompetente para conocer de las reclamaciones de amparo para recabar información de los tribunales que forman parte del Poder Judicial (Rol N° A13-09);

C. El 26 de junio de 2009 falló en el sentido que la obligación de entregar información no es imputable a funcionarios determinados, sino al órgano requerido, representado por la autoridad, jefatura o jefe superior pertinente del servicio o ente de la Administración del Estado al que se ha pedido la información (Rol N° A15-09);

D. El 19 de junio de 2009 acogió, parcialmente, una reclamación declarando que la recurrida no entregó la información con el desglose correspondiente ni lo hizo con respecto al pago de horas extraordinarias. Añadió que la información tiene que ser proporcionada en el formato y por el medio requerido, con sujeción al artículo 17° de la ley y a cuanto implica el principio de facilitación para la entrega y comprensión de esos antecedentes (Rol N° A18-09);

E. El 17 de julio de 2009 acogió un amparo manifestando que la labor del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) respecto de las encuestas sobre empleo consiste en entregarlas y procesarlas conforme a una muestra basada en trimestres móviles y no en cifras mensuales. Agregó que esa información se halla financiada por el presupuesto público, circunstancia reforzada con sujeción al artículo 11° letra a) de la ley, o sea, el principio de relevancia. Finalizó observando que, aun cuando la forma de procesar y entregar los datos de pie a interpretaciones inexactas, ello es propio del debate público y académico;

F. El 30 de junio de 2009 acogió el reclamo deducido en contra del Ministerio Secretaría General de Gobierno, argumentando la improcedencia de sostener que los contratos de estudios deberían considerarse una unidad con los resultados de las encuestas y sondeos de opinión encargados por esa cartera de Estado, asimilándose en su calidad de reservados. Por el contrario, las hipótesis de reserva o secreto son excepcionales y, en tal carácter, de interpretación estricta y restrictiva. El supuesto del artículo 22° inciso final de la ley está referido sólo a los resultados pertinentes (Rol N° A32-09);

G. El 30 de junio de 2009 acogió, parcialmente, el requerimiento relativo a la negativa del SEREMI de Bienes Nacionales de entregar información personal de terceros, emanada del Servicio de Registro Civil, aseverando

que se trata de información pública, puesto que ha sido emitida y elaborada por un organismo estatal con presupuesto público (Rol N° A33-09);

H. El 3 de julio de 2009 acogió el amparo entablado en contra de la negativa de la Dirección del Trabajo a entregar información concerniente a multas impuestas por discriminación laboral, aseverando que se trata de antecedentes indudablemente públicos, según el artículo 5° de la ley, desestimando la alegación de hallarse cubierta por una causal de reserva (Rol N° A41-09);

I. El 10 de julio de 2009 hizo lugar al reclamo, una vez más, en contra del Ministerio Secretaría General de Gobierno con relación a la negativa de entregar información sobre gastos efectuados por encuestas entre 2000 y 2009, incluyendo los documentos de respaldo, aduciendo para ello, entre otros razonamientos, que no parece verosímil que una Secretaría de Estado ignore el número de contratos que celebra cada año, como tampoco que no los conserve (Rol N° A48-09);

J. El 5 de junio de 2009 acogió, parcialmente, el reclamo en contra del Consejo Nacional de Televisión sobre la base de haber constatado que ese organismo reguló la manera en que cumpliría la ley, incurriendo en errores e imprecisiones y yendo más allá de los requisitos fijados por la legislación, v. gr., al establecer plazos y recursos no previstos en ella (Rol N° R4-09); y

K. Finalmente, el 7 de septiembre de 2009 sentenció que Televisión Nacional de Chile debe publicar las remuneraciones que paga a sus ejecutivos principales, decisión que ha sido controvertida porque afectaría los derechos de los involucrados y el cumplimiento debido de las funciones del organismo señalado. Con base en consideraciones de esa naturaleza, aquel ente autónomo pidió reconsideración al Consejo y, de fracasar, anunció que recurrirá de ilegalidad a la Corte de Santiago⁵⁴.

VIII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fue dictada el diez de julio de 2008 y se halla enrolada con el N° 1051 de los asuntos decididos por esa Magistratura.

⁵⁴ Id., 10 y 18 de septiembre de 2009.

De ese extenso fallo cabe detenerse aquí sólo en los puntos que resumo en seguida.

19. Interpretación de normas conforme a la Constitución

Trátase de uno de los pronunciamientos del Tribunal en que se encuentra el mayor número de tal especie de acuerdo. Ella consiste en que la Magistratura aludida, con el concurso al menos de la mayoría de sus miembros⁵⁵, coincide en declarar que un precepto del proyecto de ley en examen debe ser estimado de acuerdo con o conforme a la Carta Política, pero en el entendido que debe ser interpretado, únicamente, con el sentido y alcance que el Tribunal fija en el considerando respectivo y en la parte resolutive de su sentencia. Trátase, en otras palabras, de los corrientemente denominados **fallos interpretativos**, en el sentido recién expuesto⁵⁶.

Así sucede con lo que preceptuaba el artículo 8° del proyecto sometido a control de supremacía, pues reconocía a cualquier persona el derecho a presentar reclamos ante el Consejo para la Transparencia si la Contraloría General de la República o el Banco Central incumplían lo ordenado en esa disposición. Ante ello, el Tribunal razonó lo siguiente⁵⁷:

“Trigesimoséptimo. Que, en diversas oportunidades –como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 8–, esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.

Atendido lo expuesto anteriormente y velando por el carácter autónomo que le asigna la Carta Fundamental a la Contraloría General de la República, en su artículo 98°, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del nuevo artículo 155°, que se agrega a la Ley Orgánica Constitucional del

⁵⁵ Constitución Política de la República, artículo 92° inciso 5°.

⁵⁶ En el tópico, puede consultarse Zapata Larraín, Patricio (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho Chileno y Comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, pp. 160 ss.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, rol N° 1051, considerandos 37° y 381°.

mismo organismo por el ARTÍCULO QUINTO del proyecto de ley en estudio, en el entendido de que a aquel no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8º del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado;

TRIGESIMOCTAVO.-Que, asimismo, esta Magistratura declarará constitucional el precepto transcrito en el considerando trigesimoquinto en el entendido de que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para la Contraloría General de la República, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía que la Constitución Política, en su artículo 98º, le ha conferido a dicho Organismo de Control Administrativo.

Esta Magistratura considera pertinente y necesario, además, aclarar que la referencia que se hace en el inciso final del mismo precepto al artículo 32, debe entenderse efectuada al artículo 33 de la normativa legal a la que se alude, ya que es en este último precepto y no en el que se indica, en el que se establecen las funciones del Consejo para la Transparencia”.

Idéntico criterio hermenéutico sostuvo el Tribunal a propósito del Banco Central⁵⁸ y del Ministerio Público⁵⁹. Con razonamientos adicionales, dicha Magistratura mantuvo esa interpretación con respecto al Tribunal Constitucional y a la Judicatura Electoral. Léase al respecto⁶⁰:

“CUADRAGESIMOSEXTO. Que este Tribunal declarará que la norma antes citada es constitucional, en el entendido de que ella no es aplicable al Tribunal Constitucional ni a los tribunales que integran la justicia electoral, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Por consiguiente, no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones. Por lo demás, el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8º de la Constitución, se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer,

⁵⁸ Id., considerando 39º.

⁵⁹ Id., considerando 42º.

⁶⁰ Id., considerando 46º.

en los términos que contempla el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos”.

20. Disposición declarada inconstitucional

Se halla en esta situación sólo un precepto, el cual afectaba la autonomía del Banco Central, razón por la que el Tribunal acordó eliminarlo⁶¹:

“CUADRAGESIMOPRIMERO. Que cabe reiterar aquí lo señalado en el considerando trigesimoséptimo de esta sentencia, en cuanto a que esta Magistratura ya se ha pronunciado, en diversas oportunidades –como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 80–, sobre la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado, como el Banco Central, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.

En razón de lo señalado anteriormente, esta Magistratura declarará constitucional el inciso segundo del nuevo artículo 65° bis de la Ley N° 18.840 –Orgánica Constitucional del Banco Central–, que es incorporado por el ARTÍCULO SÉPTIMO del proyecto de ley en examen, en el entendido de que no resulta aplicable a la referida institución pública el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, atendido el carácter de órgano constitucionalmente autónomo que le confiere el artículo 108° de la Carta Fundamental;

CUADRAGESIMOCUARTO. Que, en cumplimiento de su responsabilidad de velar por el respeto del principio de supremacía constitucional, asegurado en el inciso primero del artículo 6° de la Ley Suprema, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO del proyecto de ley en examen, en el entendido de que no resulta aplicable al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, ni al Tribunal Calificador de Elecciones lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del

⁶¹ Id., considerando 41° y 44°.

Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa– implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”.

IX. REFERENCIA A LA OCDE

Esta organización fue creada en París el 14 de diciembre de 1960, por acuerdo suscrito entre los países más afectados a raíz de la Segunda Guerra Mundial, incluyendo Canadá, Irlanda, España y Portugal. Después, la OCDE admitió a México y Turquía. Su objetivo esencial aparece enunciado en el razonamiento segundo que la fundamenta:

“La fortaleza económica y la prosperidad son esenciales para lograr los propósitos de las Naciones Unidas, la preservación de la libertad individual y el incremento del bienestar general”.

En el numeral 14º del tratado, se faculta a los Estados miembros para que, por consenso unánime, inviten a otros países a fin de incorporarse a la Organización. Tal es el caso de Chile desde 2006. Es preciso cumplir con antelación, sin embargo, una serie de compromisos, entre los cuales sobresalen los relativos a modificar la legislación interna, adecuándola a los postulados de transparencia y probidad que se propone lograr la OCDE, v. gr., con el objeto de combatir el narcotráfico, el lavado de dinero y el terrorismo.

Nuestro país está empeñado en satisfacer pronto tales exigencias, de las cuales destaco los siguientes cuatro proyectos de ley, cuya etapa de tramitación final transcurre hoy en el Congreso Nacional: intercambio de información tributaria, incluyendo el alzamiento justificado y controlado del secreto bancario; regulación de los gobiernos corporativos privados; tipificación de la responsabilidad penal de las empresas; y reforma tanto de la estructura societaria como de dirección de la Corporación del Cobre (CODELCO).

Lo decisivo de este avance yace, sin embargo, en que ya se está aplicando la tercera regla de oro de nuestro derecho público, umbral que cruzado por el legislador, los jueces y la ciudadanía permitirá no sólo que Chile ingrese a la OCDE sino que, como es obvio, nuestra democracia constitucional se enriquezca, porque es viva a raíz de ser práctica y diariamente vivida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic, Antonio (1961). *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Nascimento.

Aristóteles (1962). *La Política*. Barcelona: Iberia.

Aylwin Azócar, Patricio y Azócar Brunner, Eduardo (1996). *Manual de Derecho Administrativo*. Santiago: Universidad Andrés Bello.

Bandeira de Melo, Celso Antonio (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. México D.F.: Porrúa.

Bobbio, Norberto (1996). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Boeninger Kausel, Edgardo (2009). *Chile rumbo al futuro*. Propuestas para reflexiones. Santiago: Uqbar Editores.

Cappelletti, Mauro (2007). Obras. *La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México D.F.: Porrúa.

Carbonell, Miguel (compilador) (2008). *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*. México D.F.: Porrúa.

Cea Egaña, José Luis (1992). *Vida pública, vida privada y derecho a la información. Sobre el secreto y su reverso*. III Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, No.1-2

Cea Egaña, José Luis (2007). *Proyecciones de la separación de poderes en el estado contemporáneo*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, No.7, pp. 159 y ss.

Colin, Ambroise y Capitant, Henry (1922). *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Reus.

Cordero Vega, Luis (2007). *Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública*. Revista de Derecho Público. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, No.69.

Darbishire, Helen (2006). *El derecho a la información en América Latina*. Anuario de Derechos Humanos. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Fernández González, Miguel Ángel (2005). “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Constitución”. En Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis.

Fernández González, Miguel Ángel (2007). *El principio constitucional de publicidad*. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, No.69

García, Gonzalo y Contreras, Pablo (2009). *Derecho de acceso a la información en Chile. Nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional*. Revista Estudios Constitucionales. Santiago: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1997). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

Greppi, Andrea (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Madrid: Trotta.

Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John (1974). *El Federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Hernández Emparanza, Domingo (2005). “Notas sobre la reforma constitucional de 2005. Regionalización, probidad y publicidad de actos”. En Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador), *La Constitución reformada de 2005*. Santiago: Librotecnia.

Herrera Bravo, Roberto (2008). *Consideraciones sobre la dialéctica y el equilibrio entre la información pública y los datos personales*. Revista de Derecho de la Universidad de Viña del Mar, No.2.

Hesse, Konrad y Häberle, Peter (2008). *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. México D.F.: Porrúa.

Hoffmann-Riem, Wolfgang (2007). *La división de poderes como principio de ordenamiento*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Montevideo: Konrad Adenaur Stiftung, No.7, pp. 214 y ss.

Kant, Immanuel (1957). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Buenos Aires: Espasa-Calpe.

Matteucci, Nicola (1998). *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta.

Mijangos y González, Javier (2007). *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. México D.F.: Porrúa.

Montesquieu (1997). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Altaya.

Océano Langenscheidt (1999). *Compact diccionario de sinónimos y antónimos*. Barcelona: Océano.

Olano García, Hernán Alejandro (2006). *Interpretación y neoconstitucionalismo*. México D.F.: Porrúa.

Pantoja Bauzá, Rolando (1998). *La organización administrativa del Estado*. Santiago: Jurídica de Chile.

Rajevic Mosler, Enrique (2008). *Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información. La Ley No. 20.285 del 2008*. Gaceta Jurídica No. 338, pp. 11 y ss.

Real Academia Española de la Lengua (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa-Calpe.

Sainz Moreno, Fernando (1991). “Secreto e información en el Derecho Público”. En Martín Retortillo, Sebastián (coordinador), *III Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas.

Salazar Ugarte, Pedro (2008). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Santiago Nino, Carlos (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

Sartori, Giovanni (2007). *¿Qué es democracia?* Madrid: Taurus.

Soto Velasco, Sebastián (2009). *Ley de Transparencia. Desafíos en su aplicación*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección de Asuntos Públicos, No.30.

Sun-Zi o Sun Tzu (2000). *El arte de la guerra*. Santiago: Andrés Bello.

Tello, Cristóbal, Cerna, Marcelo y Pavón, Andrés (2009). *Acceso a la información pública. Los desafíos del Consejo de la Transparencia*. Anuario de Derechos Humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Zapata Larraín, Patricio (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho Chileno y Comparado*. Santiago: Jurídica de Chile.

Zúñiga Urbina, Francisco (2005) (coordinador). *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis.

NORMAS CITADAS:

Constitución Política, artículo 92° inciso 5°.

Ley No. 19.628, del 28 de agosto de 1999, artículos 12° y siguientes.

Ley No. 19.880, del 2003, establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, artículo 3°.

Ley No. 20.285, del 20 de agosto del 2008, sobre acceso a la información pública, artículo 2º inciso 1º e inciso 3º.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Decreto Supremo del Ministerio del Interior No. 291, del 26 de junio de 1974.

Resolución exenta No. 1.285, dictada por el Director del Servicio Electoral, del 21 de septiembre del 2009.

Tribunal Constitucional, Rol 39, 2 de octubre de 1968.

Tribunal Constitucional, Rol No. 1.051.

BASES CONSTITUCIONALES DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF THE TRANSPARENCY PRINCIPLE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la evolución histórica del principio de transparencia en Chile y las principales decisiones de la judicatura constitucional.

Palabras claves: Transparencia. Evolución histórica. Derecho Comparado. Antecedentes de reforma de 2005. Decisiones de los tribunales de justicia.

Abstract: This article analyzes the historic evolution of the principle of transparency in Chile and the principal decisions of the constitutional jurisdiction.

Key words: Transparency. Historical evolution. Comparative Law. Data of the 2005 reform. Court judgements.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Finis Terrae.

I. PRIMEROS TEXTOS CONSTITUCIONALES CHILENOS

Los antecedentes remotos del principio de transparencia en el Derecho chileno podemos encontrarlo en los primeros textos constitucionales dictados durante la primera mitad del siglo XIX.

Incluso, ya el Plan de Hacienda y Administración Pública, de 1817, se refiere a la publicidad de las cuentas, a través del Tribunal de Cuentas².

Por su parte, la Constitución Política de 1822 alude a la publicidad de la ley³ y de la Constitución⁴ como, asimismo, a la existencia de un Registro Público de Personas Privadas de Libertad⁵.

A su vez, la Constitución moralista de 1823 consagra el principio de publicidad de las actuaciones penales⁶.

Por su lado, la Constitución liberal de 1828 establece por primera vez la rendición anual de cuentas⁷.

La Constitución de 1833, además de reiterar el principio básico de la publicidad de las leyes y de la Constitución, prevé el secreto en materia de relaciones internacionales⁸.

² El Tribunal de Cuentas debía revisar todas las rentas y derechos pertenecientes al Estado. Así, dicho tribunal debía tomar razón “*de toda comisión que perciba caudales o intereses de la Hacienda pública*” (art. 94). Todo presupuesto de gastos de hacienda debía ser revisado, a objeto de representar “*cualquier exceso, dispendio o desarreglo que notaren respecto de lo propuesto, y su consiguiente ejecución*” (art. 95). En tal sentido, “*debe siempre este tribunal entender que toda cuenta y presupuesto no se le pasa para el simple examen del guarismo, sino para conocer sobre la veracidad y justicia de cada partida, a efecto de que jamás se dispendien los fondos públicos*” (art. 95). De modo que “*su objeto ha de ser evitar los fraudes que se maquinan contra éstos por el interés individual, y el velar principalmente que ninguno omita o retarde las debidas cuentas*” (art. 95).

³ El proyecto de ley aprobado por ambas Cámaras pasará al Director del Estado, “*para que lo suscriba y publique*” (art. 55 de la Constitución de 1822).

⁴ El Poder Ejecutivo debe determinar el modo “*como haya de publicarse*” la Constitución (art. 248).

⁵ El alcalde “*llevará un libro en que se asiente el día, hora y motivo de la prisión y nombre del juez que la decretó*” (art. 209).

⁶ El artículo 136 establece que “*en toda demanda se permite a las partes el acceso a sus jueces por juicios y procesos verbales*”.

⁷ Son deberes básicos del Poder Ejecutivo “*dar anualmente, al Congreso, luego que abra sus sesiones, razón del Estado de la Nación en todos los ramos del Gobierno*” (art. 84 N° 4).

⁸ “*Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas, si así lo exige el Presidente de la República*” (art. 82 N° 19). Sobre la Constitución de 1833, vid. Carrasco A., Manuel (1958).

Por su parte, ya en el siglo XX, la Constitución Política de 1925 establece reglas muy generales, en particular relativas a la publicidad de los procesos electorales⁹, de las actuaciones de los órganos colegiados¹⁰ e igualmente ciertas garantías del proceso penal.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

El texto primitivo de la Constitución de 1980¹¹ establecía breves referencias al principio de publicidad.

En primer lugar, se alude a la existencia de un “*sistema electoral público*”¹².

Del mismo modo, se tutelaba la “*vida pública*”¹³, lo que se eliminó en la reforma de 2005.

Por su lado, la contabilidad de los partidos políticos también debe ser pública¹⁴.

En materia de relaciones internacionales, se reitera la disposición según la cual “*las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere*”¹⁵.

La publicación de la ley, la que deberá efectuarse “*dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que quede totalmente tramitado el decreto promulgatorio*”¹⁶.

Comentarios sobre la Constitución de 1833. Santiago. Sobre la Constitución de 1833, vid. Huneeus Z., Jorge (1879). *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols. También sobre la carta de 1833, vid. Lastarria José V. (1856). *La Constitución Comentada*; y al final del período, Roldán, Alcibíades (1924). *Elementos de Derecho Constitucional*.

⁹ Se establece que los registros electorales “*serán públicos*” (art. 7).

¹⁰ Las dos ramas del Congreso “*reunidas en sesión pública*” tomarán conocimiento del escrutinio y procederán a proclamar al Presidente de la República (art. 64) Por su parte, respecto de la Constitución de 1925, vid. Guerra V., José G. (1929). *La Constitución de 1925*; Bernaschina G., Mario (1951). *Manual de Derecho Constitucional*; y Silva B., Alejandro (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols.

¹¹ Vid. Navarro B., Enrique (2001). *20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*. Santiago.

¹² Constitución Política, artículo 18.

¹³ Constitución Política, artículo 19 N° 4.

¹⁴ Constitución Política, artículo 19 N° 15.

¹⁵ Constitución Política, artículo 32 N° 4.

¹⁶ Constitución Política, artículo 72.

Por último, el texto original de la Carta de 1980 expresaba que los acuerdos u opiniones del Consejo de Seguridad Nacional serían “*públicos o privados*”, según lo determinara para cada caso dicho órgano¹⁷.

III. REFERENCIA AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Las clásicas constituciones europeas no se refieren mucho a este tópico, que no sea en relación a la publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado y, en particular, de la ley.

En efecto, la Carta Fundamental italiana de 1947 establece que las sesiones del Parlamento serán públicas, sin perjuicio de que pueda acordarse reunirse en sesión secreta¹⁸. El Reglamento de las Cámaras debe especificar la forma de publicidad de los trabajos de sus comisiones¹⁹. Por último, se alude a la obligación de publicación de las leyes²⁰, de los decretos con fuerza de ley²¹ y de los reglamentos regionales²².

La Ley Fundamental alemana de 1949, además de reiterar normas similares en cuanto a que las sesiones del Bundestag son públicas²³ y la publicidad de las disposiciones jurídicas²⁴, agrega que los partidos políticos deben “*dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio*”²⁵.

La Constitución francesa de 1958 indica que las sesiones de las dos Cámaras serán públicas y que el acta integral de los debates se publicará en el boletín

¹⁷ Constitución Política, artículo 96. La actual normativa expresa que “*las actas del Consejo serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros determine lo contrario*” (artículo 107, inciso 3°).

¹⁸ Constitución Política de Italia, artículo 64.

¹⁹ *Ibíd.*, artículo 72.

²⁰ *Ibíd.*, artículo 73.

²¹ *Ibíd.*, artículo 77.

²² *Ibíd.*, artículo 123.

²³ Constitución Política de Alemania, artículo 42 N° 1. Vid. Hesse, Conrado (1996). Significado de los Derechos Fundamentales, en Benda, Maihofer; Vogel, Hesse; Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

²⁴ *Ibíd.*, artículo 82.

²⁵ *Ibíd.*, artículo 21.

oficial. Del mismo modo, cada Cámara podrá reunirse en sesión secreta a petición del Primer Ministro o una décima parte de sus miembros²⁶.

Por último, la Constitución española de 1978 alude a la publicidad de las normas²⁷, de las sesiones de las Cámaras²⁸ y de las actuaciones judiciales²⁹, a la vez que preceptúa que la ley deberá regular “*el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*”³⁰.

Cabe tener presente que la Constitución de los Estados Unidos de América expresa que “*cada una de las Cámaras llevará un diario de sus diligencias, el cual será publicado a intervalos regulares, salvo las partes que a juicio de aquellas deban permanecer en secreto*”³¹.

Tratándose de las constituciones iberoamericanas, la situación es disímil, de acuerdo a la época de las mismas. Algunas establecen principios muy generales acerca de la publicidad y transparencia.

Así, la de Paraguay, de 1992, sólo se refiere a la publicación de las leyes³² y al carácter público de los juicios³³. O, como en el caso de Puerto Rico, que las sesiones serán públicas³⁴. O la publicidad de las leyes, como expresan las de El Salvador, de 1983³⁵, Honduras, de 1982³⁶ o Nicaragua, de 1986³⁷.

En otros casos, existen regulaciones referidas a los partidos políticos. Por ejemplo, la Constitución argentina alude a la obligación de los partidos políticos de dar publicidad acerca del origen y destino de sus fondos y

²⁶ Constitución Política de Francia, artículo 33.

²⁷ Constitución Política de España, artículo 9 N° 3.

²⁸ *Ibíd.*, artículo 80.

²⁹ *Ibíd.*, artículo 120. Además, las sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse en los boletines oficiales.

³⁰ *Ibíd.*, artículo 105 b). Vid. Fernández Segado, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.

³¹ Constitución de Estados Unidos de América, sección 5, N° 3.

³² Constitución de Paraguay, artículo 213.

³³ *Ibíd.*, artículo 256.

³⁴ Constitución de Puerto Rico, artículo III, sección 11.

³⁵ Constitución de El Salvador, artículo 140.

³⁶ Constitución de Honduras, artículo 221.

³⁷ Constitución de Nicaragua, artículo 141.

patrimonio³⁸. En Uruguay, la Carta de 1967 establece que los partidos políticos deben “*dar la máxima publicidad a sus cartas orgánicas y programas de principios, en forma tal que el ciudadano pueda conocerlos ampliamente*”³⁹. La de Costa Rica, de 1949, alude a la publicidad en relación a las contribuciones privadas a los partidos políticos⁴⁰, aunque también garantiza “el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, exceptuando los secretos de Estado⁴¹.

La reciente aprobada Constitución de República Dominicana alude a la transparencia y publicidad, dentro de los principios que debe orientar la actuación de la Administración Pública⁴².

La Carta Fundamental de Colombia, además de las referencias generales acerca de la publicidad de las sesiones de las Cámaras y de las leyes y actuaciones judiciales, consagra también el derecho de todas las personas a “*acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley*”⁴³.

Cabe destacar que la Constitución mexicana incorporó expresamente una serie de principios y bases que deben regir el derecho de acceso a la información, conforme a los cuales:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

³⁸ Constitución de Argentina, artículo 38. Vid. Sagües, Néstor (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

³⁹ Constitución de Uruguay, artículo 77, N° 11.

⁴⁰ Constitución de Costa Rica, artículo 96.

⁴¹ *Ibíd.*, artículo 30.

⁴² Constitución de República Dominicana, artículo 138.

⁴³ Constitución de Colombia, artículo 74. Vid. Pérez Escobar, Jacobo (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos.

Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”⁴⁴.

La Constitución de Perú de 1993 consagra el derecho a “solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional”⁴⁵. Del mismo modo, se alude a la transparencia en relación al origen de los recursos económicos de los partidos políticos⁴⁶.

La Ley Fundamental de Venezuela tutela el derecho a ser informado “por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”⁴⁷.

⁴⁴ Constitución Política de México, artículo 6. Vid. Burgoa, Ignacio (2009). *Derecho Constitucional Mexicano*. México.

⁴⁵ Constitución Política de Perú, artículo 2 N° 1.

⁴⁶ *Ibíd.*, artículo 35.

⁴⁷ Constitución de Venezuela, artículo 143.

La Constitución ecuatoriana de 2008 consagra expresamente el derecho de las personas a “*acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas*”. A la vez que, agrega, “*no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información*”⁴⁸. Para tal efecto, se prevé expresamente una acción de acceso a la información pública⁴⁹. A la vez que se crea una Función de Transparencia y Control Social⁵⁰.

La Constitución boliviana de 2009 consagra la publicidad y transparencia con motivo de la jurisdicción⁵¹, de la administración⁵² y de la política fiscal⁵³.

Finalmente, cabe citar el caso de Panamá, en la que se consagra el acceso a las bases de datos o registros⁵⁴.

IV. EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN Y LOS ANTECEDENTES PREVIOS DEL ARTÍCULO OCTAVO

Como se sabe, la Comisión de Ética Pública, en 1994, instó a legislar sobre acceso a la información. En tal sentido, se estimó conveniente incorporar en la Constitución Política de la República los principios de probidad funcionaria y de transparencia en la función pública.

Así, se consideró necesario que en un nuevo artículo, octavo, además de incorporar el principio de probidad, “*debiera expresarse que toda función pública*

⁴⁸ Constitución de Ecuador, artículo 18 N° 2.

⁴⁹ Ibid. artículo 91. La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley.

⁵⁰ Ibid. artículo 204. La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa.

⁵¹ Constitución de Bolivia, artículo 180.

⁵² Ibid., artículo 232.

⁵³ Ibid., artículo 323.

⁵⁴ Constitución de Panamá, artículo 43.

se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto”⁵⁵.

Del mismo modo, cabe recordar que a fines de los noventa se modifica la Ley de Bases de la Administración del Estado, incorporando expresamente el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, *“de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”⁵⁶.*

De esta forma, como ha señalado el Tribunal Constitucional, *“el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental”⁵⁷.*

De igual modo, debe destacarse la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en el 2006, en el caso Marcel Claude Reyes y otros contra la República de Chile, en el que se resalta que *“el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica. Es ampliamente reconocido que, sin acceso público a la información en poder del Estado, los beneficios políticos que derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite un debate público sólido e informado. De esta manera el acceso a la información habilita a los ciudadanos para asumir un papel activo en el gobierno, que es condición de una democracia sana. Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos. El acceso a la información en poder del Estado es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios*

⁵⁵ Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre probidad pública y la prevención de la corrupción, creada por Decreto Nº 423, publicado en el Diario Oficial el 18 de abril de 1994. Una década después, se propusieron diversas medidas para fortalecer la transparencia.

⁵⁶ Artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley 19.653.

⁵⁷ Tribunal Constitucional, Rol 634, consid. 11.

gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos”⁵⁸.

Cabe sí señalar que, en la misma decisión, la Corte Interamericana si bien se destaca la nueva legislación dictada a fines de los noventa, la estima insuficiente por considerar que sólo se aplica a los actos administrativos y por la amplitud y vaguedad de las excepciones previstas⁵⁹.

Ahora bien, el derecho a recibir la información forma parte de la libertad de expresión tutelada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. En efecto, tal como lo señalara el Tribunal Constitucional, la *“historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información– comprenden también el derecho a recibir informaciones”⁶⁰.*

El mismo Tribunal ha concluido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– *“como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía”*. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, *“constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos”⁶¹.*

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 Y LA CONSAGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

La reforma constitucional de 2005 consagra expresamente la publicidad, en el inciso segundo del artículo octavo⁶², al indicar que *“son públicos*

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio de 2005, cap. VII, N° 48.

⁵⁹ *Ibíd.*, cap. VII, N° 90.

⁶⁰ Tribunal Constitucional, Rol 226, 30.10.1995, consid. 20.

⁶¹ Tribunal Constitucional, Rol 634, 9.08.2007, consid.

⁶² La moción de los senadores de la Alianza por Chile (Boletín N° 2526-07), que sirvió de base al texto aprobado, proponía: *“Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos*

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 aquellos o de estos, 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”.

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional, la publicidad y la transparencia no son términos idénticos⁶³.

Como ha señalado un autor, la publicidad “*se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios*”, mientras que la transparencia “*se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas*”⁶⁴.

Durante la tramitación de la reforma constitucional, se recordó por el profesor Rolando Pantoja que la publicidad se “*entiende que es una norma*

que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Por su parte, la moción de los senadores de la Concertación (Boletín N° 2534-07) expresaba que “*toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella*”. En el debate producido en la Comisión del Senado, se incorporó no sólo las “*resoluciones*” sino también los “*actos*” de la Administración.

⁶³ El profesor Rolando Pantoja hace presente que “*en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos*”. Por su lado, el profesor Humberto Nogueira indicó que el principio de transparencia “*dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática*”. (En Pfeffer, Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Jurídica de Chile pp. 29 y 30). En el mismo sentido, el senador Larraín hizo presente que la publicidad “*consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan*”, mientras que la transparencia “*significa que las personas puedan acceder a la información*” (En Senado de la República (2006), *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación* (p. 49)).

⁶⁴ Hernández E., Domingo (2005). *Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos*. En La Constitución Reformada de 2005. Humberto Nogueira A., p. 33

*implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos*⁶⁵.

Efectivamente, es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece nuestro artículo octavo. Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio, uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que *“la publicidad es la regla; el secreto la excepción”*⁶⁶.

Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19 N° 14, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

Por último, no debe olvidarse que las excepciones sólo pueden establecerse por ley de quórum⁶⁷ y que estas deben interpretarse restrictivamente⁶⁸.

⁶⁵ Pfeffer U., Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Jurídica de Chile, p. 29.

⁶⁶ Bobbio, Norberto (2001). *El futuro de la democracia*. México: FCE.

⁶⁷ Este punto fue resaltado por la diputada señora Guzmán, enfatizando que *“los problemas que actualmente genera la aplicación de la ley de probidad en lo que concierne a la transparencia de los actos de Gobierno se deben a que cada servicio, incluso mediante un reglamento, puede decretar el secreto y la confidencialidad de los actos propios de sus funciones. Eso, obviamente, lleva a que nada sea transparente”* (En Senado de la República (2006). *Reformas constitucionales 2005*, historia y tramitación, p. 60). Como señala un autor, *“debe descartarse, desde luego, toda alternativa de restringir el principio por medio de actos reglamentarios o, incluso, a través de decretos con fuerza de ley”* (Hernández E., Domingo (2005). “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”. En *La Constitución Reformada de 2005* (p.36). Ed. Humberto Nogueira A.). Otro autor, en el mismo sentido, sostiene que *“es inconstitucional –y siempre lo ha sido– declarar la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas”*. Por lo mismo, se habría producido la *“derogación de todos los preceptos reglamentarios que, en la actualidad, declaran confidencialidad de actos del Estado, así como las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso de inferior jerarquía que estos”* Fernández G., Miguel Ángel A. (2005). “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2°, de la Constitución”. En Zúñiga, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, pp. 200 y 205). Con matices, por último, se ha afirmado que el texto constitucional vigoriza la publicidad *“al elevarla a rango constitucional como regla general, definiendo los objetivos que autorizan su restricción y entregando a un legislador especial –de quórum calificado– el desarrollo de estos casos de excepción, minimizando la potestad*

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que al referirse a los derechos de las personas, dicha expresión “*está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos*”⁶⁹. Concluyendo que una disposición que permite que el jefe superior del órgano requerido deniegue, por resolución fundada, la entrega de determinada información que se le solicita, en base a una supuesta “*afectación sensible de intereses de terceras personas*”, *no resulta compatible con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, y como se recordó, desde la vigencia de la Ley N° 20.050 sólo corresponde a una ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcance de las causales de secreto o reserva previstas en la Carta Fundamental. Así, la autoridad administrativa debe sujetarse a los parámetros fijados por aquella a la hora de denegar la entrega de documentación pública que le haya sido solicitada, por estar afecta a secreto o reserva*”⁷⁰.

En cumplimiento del mandato constitucional, se dictó la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y que fuera publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto del 2008⁷¹.

De acuerdo a la misma, en virtud del principio de transparencia de la función pública, “*los actos y resoluciones de los órganos del Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirven 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*”⁷². 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*”⁷³.

reglamentaria” (Ramírez A., José A. (2005). “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”. En Zúñiga, Francisco (coordinador), *Reforma Constitucional*, p. 244).

⁶⁸ En tal sentido, el senador Larraín señaló que las excepciones “*deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal*” (En Senado de la República (2006). Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación, p. 55).

⁶⁹ Tribunal Constitucional Rol 634, consid, 23.

⁷⁰ *Ibíd.*, consid. 28.

⁷¹ El Reglamento de la misma se contiene en el Decreto N° 13, publicado en el Diario Oficial el 13 de abril del 2009.

⁷² Artículo 5, inciso 1º de la Ley N° 20.285.

⁷³ Artículo 5, inciso 2 de la Ley N° 20.285.

Para efectos de lo anterior, se regulan los antecedentes actualizados que deben mantenerse a disposición del público en los sitios electrónicos por parte de los órganos de la administración, principio conocido como “transparencia activa”⁷⁴. Del mismo modo, se regula el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, específicamente los principios que lo informan⁷⁵, el procedimiento ante la autoridad, el amparo ante el Consejo de Transparencia y el reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones⁷⁶. Obviamente, también se contiene la normativa que regula el régimen jurídico del Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público⁷⁷.

VI. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y NUEVO CONTENCIOSO

1. Sentencia del TC y órganos autónomos

Al Tribunal Constitucional, le correspondió revisar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N° 20.285⁷⁸. Especialmente, en relación a leyes orgánicas constitucionales de ciertas instituciones.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República⁷⁹. De igual forma, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el Consejo de Transparencia⁸⁰ y, por lo mismo, no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo⁸¹.

⁷⁴ Título III de la Ley N° 20.285.

⁷⁵ Particularmente, los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad (artículo 11).

⁷⁶ Título IV de la Ley N° 20.285.

⁷⁷ Título V de la Ley N° 20.285. Sobre el primero año de labor de dicho órgano, vid. Rajevic M., Enrique (2009). *La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, pp. 31 y ss.

⁷⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 1051.

⁷⁹ *Ibíd.*, consid. 34.

⁸⁰ *Ibíd.*, consid. 37.

⁸¹ *Ibíd.*, consid. 38.

En relación al Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido Consejo para la Transparencia⁸².

Idéntico razonamiento se efectúa respecto de Ministerio Público⁸³, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, *“por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa– implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”*⁸⁴. Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia⁸⁵.

Adicionalmente, se establece que no resulta procedente el reclamo de legalidad respecto del Tribunal Constitucional y de los tribunales electorales, *“toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”*. Por consiguiente, *“no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones”*. Por lo demás, se concluye *“el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8º de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos”*⁸⁶.

⁸² *Ibíd.*, consid. 41. Cabe tener presente que se declaró inconstitucional la normativa que obligaba al Banco Central a “adoptar” las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, al estimar que dichos términos imperativos afectaban su autonomía constitucional (consid. 54).

⁸³ La Corte Suprema, en reciente queja, acogida, ha señalado que respecto del Ministerio Público debe reclamarse directamente ante la Corte de apelaciones respectiva (Rol N° 6787-2010, 6 de diciembre del 2010).

⁸⁴ *Ibíd.*, consid. 44.

⁸⁵ *Ibíd.*, consid. 48.

⁸⁶ *Ibíd.*, consid. 46.

Debe destacarse una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en la que se declaró la inconstitucionalidad de un Auto Acordado dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, que regulaba el procedimiento disciplinario, que se estimó infringía la garantía de publicidad prevista en el artículo octavo constitucional⁸⁷.

2. Contencioso administrativo

Resulta interesante analizar algunos pronunciamientos que ya han ido efectuando las Cortes de Apelaciones, tanto desde el punto de vista formal como de fondo.

a) Aspectos procesales

Así, por ejemplo, en cuanto a aspectos procedimentales, se ha señalado que la reclamación no sólo procede respecto de la resolución que deniega el acceso a la información⁸⁸. No es viable el reclamo respecto de entidad administrativa que ha rechazado acceso basado en el número 1° del artículo 21 de la Ley 20.285⁸⁹.

La Corte Suprema, a su turno, ha estimado improcedente el recurso de apelación respecto de sentencias interlocutorias dictadas por la Corte de Apelaciones conociendo del reclamo⁹⁰. Del mismo modo, existen decisiones sobre contiendas de competencia del máximo tribunal⁹¹.

De igual manera, destacan pronunciamientos acerca de la extemporaneidad de la presentación⁹² y cosa juzgada⁹³.

⁸⁷ En tal sentido, se cuestiona el carácter reservado de la investigación sumarial, concluyendo que *“la contradicción de la norma impugnada con la Carta Fundamental se hace evidente con el solo contraste de la literalidad de ambos preceptos, pues mientras el de rango inferior, la letra d) del número 4° del Auto Acordado establece una reserva absoluta del sumario administrativo –el que se compone de actuaciones y resoluciones de un órgano del Estado–, reserva que alcanza incluso al funcionario sujeto a investigación, el precepto de mayor jerarquía, contenido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, dispone la publicidad de los procedimientos y resoluciones de los órganos del Estado, salvo que el secreto sea dispuesto por una ley de quórum calificado, fundada en las razones que la propia Constitución establece, lo que no ocurre en la especie”* (Rol 783, consid. 17).

⁸⁸ ICA de Santiago, Rol 943-2010. En el mismo sentido, Rol 2080-2010.

⁸⁹ ICA de Santiago, Rol 5975-2010, 20 de mayo de 2011. También en ICA de Iquique, Rol 199-2010, 24 de mayo de 2011.

⁹⁰ Corte Suprema, Rol 5799-2010, 29 de octubre del 2010. En igual sentido, Rol 2874-2011, 1 de julio del 2011.

⁹¹ Corte Suprema, Rol 6693-2010, 28 de marzo del 2011.

⁹² ICA de Santiago, Rol 4625-2009, 23 de octubre del 2009. Igualmente, vid. Roles 4039-2011, del 26 de octubre del 2011, y 7732-2010, del 16 de septiembre del 2011.

También se ha analizado la naturaleza jurídica de las resoluciones que disponen la entrega de documentos, diferenciando entre aquellas que causan ejecutoria y ejecutoriadas⁹⁴.

Igualmente, se ha referido a la forma de notificación por parte de la administración para que terceros hagan valer sus derechos⁹⁵.

Cabe señalar que se ha insistido que el reclamante debe ser afectado en sus derechos⁹⁶, tener interés legítimo⁹⁷ e invocar información objetiva y determinada⁹⁸. Del mismo modo, la presentación debe contener fundamentos y peticiones⁹⁹. Además, en el proceso, deben allegarse antecedentes para acreditar existencia de acto, resolución, acta, contrato o acuerdo en poder del servicio¹⁰⁰.

También se ha sentenciado que el proceso de amparo no debe suplantar otros procesos específicos, como el minero¹⁰¹, sin perjuicio que se ha aceptado como mecanismo de información para los concejales, independiente de la Ley Orgánica Municipal¹⁰². A su vez, no corresponde otorgar más de lo solicitado por peticionario¹⁰³ o aquello que ha estado “en la mente” del funcionario¹⁰⁴. La Corte Suprema ha puntualizado que el haberse solicitado información como medio de prueba en un juicio es diferente del proceso de amparo¹⁰⁵.

En cuanto a las atribuciones del Consejo, se ha sentenciado que no le corresponde solicitar modificaciones de ordenanza municipal¹⁰⁶.

⁹³ ICA de Santiago, Rol 7390-2009, 9 de mayo del 2011.

⁹⁴ Corte Suprema, Rol 7351-2012, 31 de diciembre del 2012.

⁹⁵ ICA de Punta Arenas, Rol 131-2012, 4 de diciembre del 2012.

⁹⁶ ICA de Santiago, Rol 2143-2011, 19 de octubre del 2011.

⁹⁷ ICA de Santiago, Rol 6143-2010, 28 de enero del 2011.

⁹⁸ ICA de Temuco, Rol 825-2011, 9 de noviembre del 2012.

⁹⁹ ICA de Valparaíso, Rol 288-2011, 17 de junio del 2011.

¹⁰⁰ ICA de Valparaíso, Rol 2173-2011, 16 de octubre del 2012.

¹⁰¹ ICA de Santiago, Rol 885-2011, 15 de febrero del 2012.

¹⁰² ICA de Chillán, Rol 446-2010, 26 de abril del 2011.

¹⁰³ ICA de Santiago, Rol 3496-2010, 4 de enero del 2011.

¹⁰⁴ ICA de Santiago, Rol 2442-2010, 20 de septiembre del 2011.

¹⁰⁵ Corte Suprema, Rol 4000-2011, 16 de septiembre del 2011.

¹⁰⁶ ICA de Santiago, Rol 1187-2010, 23 de noviembre del 2011.

b) Aspectos de fondo

En cuanto al fondo, se han revocado decisiones del Consejo para la Transparencia respecto de la información sobre procesos de selección realizados por la Dirección Nacional del Servicio Civil¹⁰⁷. Igualmente, ha ocurrido, en materia laboral, respecto de registro de participantes de sindicato¹⁰⁸ y en relación a información de Superintendencia de Banco, correspondiente a detalle anual de sanciones aplicadas a instituciones¹⁰⁹. La Corte Suprema ha acogido recursos de queja respecto de antecedentes recabados por el Consejo de Defensa del Estado para la procedencia de ciertas acciones, estimando afectado el secreto profesional¹¹⁰.

Además, se ha determinado que debe excluirse actas de directorio de una fundación, limitándose la entrega de antecedentes a la memoria y balances de dicho ente, modificándose en parte lo resuelto en sede de amparo¹¹¹.

A su vez, se han confirmado decisiones referidas a la información y antecedentes que debe entregar una universidad estatal¹¹², la obligación de un municipio de otorgar información educacional¹¹³ y nómina de patentes¹¹⁴ e igualmente bases de datos para emitir boletas de cobro de extracción de basura¹¹⁵, como a su vez la individualización de actuarios de un sumario¹¹⁶ o la información que debe contenerse en un sitio electrónico¹¹⁷.

¹⁰⁷ ICA de Santiago, Rol 943-2010, 3 de septiembre del 2010. Una decisión diversa, en Rol 2080-2010, 22 de noviembre del 2010, donde se obliga a entregar la información. Vid. también, Rol 7514-2010, 26 de julio del 2012.

¹⁰⁸ ICA de Santiago, Rol 5086-11, 21 de agosto del 2012. Igualmente, respecto de convenio colectivo que tenga Dirección de Trabajo (ICA de Santiago, Rol 989-2011, 8 de mayo del 2012) e instrumentos colectivos firmados entre empresa y sindicato (ICA de Santiago, Rol 806-2011, 31 de mayo del 2011). En cambio, se ha estimado que no es público la nómina de trabajadores de empresa que participan en elección de delegados sindicales (ICA de Santiago, Rol 7329-2011, 4 de abril del 2012).

¹⁰⁹ ICA de Santiago, Rol 1344-12, 23 de agosto del 2012.

¹¹⁰ Roles 2582-2012, 2788-2012 y 2423-2012, todos del 28 de noviembre del 2012. Similar razonamiento en ICA de Santiago, Rol 9314-2011, 12 de noviembre del 2012.

¹¹¹ ICA de Santiago, Rol 950-2010, 7 de octubre del 2010.

¹¹² ICA de Santiago, Rol 1803-2010, 1º de octubre del 2010. En el mismo sentido, respecto de USACH (Rol 1349-2011, 3 de enero del 2012) y U. A. Prat (Rol 279-2011, 17 de noviembre del 2011).

¹¹³ ICA de Valparaíso, Rol 294-2010, 29 de junio del 2010. En el mismo sentido, ICA de Santiago, respecto de los antecedentes de concurso público para docente en una corporación municipal, Rol 8131-2009, 10 de agosto del 2010.

¹¹⁴ ICA de Santiago, Rol 2619-2012, 28 de diciembre del 2012.

¹¹⁵ ICA de Santiago, Rol 710-2012, 1 de octubre del 2012.

¹¹⁶ ICA de Santiago, Rol 2335-2010, 1 de diciembre del 2010. También en materia municipal (ICA de Concepción, Rol 367-2012, 24 de septiembre del 2012).

¹¹⁷ ICA de Valparaíso, Rol 2361-2009, 14 de junio del 2010.

Se ha exigido a las corporaciones municipales cumplir también con el principio de transparencia¹¹⁸.

Del mismo modo, se ha sentenciado que debe entregarse ciertos informes en procesos de postulación realizados por el Servicio de Impuestos Internos¹¹⁹, la documentación que dispone la Subsecretaría de Minería respecto de un paso fronterizo de un proyecto minero¹²⁰, el sumario administrativo efectuado por la PDI¹²¹, la información sobre sustancias tóxicas de que dispone la Subsecretaría de Salud¹²², diversos antecedentes respecto de actos de la Superintendencia de Valores y Seguros¹²³ o de Ministerio de Justicia¹²⁴ y la individualización de las personas que desempeñan la función de capellanes en el Ejército¹²⁵.

Deben destacarse que no se han estimado como públicos correos electrónicos de funcionarios¹²⁶ –aunque no ha sido unánime la

¹¹⁸ ICA de Puerto Montt, Rol 395-2010, 27 de enero del 2011. También ICA de Santiago, Rol 906-2011, 13 de febrero del 2012.

¹¹⁹ ICA de Santiago, Rol 8067-2009, 25 de mayo del 2010. También respecto de oficios internos (ICA de Santiago, Rol 8806-2011, 30 de agosto del 2012), cartilla del sistema de información integrada de contribuyente (ICA de Santiago, Rol 879-2012, 29 de agosto del 2012) y antecedentes vinculados a procedimiento aplicado a funcionario que se aplicó descuento (ICA de Santiago, Rol 5856-2011, 1 de junio del 2012). En cambio, se ha sentenciado que no es público el catastro de información sobre contribuciones (ICA de Santiago, Rol 7804-2011, 20 de abril del 2012. En sentido contrario, Rol 1019-2011, 17 de abril del 2012). Del mismo modo, se ha estimado que no es público los antecedentes de fiscalización tributaria (ICA de Santiago, Rol 7319-2010, 24 de agosto del 2011) e igualmente formularios de declaración sobre enajenación de bienes (ICA de Santiago, Rol 6143-2010, 28 de enero del 2011).

¹²⁰ ICA de Santiago, Rol 8405-2009, 4 de octubre del 2010.

¹²¹ ICA de Santiago, Rol 2267-2010, 25 de octubre del 2010. También orden de aprehensión (ICA de Santiago, Rol 6252-2011, 28 de noviembre del 2011).

¹²² ICA de Santiago, Rol 1103-2010, 6 de diciembre del 2010.

¹²³ Por ejemplo, en relación a funcionarios que tengan acciones de empresas que fiscalizan (ICA de Santiago, Roles 5619-2012 y 5119-2012, ambos del 23 de noviembre del 2012). Igualmente, respecto de resoluciones en procedimientos de fiscalización por uso de información privilegiada (ICA de Santiago, Rol 5186-2012, 11 de diciembre del 2012) e informes internos (ICA de Santiago, Rol 3746-2011, 15 de mayo del 2012).

¹²⁴ Respecto de información de corporación (ICA de Santiago, Rol 841-2012, 7 de diciembre del 2012).

¹²⁵ ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010. También se estima como pública antecedentes de licitación efectuada por Estado Mayor Conjunto (ICA de Santiago, Rol 7497-2011, 24 de mayo del 2012).

¹²⁶ ICA de Santiago, Rol 6704-2011, 17 de diciembre del 2012.

jurisprudencia¹²⁷, información sobre ingreso y salida de funcionario de edificio público¹²⁸, antecedentes sobre acreditación universitaria¹²⁹, nómina de profesionales médicos que participación en decisión que motiva oficio de Superintendencia de Seguridad Social¹³⁰, audios de sesiones de Consejo Nacional de Cultura y de las Artes¹³¹, antecedentes de denuncia presentada ante Aduana¹³², carpeta de indulto de Ministerio de Justicia¹³³, investigación sumaria de servicio de salud¹³⁴, antecedentes de evaluadores de concurso de CONICYT¹³⁵ e informes sobre campaña pública de salud¹³⁶.

Se ha sentenciado que infringe la seguridad nacional cierta información en poder de las fuerzas armadas¹³⁷.

A su vez, se ha considerado que afecta el funcionamiento del órgano, por ejemplo, cierta información sobre planes de manejo de CONAF¹³⁸, estudios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones¹³⁹.

¹²⁷ Por ejemplo, respecto de MIDEPLAN (ICA de Santiago, Rol 7932-2011, 9 de mayo del 2012) e igualmente en relación al Consejo Nacional de Cultura y de las Artes (ICA de Valparaíso, Rol 125-2011, 12 de julio del 2011).

¹²⁸ ICA de Santiago, Rol 1002-2011, 2 de abril del 2012.

¹²⁹ ICA de Santiago, Rol 2742-2011, 22 de septiembre del 2012.

¹³⁰ ICA de Santiago, Rol 6189-2010, 10 de noviembre del 2011.

¹³¹ ICA de Valparaíso, Rol 529-2011, 27 de octubre del 2011. Igualmente, respecto de antecedentes de funcionamiento interno (ICA de Valparaíso, Rol 2067-2010, 7 de julio del 2011).

¹³² ICA de Valparaíso, Rol 78-2011, 29 de julio del 2011.

¹³³ ICA de Santiago, Rol 6190-2010, 30 de junio del 2011.

¹³⁴ ICA de Valparaíso, Rol 1238-2010, 27 de mayo del 2011.

¹³⁵ ICA de Santiago, Rol 320-2011, 31 de mayo del 2011.

¹³⁶ ICA de Santiago, Rol 5955-2009, 17 de enero del 2011.

¹³⁷ Por ejemplo, respecto de número de bombas lacrimógenas empleadas por Carabineros (ICA de Santiago, Rol 4366-2012, 30 de octubre del 2012), proceso de calificación de miembros de la Armada (ICA de Santiago, Rol 1007-2011, 29 de junio del 2011) o antecedentes de lista de retiro de Fuerza Aérea (ICA de Santiago, Rol 1948-2010, 8 de marzo del 2011). También se rechaza solicitud de información sobre conducta de postulante a Carabineros (ICA de Talca, Rol 891-2011, 22 de mayo del 2012).

¹³⁸ ICA de Santiago, Rol 2617-2012, 3 de diciembre del 2012. Igualmente, respecto de antecedentes que originaron causa de policía local por tala ilegal de bosque (ICA de Santiago, Rol 5979-2010, 7 de julio del 2011). En relación a CONAF, vid. también sentencias de ICA de Santiago (Rol 8131-2009) y de San Miguel (Rol 132-2010).

¹³⁹ ICA de Santiago, Rol 3289-2012, 30 de octubre del 2012.

La afectación de derechos comerciales de terceros también ha sido invocada, respecto de exportación de minerales¹⁴⁰. Se ha protegido identidad de denunciante en sumario, fundado en derechos de terceros¹⁴¹.

3. Decisiones del TC en materia de inaplicabilidad

Por último, debe señalarse que al Tribunal Constitucional le ha correspondido conocer de algunas presentaciones de inaplicabilidad dirigidas en contra de determinados preceptos contenidos en la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información.

Así, desechó recursos dirigidos contra el artículo 2º, en el marco de un juicio en que se reclamaba la publicidad de los profesores de la Universidad de Chile¹⁴² e igualmente respecto del artículo décimo, letra h), referido a las remuneraciones de ciertos directores superiores de TVN¹⁴³.

Mientras, se acogieron dos acciones de inaplicabilidad. La primera, respecto del inciso 2º, del artículo 5º, y de la letra b), del numeral 1º del artículo 21 de la referida ley, al estimarse que afectaba la vida privada del recurrente, como consecuencia de que se faculta al Consejo para la Transparencia para disponer la exhibición de evaluaciones personales, en relación a informes sicolaborales¹⁴⁴. La segunda, dirigida contra el aludido inciso 2º del mismo artículo 5º, al considerarse que se infringe la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, al obligarse a exhibir correos electrónicos de funcionario público¹⁴⁵.

¹⁴⁰ ICA de Santiago, Rol 6032-2010, 30 de junio del 2011.

¹⁴¹ ICA de Iquique, Rol 551-2010, 20 de mayo del 2011.

¹⁴² Tribunal Constitucional, Rol 1892-2011, 17 de noviembre del 2011. La ICA de Santiago acoge en parte requerimiento de U. de Chile (Rol 6248-2011, 7 de junio del 2012). También se acoge requerimiento en relación a documento que no está en su poder (ICA de Santiago, Rol 6624-2011, 16 de mayo del 2012).

¹⁴³ Tribunal Constitucional, Roles 1732-2010 y 1800-2010, 21 de junio del 2011.

¹⁴⁴ Tribunal Constitucional, Rol 1990-2011, 5 de junio del 2012. Vid. en tal sentido, respecto del sistema de la alta dirección, diversas sentencias de la ICA de Santiago (Roles 7938-2010, 17 de junio del 2011; 3436-2010, 15 de junio del 2011; 6344-2010, 3 de mayo del 2011 y 3547-2010, 4 de marzo del 2011).

¹⁴⁵ Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, 11 de septiembre del 2012.

VII. REFLEXIONES FINALES

Junto con las leyes son importantes también, las buenas costumbres. Como afirmara la Carta de 1822, “*la felicidad general se cifra en la observancia de las leyes y estas son vanas sin costumbres y espíritu público*”¹⁴⁶. La publicidad de las actuaciones ha adquirido tal importancia que un autor la ha calificado como la tercera regla de oro de derecho público, después de la separación de poderes y el principio de juridicidad¹⁴⁷.

Sin embargo, el principio es nuevo de puro viejo. Tanto que para algunos ya se puede encontrar en Kant, quien sostuviera que “*sin publicidad no habría justicia, pues la justicia no se concibe oculta, sino públicamente manifiesta; ni habría por tanto derecho, que es lo que la justicia distribuye y define. La capacidad de publicarse debe, pues, residir en toda pretensión de derecho*”. De modo que la fórmula trascendental del derecho público sería: “*las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad*”¹⁴⁸. Lo cierto es que ya en el evangelista San Juan –hace dos mil años– se encuentra una referencia a la publicidad y transparencia, puesto que “*el que obra mal odia la luz y no se acerca a ella, por temor de que sus obras sean descubiertas*”¹⁴⁹.

En todo caso, ya algunos sostienen que los antecedentes remotos normativos se encuentran en la legislación sueca de 1766 que otorga acceso a las actas públicas, aparentemente inspirada en la cultura oriental¹⁵⁰.

De este modo, la publicidad y transparencia son valores fundamentales en un Estado Democrático, aunque obviamente ello no deba llevarse a extremos absurdos como hemos visto estos meses en relación a la información contenida en un sitio electrónico respecto de las relaciones internacionales de una potencia mundial, lo que ha motivado una controversia universal¹⁵¹.

¹⁴⁶ Constitución de 1822, Parte Preliminar.

¹⁴⁷ Cea E., José Luis (2009). “Tercera regla de oro del Derecho Público”. En *Estado Social y Justicia Constitucional*, Cuadernos del TC N° 41, pp. 41 y ss.

¹⁴⁸ Kant, Immanuel (1957). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Buenos Aires, p. 150. Citado en Cea E., ob. cit., p. 46.

¹⁴⁹ San Juan, 3, 14-21.

¹⁵⁰ Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E. (2005). *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México.

¹⁵¹ Wikileaks.

Por último: la motivación constituye ahora también un principio fundamental reconocido a nivel constitucional¹⁵². De esta forma, todo acto emanado de un órgano del Estado, debe ser fundado. Se trata, por lo demás, como recordara sabiamente don Andrés Bello, de una “*práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o mejor decir, de todo gobierno*”¹⁵³. Y es que, como afirmara Unamuno, antes que vencer hay que convencer.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Ackerman, John M. y Sandoval, Irma E. (2005). *Leyes de acceso a la información en el mundo*. México.
- Bello, Andrés (1979). *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. Santiago: Edeval.
- Bernaschina G., Mario (1951). *Manual de Derecho Constitucional*.
- Bobbio, Norberto (2001). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Burgoa, Ignacio (2009). *Derecho Constitucional Mexicano*. México.
- Carrasco A., Manuel (1958). *Comentarios sobre la Constitución de 1833*. Santiago.
- Cea E., José Luis (2009). “*Tercera regla de oro del Derecho Público*”. En *Estado Social y Justicia Constitucional*. Cuadernos del TC, N°.41.
- Fernández G., Miguel Ángel (2005). “El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2º, de la Constitución”. En Zúñiga, Francisco, (edit.) *Reforma Constitucional*. Santiago: LexixNexis.
- Fernández Segado, Francisco (1992). *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson.
- Guerra V., José G. (1929). *La Constitución de 1925*.

¹⁵² Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional respecto de las sentencias judiciales (Rol 1373, 22 de junio del 2009).

¹⁵³ Necesidad de fundar las sentencias, artículo publicado en El Araucano, 1834; en Bello, Andrés (1979). *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. Edeval, selección de A. Squella, p. 112.

Hernández E., Domingo (2005). “Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos”. En *La Constitución Reformada de 2005*. Nogueira, Humberto, (coordinador) Santiago: Librotecnia.

Hesse, Conrado (1996). “Significado de los Derechos Fundamentales”. En Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Huneus Z., Jorge (1879). *La Constitución ante el Congreso*.

Kant, Immanuel (1957). *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*. Buenos Aires.

Lastarria, José Victorino (1856). *La Constitución Comentada*.

Navarro B., Enrique (2001). *20 años de la Constitución Chilena. 1981-2001*. Santiago.

Pérez Escobar, Jacobo (2004). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá.

Pfeffer U., Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Jurídica de Chile.

Rajevic M., Enrique (2009). *La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado.

Ramírez A., José A. (2005). “Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005”. En Zúñiga, Francisco, (coordinador) *Reforma Constitucional*.

Roldán, Alcibíades (1924). *Elementos de Derecho Constitucional*.

Sagües, Néstor (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

Silva B., Alejandro (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago: Editorial jurídica de Chile.

NORMAS CITADAS:

Constitución Política de Chile, artículos 18, 19, 32, 72, 96.

Constitución Política de Alemania, artículos 21, 42.

Constitución Política de Argentina, artículo 38.

Constitución Política de Bolivia, artículo 180, 232, 323.

Constitución Política de Colombia, artículo 74.

Constitución Política de Costa Rica, artículo 30, 96.
Constitución Política de Ecuador, artículo 18, 91, 204.
Constitución Política de El Salvador, artículo 140.
Constitución Política de España, artículo 9, 80, 105, 120.
Constitución Política de Estados Unidos de América, sección 5.
Constitución Política de Francia, artículo 33.
Constitución Política de Honduras, artículo 221.
Constitución Política de Italia, artículos 64, 72, 73, 77, 123.
Constitución Política de México, artículo 6.
Constitución Política de Nicaragua, artículo 141.
Constitución Política de Panamá, artículo 43.
Constitución Política de Paraguay, artículo 213, 256.
Constitución Política de Perú, artículo 2, 35.
Constitución Política de Puerto Rico, artículo III.
Constitución Política de República Dominicana, artículo 138.
Constitución Política de Uruguay, artículo 77.
Constitución Política de Venezuela, artículo 143.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Suprema, Rol 5799-2010, 29 de octubre del 2010.
Corte Suprema, Rol 6693-2010, 28 de marzo del 2011.
Corte Suprema, Rol 2874-2011. 1 de julio del 2011.
Corte Suprema, Rol 4000-2011, 16 de septiembre del 2011.
Corte Suprema, Rol 7351-2012, 31 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 4625-2009, 23 de octubre del 2009.
ICA de Santiago, Rol 8067-2009, 25 de mayo del 2010.
ICA de Valparaíso, Rol 2361-2009, 14 de junio del 2010.
ICA de Valparaíso, Rol 294-2010, 29 de junio del 2010.

ICA de Santiago, Rol 8131-2009, 10 de agosto del 2010.
ICA de Santiago, Rol 943-2010, 3 de septiembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 1803-2010, 1 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 8405-2009, 4 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 950-2010, 7 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2267-2010, 25 de octubre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2080-2010, 22 de noviembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 2335-2010, 1 de diciembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 1103-2010, 6 de diciembre del 2010.
ICA de Santiago, Rol 3496-2010, 4 de enero del 2011.
ICA de Santiago, Rol 5955-2009, 17 de enero del 2011.
ICA de Puerto Montt, Rol 395-2010, 27 de enero del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6143-2010, 28 de enero del 2011.
ICA de Santiago, Rol 3547-2010, 4 de marzo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 1948-2010, 8 de marzo del 2011.
ICA de Chillán, Rol 446-2010, 26 de abril del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6344-2010, 3 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 7390-2009, 9 de mayo del 2011.
ICA de Iquique, Rol 551-2010, 20 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 597-2010, 20 de mayo del 2011.
ICA de Iquique, Rol 199-2010, 24 de mayo del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 1238-2010, 27 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 806-2011, 31 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 320-2011, 31 de mayo del 2011.
ICA de Santiago, Rol 3436-2010, 15 de junio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 7938-2010, 17 de junio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 288-2011, 17 de junio del 2011.

ICA de Santiago, Rol 1007-2011, 29 de junio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6032-2010, 30 de junio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6190-2010, 30 de junio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 2067-2010, 7 de julio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 5979-2010, 7 de julio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 125-2011, 12 de julio del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 78-2011, 29 de julio del 2011.
ICA de Santiago, Rol 7319-2010, 24 de agosto del 2011.
ICA de Santiago, Rol 2442-2010, 20 de septiembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 2143-2011, 19 de octubre del 2011.
ICA de Valparaíso, Rol 529-2011, 27 de octubre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6189-2010, 10 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 279-2011, 17 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 1187-2010, 23 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 6252-2011, 28 de noviembre del 2011.
ICA de Santiago, Rol 1349-2011, 3 de enero del 2012.
ICA de Santiago, Rol 906-2011, 13 de febrero del 2012.
ICA de Santiago, Rol 885-2011, 15 de febrero del 2012.
ICA de Santiago, Rol 1002-2011, 2 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7329-2011, 4 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 1019-2011, 17 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7804-2011, 20 de abril del 2012.
ICA de Santiago, Rol 989-2011, 8 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7932-2011, 9 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 3746-2011, 15 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 6624-2011, 16 de mayo del 2012.
ICA de Talca, Rol 891-2011, 22 de mayo del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7497-2011, 24 de mayo del 2012.

ICA de Santiago, Rol 5856-2011, 1 de junio del 2012.
ICA de Santiago, Rol 6248-2011, 7 de junio del 2012.
ICA de Santiago, Rol 7514-2010, 26 de julio del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5086-11, 21 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 1344-12, 23 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 879-2012, 29 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 8806-2011, 30 de agosto del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2742-2011, 22 de septiembre del 2012.
ICA de Concepción, Rol 367-2012, 24 de septiembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 710-2012, 1 de octubre del 2012.
ICA de Valparaíso, Rol 2173-2011, 16 de octubre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 4366-2012, 30 de octubre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 3289-2012, 30 de octubre del 2012.
ICA de Temuco, Rol 825-2011, 9 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 9314-2011, 12 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5619-2012, 23 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5119-2012, 23 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2582-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2788-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2423-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2617-2012, 3 de diciembre del 2012.
ICA de Punta Arenas, Rol 131-2012, 4 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 842-2012, 7 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 5186-2012, 11 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 6704-2011, 17 de diciembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 2619-2012, 28 de diciembre del 2012.
Tribunal Constitucional, Rol 1732-2010, 21 de junio del 2011.
Tribunal Constitucional, Rol 1800-2010, 21 de junio del 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1892-2011, 17 de noviembre del 2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1990-2011, 5 de junio del 2012.

Tribunal Constitucional, Rol 2153-2011, 11 de septiembre del 2012.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

CONSTITUTIONAL COURT AND THE RIGHT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la evolución histórica y consagración jurisprudencial del derecho de acceso a la información, especialmente en las decisiones del Tribunal Constitucional.

Palabras claves: Acceso a la información. Evolución histórica. Sentencias del TC.

Abstract: This article analyzes the historical evolution and jurisprudential recognition of the right of Access to information specially in the decisions of the Constitutional Court.

Key words: Access to information. Historical evolution. Constitutional Court decisions.

¹ Ministro del Tribunal Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, Chile ha avanzado mucho en materia de transparencia y probidad del sector público. La entrada en vigencia de la Ley sobre Acceso a la Información Pública, Ley N° 20.285, en el año 2008, marcó un hito en la modernización del Estado, pues obligó a racionalizar el proceso de toma de decisiones y archivos, y entregó a los ciudadanos un instrumento eficaz de control. Fue un cambio político, jurídico y cultural significativo, que influyó decisivamente en que Chile pasara a ser miembro en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2009.

Justo es, en esta ocasión, reconocer la labor pionera de la Comisión de Ética Pública creada durante el gobierno de Eduardo Frei R. y de los organismos de la sociedad civil que lucharon por hacer realidad la transparencia, como Pro Acceso y Chile Transparente, llevando casos emblemáticos ante los tribunales nacionales y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También fue decisiva la voluntad del gobierno de la presidenta M. Bachelet de impulsar la moción parlamentaria de los senadores H. Larraín y J. Gazmuri, hasta lograr su aprobación parlamentaria, para luego ponerla en práctica en un tiempo breve en pleno período pre-electoral.

Como todo proceso de cambio, el reconocimiento del derecho a acceso a la información pública y el uso de nuevas tecnologías han abierto nuevos horizontes a la participación ciudadana y a la posibilidad de una democracia más deliberativa, generando formas antes desconocidas de comunicación entre los ciudadanos y las instituciones estatales.

Así se ha ido elaborando jurídicamente el derecho de acceder a la información pública.

Desde el año 2009, el Consejo para la Transparencia y las Cortes de Apelaciones, conociendo de recursos de ilegalidad frente a la negativa de entregar información por parte de algún organismo de la Administración Pública, han ido precisando el contorno de ese derecho y el contenido de las causales de reserva o secreto, conforme lo establece el actual artículo 8° de la Constitución Política, fruto de la reforma del año 2005, en relación con el artículo 21 de la Ley 20.285. Al resolver tales reclamaciones, la jurisprudencia de las Cortes, por regla general, se ha inclinado por fortalecer el derecho de acceso a la información pública, consolidando los principios inspiradores de la reforma constitucional del 2005 y de la Ley de Acceso a la Información Pública, tanto en lo relativo a la transparencia activa como pasiva.

Al Tribunal Constitucional, le ha tocado una relevante participación en todo este proceso, cuya jurisprudencia pretendemos reseñar en este trabajo. Pese a que no son muchos los casos de los cuales ha conocido, esa Magistratura ha ido delineando criterios constitucionales de gran importancia sobre puntos que han sido y algunos siguen siendo controvertidos².

II. UN PRIMER PASO: EL DERECHO A SER INFORMADO

Durante la discusión de la actual Ley N° 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información, en 1995, parlamentarios de la Alianza por Chile recurrieron al Tribunal Constitucional reclamando de la constitucionalidad de un conjunto de indicaciones que diputados de la Concertación habían formulado al proyecto, entre ellas una que garantizaba el derecho de todos los ciudadanos a ser informados.

El Tribunal Constitucional acogió el reclamo respecto de varias indicaciones que no inciden en la materia que nos ocupa, pero lo rechazó precisamente respecto de aquella que se refería al derecho a ser informado, sosteniendo que la libertad de información, garantizada por el Artículo 19 N° 12 de la Constitución Política, comprende el derecho a recibir información (STC 226/1995, C. 20°), para lo cual hizo referencia a la historia del debate de dicho precepto en las diversas instancias que dieron origen a la actual Constitución.

En esa ocasión, el Tribunal Constitucional estableció que el derecho a ser informado no comportaba la obligación correlativa de algún emisor a difundir cierto tipo de información, ni el deber del Estado para obligar a alguien a expresar y divulgar una determinada opinión, como pretendía la indicación cuestionada, para garantizar el pluralismo del sistema informativo.

Por eso, el Artículo 1° de la Ley N° 19.733 sostiene que la libertad de opinión e información comprende el derecho de “buscar y recibir informaciones”, y su inciso final sostiene: “Se reconoce a las personas el derecho a ser informadas sobre los hechos de interés general”. El pluralismo informativo

² Isense R., Carlos y Muñoz S., Jorge E. (2010). *Principio constitucional de transparencia y su materialización en el derecho de acceso a la información pública: análisis crítico de su regulación legal y administrativa*. Tesis de grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

fue desvinculado de este derecho y pasó a formar parte del Artículo 3° de dicha ley como una suerte de principio de orden general: “El pluralismo en el sistema informativo favorecerá la expresión de la diversidad social, cultural, política y regional del país”. Respecto de la televisión, el pluralismo es un elemento de la definición de lo que la Constitución prescribe como “correcto funcionamiento”, encargando al Consejo Nacional de Televisión el deber de velar por su cumplimiento (Ley N° 18.836, Artículo 1° inciso final).

Pero lo más relevante es que la Ley N° 19.733 ligó el derecho a ser informado con el derecho a buscar la información, para lo cual, naturalmente, las personas deben poder acceder a las fuentes de la misma, entre las cuales se encuentra la llamada información pública.

III. ANTECEDENTES DEL SISTEMA INTERAMERICANO

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido desarrollando de manera muy profusa el contenido del derecho de acceso a la información, su fundamentación y delimitando las posibles excepciones a tal derecho. Así se han impulsado reformas constitucionales y legales en los países del continente, en las cuales se ha reconocido expresamente el principio de publicidad de los actos de la administración del Estado o bien se ha hecho explícito el derecho de acceso a la información y se han regulado mecanismos para hacer efectivo su ejercicio.

Entre las sentencias más importantes en esta materia, encontramos tres casos seguidos justamente contra el Estado de Chile, referidos a la libertad de expresión y que inciden en la configuración del derecho de acceso a la información. El primero de ellos fue el caso de “La última tentación de Cristo”, de 5 de febrero de 2001, en que la Corte resolvió, entre otras cosas, que la censura cinematográfica previa establecida en la Constitución, violaba la libertad de expresión. El segundo caso fue “Palamara vs. Chile”, de 22 de noviembre de 2005, en el cual la Corte decidió que Chile atentaba contra la libertad de expresión al tipificar el delito de desacato. El tercer caso, y sin duda el más relevante, fue “Claude Reyes vs. Chile”, de 19 de septiembre de 2006, en que la Corte Interamericana por primera vez se refirió al derecho de acceso a la información pública, precisó su contenido y los principios que lo rigen.

Este último caso se inició luego que representantes de organizaciones medioambientales y parlamentarios solicitara al Comité de Inversión

Extranjera (CIE), en el año 1998, información relativa al Proyecto Río Cándor, vinculado al denominado “caso Trillium”, donde dicha empresa forestal estadounidense se proponía explotar 250 mil hectáreas de bosque de lenga en la XI Región. Frente al rechazo a la solicitud de acceso, y luego de agotar las instancias en Chile, los peticionarios decidieron recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la sentencia, la Corte ordenó al Estado entregar la información solicitada por los requirentes, e instó a la creación de un mecanismo que asegurara el derecho de acceso a la información pública y la capacitación de funcionarios públicos en la materia. En diciembre de 2008, la Corte resolvió cerrar el caso, estimando que el Estado de Chile ya había dado cumplimiento a todas las observaciones formuladas en la sentencia condenatoria, pues se había reformado la Constitución Política y se había dictado la Ley 20.285.

La Corte reconoce que la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al proteger la libertad de expresión, no sólo asegura el derecho y libertad de expresar del propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole³. Con ello, la Corte identifica al derecho de acceso a la información pública como un derecho implícito o inmerso en la libertad de expresión.

El derecho de acceso a la información, al igual que la libertad de expresión en sentido amplio, se concibe como un atributo fundamental de la democracia. Sobre este punto, en el caso Claude Reyes, la Corte señaló:

“85. La Corte Interamericana ha hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones,

³Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes*, párr. 76; *Caso López Álvarez*, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, párr. 108.

esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (*Cfr. Caso Ricardo Canese, supra* nota 72, párr. 82; *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 72, párr. 112; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 70).

86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública (*Cfr. Caso Palamara Iribarne, supra* nota 72, párr. 83; *Caso Ricardo Canese, supra* nota 72, párr. 97; y *Caso Herrera Ulloa, supra* nota 72, párr. 127. En el mismo sentido, *cfr. Feldek v. Slovakia*, no. 29032/95, § 83, ECHR 2001-VIII; y *Surek and Ozdemir v. Turkey*, nos. 23927/94 and 24277/94, § 60, ECHR Judgment of 8 July, 1999). Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.

Este mismo criterio ya había sido señalado por diversos organismos regionales, los cuales se citan en la sentencia. En 1999, se había emitido la Declaración Conjunta de los Relatores para la libertad de expresión de ONU, OSCE y OEA, en que declararon que “implícito en la libertad de expresión está el derecho de toda persona a tener libre acceso a la información y a saber qué están haciendo los gobiernos por sus pueblos, sin lo cual la verdad languidecería y la participación en el gobierno permanecería fragmentada”.

Por otra parte, la Corte ha enfatizado el principio de máxima divulgación conforme al cual se genera una presunción de que toda información en poder de la Administración es pública y accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones. Es decir, la publicidad es la regla y el secreto la excepción.

De este principio, se derivan las siguientes consecuencias: 1) el derecho de acceso a la información debe someterse a un régimen limitado de excepciones que debe interpretarse de forma restrictiva; 2) toda decisión negativa de dar acceso a una información requerida debe ser fundada, correspondiendo al Estado la carga de probar que ella no debe ser entregada por estar comprendida en una de las causales legales de reserva o secreto; y 3) ante una duda o vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información⁴.

Respecto de las excepciones, la Corte señala que estas deben estar fijadas previamente por ley, en sentido formal, y obedecer a razones de interés general⁵. Tales restricciones deben responder a un objetivo permitido por la Convención Americana⁶. Además, dichas restricciones al derecho de acceso a la información deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo⁷. Luego, corresponde al Estado demostrar que las restricciones establecidas al acceso a la información han cumplido con los requisitos anteriores⁸.

Además, la Corte señaló que el Estado debe crear un mecanismo adecuado que garantice el ejercicio del derecho de acceso y también capacitar a sus funcionarios.

“163. Sin embargo, el Tribunal considera necesario reiterar que el deber general comprendido en el artículo 2 de la Convención implica la supresión tanto de las normas como de las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (supra párr. 64). Por ello, Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver

⁴Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: El derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico interamericano. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010, p. 3.

⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Claude Reyes*, párr. 89.

⁶Ibíd, párr. 90.

⁷Ibíd, párr. 91.

⁸Ibíd, párr. 93.

y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”.

Sobre este punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso, es imprescindible que los funcionarios públicos actúen de buena fe, interpretando la ley de modo que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso a la información⁹.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, por su parte, ha dictado resoluciones que son de relevancia en la orientación de los Estados miembros hacia el desarrollo del derecho de acceso a la información como un mecanismo para fortalecer la democracia. Entre ellas, la resolución AG/RES. 2514, aprobada en sesión celebrada el 4 de junio de 2009, que reafirma el “derecho de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones, y que el acceso a la información pública es requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia” (p.1), y alienta a los Estados a que “tomen las medidas necesarias, a través de sus respectivas legislaciones nacionales y otros medios apropiados, para hacer disponible la información pública a través de medios electrónicos o de cualquier otro medio que permita su fácil acceso” (p. 5).

También ha jugado un rol importante la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a través de sus informes anuales ha venido sistematizando el estado de desarrollo y satisfacción del derecho de acceso a la información en los distintos países de la región, junto a una constante evaluación de los niveles de cumplimiento del derecho.

En América Latina, el país pionero ha sido México, con la ley de 2002, que sostiene el carácter público de toda información gubernamental, definiéndola como la contenida en documentos que la Administración genere, obtenga, adquiera, transforme o conserve a cualquier título. Dicha ley creó el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), como organismo encargado de velar por su correcta aplicación. Una ley análoga existe en el Perú desde 2003. En la actualidad, hay más de noventa países

⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: El derecho de Acceso a la Información en el marco jurídico interamericano. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010, p. 5.

con leyes de acceso a la información pública. Un papel relevante tuvo en esta materia EE.UU, Canadá y el Reino Unido. Suecia fue el primer país en establecer en la Constitución de 1776 el derecho de acceso a los documentos oficiales.

IV. CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

De gran importancia, resulta ser la STC rol N° 634, de 9 de agosto de 2007, mediante la cual el Tribunal Constitucional, resolviendo un recurso de inaplicabilidad planteado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra del entonces artículo 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, decidió acogerlo desechando las alegaciones de la Dirección Nacional de Aduanas, que había invocado dicho precepto para denegar la información solicitada por un particular, aduciendo que ello perjudicaría los intereses de una determinada empresa. Entre los fundamentos de su sentencia, el Tribunal Constitucional reconoció la existencia de un derecho implícito en la Constitución, a saber, el derecho de acceso a la información pública. Con ello, el Tribunal reiteró lo resuelto en 1995, en la sentencia rol N° 226, en orden a declarar el derecho de acceder a la información pública como parte de la libertad de expresión que protege el artículo 19 N° 12 de la Constitución. Así, el Tribunal se hacía eco de la evolución del sistema interamericano en esta materia y de los avances legislativos a nivel nacional.

En primer lugar, cabe destacar el hecho que el Tribunal Constitucional haya reconocido la existencia de un derecho que no está expresamente consagrado en la Constitución, sino que se refiriera a un derecho “implícito”. El Artículo 5°, inciso segundo, del texto constitucional establece como límite a la soberanía el respeto a “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y consagra el deber de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos. Tales derechos se hallan garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes.

Puede darse, sin embargo, que esos textos jurídicos no agoten la lista de los derechos fundamentales o bien que algunos de ellos puedan deducirse de la relación armónica que debe existir entre los diversos preceptos constitucionales. También incide la evolución del derecho internacional de

los derechos humanos, sea por la celebración de nuevos tratados, sea por la jurisprudencia de tribunales internacionales o bien por las resoluciones de los organismos de Naciones Unidas.

Así, destacados profesores de Derecho Constitucional admiten que la enumeración de derechos del Artículo 19 de la Constitución no es taxativa ni exhaustiva, abriendo la puerta para el reconocimiento de nuevos derechos. Tal es, por ejemplo, la opinión de los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Humberto Nogueira y Lautaro Ríos, entre otros¹⁰. Esta posición ha sido asumida por el Tribunal Constitucional no sólo amparando el derecho de acceso a la información pública, sino también el derecho a la identidad personal (STC 1340/2009)¹¹. A nivel legislativo, se ha hablado explícitamente del derecho a conocer la verdad respecto de las violaciones a los derechos humanos y, en particular, en cuanto se refiere al paradero de las personas detenidas y luego desaparecidas, según lo prescribe el artículo 6° de la Ley 19.123¹².

El Tribunal Constitucional al declarar un nuevo derecho implícito, cual es el de acceder a la información pública, invoca como fundamento de esa decisión las siguientes normas constitucionales:

- a) Artículo 4°, que establece que Chile es una república democrática. Ello supone no sólo la responsabilidad política de las autoridades y la obligación de rendir cuenta de su gestión y la posible afectación de los derechos de las personas por acción u omisión del Estado, sino también el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos, lo que es esencial para el control del desempeño de las autoridades;
- b) Artículo 19 N° 12, que garantiza la libertad de expresión. Dentro de tal libertad, como hemos visto, se encuentra la libertad de emitir opinión

¹⁰ Vial, Tomás (2010). *Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obra en poder de los órganos de la Administración*. Santiago. Informe en derecho acompañado por el Consejo de la Transparencia en la causa rol N° 2153-INA.

¹¹ García Barzelatto, Ana María (2012). “El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

¹² Dicho artículo prescribe: “*Se declara que la ubicación de las personas detenidas desaparecidas, como igualmente la de los cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte, constituyen un derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad chilena*”. Ver también: Galdames Zelada, Liliana (2012). “La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: su incidencia en la configuración de un derecho incipiente: el derecho a la verdad”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*, op. cit.

y de informar, la cual a su vez comprende el derecho a buscar y recibir información. El fallo cita jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y los principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que consideran tal derecho de acceso como un elemento indispensable para el control ciudadano de la gestión pública y la participación ciudadana. Ello se encuentra en consonancia con lo establecido por la Ley de Prensa del año 2001.

c) Artículo 8°, que consagra desde el año 2005 el principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y sus procedimientos, y estatuye en forma taxativa las causales de reserva o secreto que una ley de quórum calificado puede contemplar. Al respecto, el Tribunal se remite a un informe del Profesor Miguel Ángel Fernández sobre la historia del principio de publicidad a partir de la Comisión de Ética Pública creada durante el gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle, pasando por la reforma a la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado y la Ley de N° 19.880, de Bases Generales de los Procedimientos de los Órganos de la Administración del Estado, del 2003, que en su artículo 16 contempla el principio de transparencia y de publicidad, reiterando la norma constitucional sobre publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y documentos en que estos se contengan y los procedimientos utilizados para su elaboración o dictación. Consecuente con ello, prescribe que “el procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”, y el artículo 17 consagra el derecho de las personas a “conocer en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados” y “acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos por la ley”.

Luego de analizar la reforma constitucional del año 2005 que dio origen al actual Artículo 8°, el Tribunal concluye que los fundamentos constitucionales directos del derecho de acceso a la información pública se encuentran tanto en el aludido precepto como en el Artículo 19 N°12, ambos de la Carta Fundamental, con una referencia más genérica al principio democrático del Artículo 4. El deber de publicidad de los actos del Estado es correlativo al derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. El Tribunal sostuvo:

“El presente requerimiento incide en un derecho –el de acceso a la información pública cuyo reconocimiento constitucional no merece duda a la doctrina de los iuspublicistas y tampoco a la jurisprudencia.

En primer lugar, por el hecho de que Chile es una república democrática, tal y como se afirma en el artículo 4º de la Constitución Política. Como sostuvo el profesor Rolando Pantoja Bauzá, durante la discusión parlamentaria de la reforma constitucional de agosto de 2005, “respecto de la publicidad, recordó que a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos...” (Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). Reformas constitucionales 2005. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pág. 29).

En segundo término, porque el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona a la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

Este mismo Tribunal ha sostenido que la libertad de informar incluye “el derecho a recibir informaciones” (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20º).

En idéntico sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha afirmado que en la garantía del N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, relativa a la libertad de información, “debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que como se ha sostenido por diversos autores, de nada serviría que se aseguraran la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa” (Sentencia Roles acumulados N°s. 55272001 y 57282001, considerando 9º).

A su turno, la Declaración de Principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de octubre de 2000, precisa que: “Sin esta

información (la que obra en poder del Estado) no puede ejercitarse plenamente el derecho a la libertad de expresión como un mecanismo efectivo de participación ciudadana ni de control democrático de la gestión gubernamental” (Principio N° 19).

Finalmente, porque el artículo 8° de la Constitución Política, introducido por la reforma constitucional de agosto de 2005 (Ley N° 20.050), consagró los principios de probidad, publicidad y transparencia en la actuación de los órganos del Estado y durante el debate sostenido en el Senado, a propósito de esa reforma, el senador Hernán Larraín sostuvo, precisamente, que: “Los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad y, finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información con las restricciones que establecerá la ley” (Pfeffer Urquiaga. Ob. cit., págs. 30 y 31).

De esta manera, es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía–. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos” (STC 634/2009, C. 9°).

Esta sentencia es de gran interés en términos de su desarrollo conceptual, así como también por constituir un núcleo jurisprudencial que se ha mantenido hasta la fecha, sin perjuicio de las inflexiones que analizaremos más adelante.

En esta materia, intervino también la Contraloría, construyendo a través de varios dictámenes el derecho de acceso a la información pública en torno al concepto de procedimiento administrativo concluido: los interesados en un procedimiento pueden tener acceso al conocimiento del mismo durante su tramitación, y los terceros sólo tienen una vez concluido. Así se daría cumplimiento al mandato constitucional del artículo 8°. Sin embargo, en el Dictamen N° 49.883 de 4 de abril del 2004, la Contraloría afirma que si

bien la ley de la época “no ampara a los interesados en obtener copia de documentos que no constituyen actos administrativos ni le sirven de fundamento, ello no significa que en virtud de esa disposición (Artículo 13 Ley N° 18.575), estos antecedentes sean secretos o reservados y no puedan o no deban darse a conocer a terceros interesados, toda vez que el principio de transparencia afecta a toda la gestión administrativa”. Al sostener esta interpretación amplia del principio de transparencia, el órgano contralor implícitamente estaba reconociendo el derecho de los ciudadanos de acceder a esa información.

En el mismo sentido, se orientó el instructivo enviado a todas las reparticiones públicas por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia por Oficio N° 072 del 2006, luego de la reforma constitucional al Artículo 8°: “La expresión “actos” utilizada por el texto constitucional no es equivalente a “acto administrativo”, sino que abarca todo tipo de actuaciones, sean o no de las que ponen término a un procedimiento, sean o no de aquellas que contienen una decisión final. De este modo, ya no resulta procedente denegar el acceso porque la información solicitada no corresponda a un acto administrativo terminal ni a documentos que le sirvan de complemento o sustento directo o esencial”.

La posición del Tribunal Constitucional fue confirmada por la STC1732 y 1800 del 2011. A continuación, reproducimos algunos considerandos que ilustran y desarrollan ese criterio.

Noveno. Que, tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional respectiva, la publicidad y la transparencia no son términos idénticos. En efecto, el profesor Rolando Pantoja ha señalado que *“en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la Administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos”*. Por su lado, el profesor Humberto Nogueira indica que el principio de transparencia *“dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad*

democrática". (En Pfeffer U., Emilio (2005). Reformas Constitucionales 2005. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, pp. 29 y 30). En el mismo sentido, el senador Larraín hizo presente que la publicidad "*consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan*", mientras que la transparencia "*significa que las personas puedan acceder a la información*" (En: Senado de la República (2006). Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación, p. 49);

Décimo. Que de este modo, como ha señalado un autor, la publicidad "*se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios*", mientras que la transparencia "*se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas*" (Hernández E., Domingo (2005). "Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos". En La Constitución reformada de 2005. Ed. Humberto Nogueira A., p. 33);

Undécimo. Que, por otro lado, la Constitución Política también asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información contenida en el artículo 19, N° 12°, de la propia Carta. En efecto, tal como lo señalara este Tribunal Constitucional, la "*historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información– comprenden también el derecho a recibir informaciones*" (Rol N° 226/1995, consid. 20);

Duodécimo. Que este mismo Tribunal ha concluido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– "*como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que este supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía*". Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, que se materializa, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, "*constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los mismos*" (Rol N° 634/2007, C. 9°.);

Decimotercero. Que a fines de los años noventa se modificó la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, incorporando

expresamente en su articulado el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, *“de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”* (artículo 13 de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N° 19.653). De esta forma, como ha señalado este Tribunal Constitucional, *“el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental”* (Rol N° 634/2007, C. 11º.);

Decimocuarto. Que, por otro lado, es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4º de nuestro Código Político. Así por lo demás se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional de 2005 (Pfeffer U., Emilio (2005). *Reformas Constitucionales 2005*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 29). Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio, uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que *“la publicidad es la regla; el secreto, la excepción”* (Bobbio, Norberto (1989). *El futuro de la democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, p. 67). Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”* (Corte I.D.H., *Caso Claude Reyes y otros*, de 19 de septiembre de 2006, párr. 86). En este mismo sentido, la Carta Democrática Interamericana, en su artículo 6º, afirma que *“[l]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [...es] una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”*. Esto último, en concordancia por lo demás con lo que establece el inciso final del artículo 1º de la Constitución Política de la República, en cuanto impone al Estado el deber de asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19, N° 14º, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;

Decimoquinto. Que la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene excepciones que contempla la Constitución en el propio inciso segundo de su artículo 8°, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar: a) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) los derechos de las personas; c) la seguridad de la Nación o d) el interés nacional. Obviamente, según lo ha sentenciado esta Magistratura, la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente. En tal sentido, el senador Larraín señaló durante la tramitación de la reforma constitucional que las excepciones “*deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal*” (En Senado de la República (2006). *Reformas Constitucionales 2005, historia y tramitación*, p. 55);

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en un reciente fallo (STC1990/2012), acogiendo un recurso de inaplicabilidad que se analiza más adelante, fundamenta su decisión dando una interpretación más restrictiva de los preceptos constitucionales señalados, con lo cual relativiza la jurisprudencia anterior. Efectivamente, en ella se sostiene que el artículo 8° de la Carta Fundamental “establece una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta; pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información” (c.8°); ni siquiera se consagraría un principio general de publicidad (c.9°) y, mucho menos, el derecho correlativo de los ciudadanos de acceder a la información pública (c.25°). Tampoco contemplaría una obligación de regular por medio de la ley esta situación, como ha ocurrido con la Ley 20.289.

Esta sentencia constituye una inflexión respecto de lo sostenido precedentemente por el Tribunal Constitucional. Por ello, como Ministro del Tribunal que concurrí a lo resuelto en ese caso, hice presente que no compartía una serie de considerandos, con la siguiente prevención que estimo oportuno reproducir:

1. Que, la Constitución asegura el derecho de acceso a la información pública, según se desprende de lo dispuesto por los artículos 19, N° 12°, y 8°. En efecto, el artículo 19, N° 12°, garantiza la libertad de opinión e información y, como lógica consecuencia, el derecho de acceso a la información pública. Lo mismo se desprende del deber de publicidad que establece el artículo 8°, directamente en lo relativo a la transparencia activa e indirectamente a la pasiva. Ello ha sido reconocido por esta Magistratura en los precedentes sobre la materia (STC 634, 1732 y 1800);

2. Que, el deber de publicidad a que se encuentran sometidos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, es una exigencia constitucional. No corresponde a la autoridad determinar la oportunidad de hacer públicos tales actos, documentos e informaciones. Su publicidad, por ende, no puede ser postergada u obstaculizada por los órganos del Estado, los que sólo pueden mantener reserva o secreto al respecto cuando una ley de quórum calificado lo autorice en los casos en que la propia Constitución lo prescribe expresamente;

3. Que, en el presente caso, el Tribunal ha declarado inaplicable los preceptos 5°, inciso segundo, y 21 N° 1°, de la Ley N° 20.285, Ley sobre Acceso a la Información Pública, en la gestión pendiente sub-lite, en razón de la magnitud de la afectación al derecho a la vida privada que su aplicación habría significado para el requirente, infringiéndose el artículo 19 N°4 de la Constitución, al no atenerse a una de las causales de excepción expresamente contemplada por el artículo 8° de la Constitución, cual es la afectación de los derechos de las personas;

4. Que, lo anterior, no merma el principio de publicidad que consagra el artículo 8° de la Constitución. La publicidad de las actuaciones de los órganos del Estado se encuentra íntimamente vinculada con el régimen republicano y democrático que establece el artículo 4° de la Constitución. El artículo 8° consagra el principio de publicidad, y con ello el deber de los órganos del Estado de dar acceso a todos los ciudadanos, dentro del marco constitucional que también comprende las excepciones del artículo 8° y, para el caso sub-lite, el artículo 19 N°4;

5. Que, en consecuencia, la decisión de este Tribunal de acoger el recurso de inaplicabilidad se justifica por considerar que el informe psico-laboral de una persona contiene un conjunto de datos que entran dentro de la esfera de la vida privada del afectado que, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 8° de la Constitución en relación con el Artículo 19 N° 4, no puede ser puesto a disposición de terceros, salvo que mediara el consentimiento del requirente, cuyo no es el caso.

Queda por ver de qué modo se desarrollará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta trascendental materia. Sin embargo, no se ha puesto en discusión la existencia de un derecho fundamental implícitamente reconocido en la Constitución relativo al acceso a la información pública. Lo que se discute es su alcance, sus fundamentos constitucionales y su

relación con el principio de publicidad y transparencia. También se debate el concepto mismo de “información pública”, partiendo de la base que ella consiste en la que obra en poder de la Administración del Estado, sea de su propia titularidad o de terceros, y que tenga una relevancia pública, contenida en registros y archivos públicos¹³.

V. EL CONTROL PREVENTIVO DE LA LEY 20.285, ROL 1051-2008

El análisis que el Tribunal Constitucional hizo del proyecto de ley que luego sería la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, no dio origen a mayor controversia. Dada la limitación de la competencia del Tribunal Constitucional cuando efectúa un control preventivo, su atención se centró en la naturaleza y funciones del organismo público creado para controlar que la Administración del Estado cumpla con sus obligaciones de transparencia activa y pasiva: el Consejo para la Transparencia (CPLT). Su creación surgió como una necesidad ineludible si se quería superar la ineficacia de la modificación anterior a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado que había consagrado ese derecho y que, en la práctica, no tuvo ninguna aplicación concreta, pese a contemplar un recurso ante los tribunales de justicia en caso de denegación de la información solicitada.

El Consejo para la Transparencia se inspiró tanto en el órgano similar mexicano, el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (IFAI), como en el inglés, el cual vela a la vez por la implementación de la transparencia y por la protección de los datos personales. Se pretendía contar con un organismo autónomo e independiente del Gobierno, para cumplir esas delicadas funciones.

Durante la discusión parlamentaria, se suscitó un debate sobre la naturaleza jurídica de tal organismo y si era posible crearlo por ley simple u orgánica constitucional, o si debía tener rango constitucional. Dada la dificultad de modificar la Constitución, se optó por la vía legal, sabiendo que se estaba explorando un área jurídicamente delicada sobre la cual existen diversas

¹³ Camacho C., Gladys (2010). “Algunas precisiones sobre el concepto de información pública”. En Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Legal Publishing.

posiciones en Derecho Administrativo¹⁴. Como el CPLT tendrá siempre que dirimir en única o primera instancia, según la causal de excepción que se invoque, conflictos que puedan suscitarse con organismos públicos, y siguiendo la experiencia internacional, parecía necesario dotarlo de la mayor autonomía posible.

Según Enrique Rajevic, el CPLT puede ser asimilado a lo que la doctrina denomina “Administraciones Independientes”¹⁵, pues se trata de un órgano de la Administración Pública, al cual la ley le asigna una autonomía reforzada para poder desempeñar servicios de interés general y funciones relevantes, que por su naturaleza exigen un estricto apego a criterios de neutralidad, sin sesgo partidista alguno. Lo homologa al Servicio Electoral, al Consejo de Alta Dirección Pública y al Instituto de Derechos Humanos. Se busca evitar la interferencia partidista o gubernamental. Por eso, la vinculación del CPLT con el Presidente de la República es débil. Este tipo de organismos públicos, que forma parte de la Administración del Estado, tiene su fundamento en el Artículo 65 inciso 4° N°s. 2 y 3 de la Constitución, que habla precisamente de los organismos autónomos. Por todo lo anterior, el Artículo 21 inciso 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado excluye al CPLT de las normas de su Título II. Con ello, justamente se trata de establecer una institución con garantías suficientes de libertad para ejercer sus atribuciones, las cuales lo pueden llevar a contradecir posiciones del Gobierno que esté en funciones.

Un punto muy debatido fue la relación de tal organismo con la Contraloría General de la República. Luego de escuchar los planteamientos del contralor Ramiro Mendoza, durante la discusión legislativa del proyecto, la Comisión mixta y el Gobierno concordaron un texto que deja todavía muchos puntos por definir, pero que avanza lo más posible en la autonomía del Consejo para la Transparencia. En lo esencial, se estableció el CPLT como una corporación autónoma de derecho público (Art. 31), cuya función es “promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento

¹⁴ Otra institución recientemente creada, que sigue el mismo derrotero, es el Instituto Nacional de los Derechos Humanos, al cual también el legislador quiso dotar de la más amplia autonomía posible para cumplir con los denominados Principios de París, que estableció la Unesco para organismos de derechos humanos de esta naturaleza en diverso países.

¹⁵ Rajevic, Enrique (2010). “El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente”. En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 231 a 247.

de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información” (Art. 32), para lo cual resuelve los reclamos por incumplimiento de los deberes de la transparencia activa o por denegación de información, dicta instrucciones generales, formula recomendaciones, debe velar por la debida reserva de los datos e informaciones que tengan carácter de secreto o reservado y por el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado. Por último, el Artículo 43 establece que el Consejo debe atenerse a las normas sobre administración financiera del Estado y queda sometido a la fiscalización de la Contraloría en lo concerniente a su personal y al examen y juzgamiento de sus cuentas. Sus resoluciones están exentas del trámite de toma de razón y sólo puede reclamarse de sus resoluciones por medio de un recurso de ilegalidad que se habrá de interponer ante la respectiva Corte de Apelaciones.

Justamente, sobre este punto, centró su atención el Tribunal Constitucional al efectuar el control preventivo del proyecto de ley.

En primer lugar, la sentencia Rol N°1051 establece que las facultades del CPLT tienen como límite las excepciones a la publicidad que determine el legislador de quórum calificado, según lo dispone el Artículo 8° de la Constitución. Es decir, la ley puede mediante un quórum especial, establecer secretos y reservas siempre que esas causales entren dentro de las que permite la Constitución.

Enseguida, el Tribunal Constitucional dictaminó que si bien la fiscalización de la Contraloría respecto del CPLT está delimitada por la ley, ello es sin perjuicio de su facultad de control amplio de legalidad, según lo prescribe el Artículo 98 de la Constitución Política. Hasta ahora, que sepamos, no se ha planteado un reclamo ante ese organismo contralor para que ejerza tan amplias atribuciones sobre el CPLT. La Contraloría, en todo caso, no podría conocer de reclamos ante las resoluciones del CPLT, pues para tal evento la ley ha dispuesto la intervención de la Corte de Apelaciones correspondiente. Ese criterio ha sido ratificado por la propia CGR en un conflicto suscitado entre Chilevisión y el Consejo Nacional de Televisión, que aunque tiene autonomía constitucional, sirve para ilustrar el punto.

Como contrapartida, el Tribunal Constitucional reafirmó la autonomía organizativa, institucional y normativa de la Contraloría General de la República, de rango constitucional, de la cual se deriva que el CPLT no tenga

ninguna tuición sobre ese organismo, ni respecto de transparencia activa, ni pasiva. Tampoco se le aplican sus instrucciones. Igual criterio reafirmó el Tribunal respecto de los demás órganos del Estado que tienen autonomía constitucional, tales como el Banco Central, el Tribunal Constitucional, Ministerio Público y Justicia Electoral, amén de los otros poderes del Estado.

Entre algunos votos particulares de interés, cabe destacar el de los ministros Bertelsen Repetto y Correa Sutil, que cuestionaron la facultad del CPLT de dictar instrucciones obligatorias para la Administración del Estado, por considerar se invadía las atribuciones del Presidente de la República. Por su parte, el ministro Mario Fernández Baeza, en un voto personal, cuestionó la constitucionalidad del proyecto en su totalidad.

En síntesis, se puede sostener que el Tribunal Constitucional reafirmó su jurisprudencia anterior en orden a reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información pública, centrando su atención durante el control preventivo de esa iniciativa legal, en la naturaleza y atribuciones del CPLT y su relación con la Contraloría General de la República y otros órganos autónomos del Estado.

VI. DOS CASOS DE TRANSPARENCIA REFERIDOS AL ESTATUTO DE TVN Y LA UNIVERSIDAD DE CHILE

La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha referido a casos en que se produce un conflicto entre el deber de publicidad y transparencia versus la privacidad de los sujetos que se sienten afectados por el conocimiento de ciertos datos que estiman privados. Estos recursos de inaplicabilidad fueron planteados por los altos ejecutivos de una empresa pública y por una universidad del Estado.

Un primer caso se refería a la transparencia activa de “Sueldos de Ejecutivos de TVN” (STC 1732 y 1800 del 2011). Acá se alegó que el conocimiento público de todas las remuneraciones percibidas en el año por cada director, presidente ejecutivo o vicepresidente ejecutivo y gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, afectaría el derecho a la vida privada de los ejecutivos y vulneraría la igualdad ante la ley con que deben funcionar las empresas públicas o aquellas en que el Estado tenga participación accionaria superior al 50%.

En esta sentencia, se reafirma el fundamento constitucional del derecho de acceso a la información pública, como hemos ya reseñado. Se recuerda el pensamiento de N. Bobbio según el cual en un régimen democrático la transparencia debiera ser la regla general y la reserva o secreto, la excepción (C. 14). Además, se hace referencia al inciso final del Artículo 1° de la Constitución al señalar como deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, como otro sustento del derecho de acceso a la información pública; lo mismo con el Artículo 19 N°14 que consagra el derecho de presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado.

El Tribunal Constitucional resolvió que la Ley N° 20.285, al establecer en su artículo 10 la obligación de la transparencia activa en forma restringida para las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y aquellas en que este tiene una participación accionaria superior al 50%, se aviene a la Constitución, pues coloca a esas empresas una exigencia mayor que a las empresas privadas, debido a su carácter público, y que la letra h) que establece la publicidad de las remuneraciones de su plana directiva, no vulnera la privacidad garantizada por el Artículo 19 N°4 de la Constitución, visto que tales datos no son sensibles y la ley puede autorizar su conocimiento público por razones de bien común, como ocurre en numerosos casos análogos. La sentencia señala:

“Se encuentran fuera del ámbito protegido de la vida privada aquellos datos o aspectos que acarrean repercusiones para la ordenación de la vida social y pueden afectar derechos de terceros e intereses legítimos de la comunidad. Por eso la Ley de Protección de Datos Personales prescribe que éstos pueden ser recolectados, almacenados y difundidos por terceros cuando una ley lo autorice, lo que ocurre en diversos y múltiples ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, o previa aquiescencia de su titular. La sociedad actual no podría funcionar sin el tratamiento legal de los datos personales, que se ve facilitado por la aplicación de la informática (C. 27).

“El legislador, cuando ha señalado ámbitos esenciales de la esfera privada que se encuentran especialmente protegidos, ha definido la información relativa a los mismos como datos sensibles, que, conforme a la Ley de Protección de la Vida Privada, son “aquellos datos personales que se refieren a características físicas o morales de las personas o a los hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y las opiniones políticas, las creencias y las convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual” (artículo 2°, letra g), Ley N° 19.628). Así, aquellas informaciones –según la ley– forman parte del núcleo esencial de la intimidad y su resguardo debe ser mayor.

Una intromisión en ese ámbito, si no está bien regulada por la ley, puede lesionar la libertad del individuo en cualquiera de sus ámbitos: libertad de pensamiento, de expresión, ambulatoria, de asociación, etcétera. Pero incluso en esa esfera particularmente delicada, la ley puede autorizar un conocimiento parcial o completo de ciertos datos, como ocurre por ejemplo cuando está en juego la salud pública o en procesos de investigación o juzgamiento de delitos, en el marco de un justo y racional procedimiento” (C. 28).

El Tribunal reconoce que ni el derecho de acceso a la información pública, ni la protección de la vida privada tienen un carácter absoluto. Sin embargo, la revelación de las remuneraciones que establece el artículo 10 h) de la Ley N° 20.285 no lesiona el núcleo central de la intimidad o de la vida privada, que está constituido principalmente por los datos sensibles tal como son definidos por la Ley N° 19.628, artículo 2, letra g), que tiene por finalidad protegerlos.

El segundo caso se refiere a un recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Universidad de Chile, en el cual se alegaba que no le resultaba aplicable el estatuto de la Ley N° 20.285 toda vez que no desempeñaba una función administrativa, y que las obligaciones de transparencia activa y pasiva vulneraban su autonomía reconocida constitucionalmente¹⁶. Esta posición era seguida con mayor o menor entusiasmo por varios planteles universitarios pertenecientes al Estado.

El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 1892, del año 2011, reafirmó la vigencia de los principios de publicidad y transparencia y la doctrina de la Contraloría General de la República sobre la naturaleza de las universidades públicas como servicios descentralizados pertenecientes a la Administración del Estado. En tal calidad, están sometidas a lo dispuesto por el Artículo 8° de la Constitución y, por el principio de legalidad, a lo dispuesto por la Ley de transparencia y acceso a la información pública.

Conforme a dicha sentencia, no puede la Universidad de Chile ampararse en su autonomía para eximirse de cumplir la ley y determinar por sí misma qué información hace pública y bajo qué condiciones. Según el Artículo 8 de la Constitución, cualquier excepción debe estar fundada en una causal constitucional y establecida por una ley de quórum calificado.

¹⁶ Se impugnaba la parte final del inciso primero del artículo 2° de la Ley N° 20.285, en causa sobre recurso de queja interpuesto en contra de los Ministros Titulares y el abogado integrante de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Respecto al papel que juega el Consejo para la Transparencia, el Tribunal Constitucional reiteró que autonomía no se opone a control dentro de los ámbitos que establezca la ley. El Tribunal volvió a insistir en el papel que, a su vez, tiene la Contraloría respecto del CPLT. Se señaló:

“Que, en razón de las consideraciones expuestas, es posible afirmar las siguientes conclusiones:

- 1) La Universidad de Chile, sin perjuicio de regirse por las normas específicas que imperan en el campo de su especialidad, reúne todas las condiciones que permiten reconocerla como un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa estatal, para cualquier efecto legal. Alcanzándole, por ende, todas las normas constitucionales y legales que, al estatuir o desarrollar aquellos principios básicos atinentes al orden institucional de la República, deben acatarse unánimemente dentro de la Administración del Estado, con arreglo al principio de juridicidad recogido en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental.*
- 2) Desde que entró en vigencia la reforma introducida por la Ley N° 20.050 al artículo 8° constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existan en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado. Por consiguiente, fue esta Ley N° 20.050, y no su posterior inclusión en las normas de la Ley N° 20.285, la que privó a dicha casa de estudios superiores de toda opción para regular a través de decretos internos qué materias concernientes a ella se pueden divulgar o retraer del conocimiento público.*
- 3) Contra lo que dice el recurso, no existe inconstitucionalidad de suyo por el hecho de que la Ley de Transparencia, aprobada por la Ley N° 20.285, haya incorporado en sus normas a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, abarcando, de esta forma, a la Universidad de Chile, comoquiera que ello no significa privarla de alguna autonomía de índole constitucional que, en todo caso, únicamente puede desplegarse en el ámbito estrictamente educacional. Sostener lo contrario, implicaría otorgar a ese plantel universitario un estatus constitucional propio de un poder separado de la Administración del Estado, del que carece, amén de reconocerle posesión sobre una capacidad reglamentaria absoluta e ilimitada, que tampoco le ha sido otorgada.*
- 4) Tampoco dicho plantel universitario puede estimar lesionada su autonomía de gestión administrativa, para adoptar independientemente las decisiones que corresponda dentro de su competencia y especialidad, por la circunstancia de quedar*

afecto a la fiscalización del Consejo para la Transparencia. El eventual trastorno o peligro que la aplicación de esta ley pudiere ocasionar a la Universidad de Chile, a falta de mayores antecedentes, no puede ser considerado en esta oportunidad. Sin perjuicio de hacer notar, este Tribunal, los cauces institucionales que el ordenamiento vigente contempla a los efectos de resguardar la marcha normal” (C. 17).

VII. TENSIONES EN TORNO AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Durante este 2012, ha habido tres sentencias en materia de acceso a la información, una referida a la limitación de la Competencia del Consejo para la Transparencia y el establecimiento de regímenes especiales de acceso; y dos sentencias referidas a la tensión del derecho de acceso con el derecho a la vida privada.

1. Establecimiento de regímenes especiales de acceso

Controlando preventivamente la constitucionalidad de la Ley N°20.568, que Regula la Inscripción Automática, Modifica el Servicio Electoral y Moderniza el Sistema de Votaciones, el Tribunal Constitucional en sentencia rol N°2152/2012, debió pronunciarse sobre la publicidad del Registro Electoral en sus diversas fases de elaboración como base del padrón electoral que se usa en cada elección.

El Tribunal señaló, refiriéndose a la elaboración del Registro Electoral, que los límites al acceso a la información no pueden ser arbitrarios. El Tribunal declaró inconstitucional un precepto legal que restringía el conocimiento del Registro a los centros de investigación o de estudio y entregaba al Consejo del Servicio Electoral la atribución discrecional para denegar información, sin parámetro alguno. Lo mismo señaló respecto de la disposición que limitaba el acceso al Padrón Electoral Provisorio y la Nómina Provisoria de Inhabilitados a los partidos políticos. A juicio del Tribunal, tales restricciones a la publicidad del Registro y con ello al derecho a acceso a la información, vulneran el principio de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19, N° 2° de la Constitución Política y el carácter público del sistema electoral dispuesto por el artículo 18 de la misma (C. 36°).

Por otra parte, el Tribunal efectuó un entendido sobre el artículo 4° que establece que “*el conocimiento público del Registro Electoral procederá en la forma dispuesta en el Párrafo 1° del Título II*”. A juicio de la mayoría del Tribunal corresponde, en consecuencia, concluir que no obstante que el Servicio

Electoral está afecto a la Ley de Acceso a la Información Pública como todo órgano de la Administración del Estado, la publicidad del Registro Electoral no se rige por dicho cuerpo legal, sino por la misma ley electoral, concluyendo que esta contempla un sistema paralelo de acceso a la información pública distinto al de la Ley 20.285. Con ello, el Tribunal excluyó la intervención del CPLT y del sistema de reclamos que ese cuerpo legal establece en caso de denegación de la información solicitada. El Tribunal señaló, al respecto:

“Conforme a dicha disposición debe concluirse que, sin perjuicio de que el órgano público denominado Servicio Electoral se rija por la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, el acceso a la información contenida en el Registro Electoral se efectúa únicamente en la forma que el proyecto de ley establece, sin que quepa aplicar las disposiciones de la Ley N° 20.285. Por de pronto, porque el legislador orgánico constitucional ha establecido un mecanismo especial de acceso, dada la relevancia e importancia que contiene, para el sistema democrático, el Registro Electoral, excluyendo otros mecanismos. Enseguida, porque la normativa se enmarca dentro del artículo 18 de la Constitución, que obliga a establecer un “sistema electoral público”. No se trata, en consecuencia, de forzar la integración de dos mecanismos legales. El proyecto de ley estableció su propio mecanismo, su propio sistema. Además, la ley del artículo 18 de la Constitución exige que ese sistema se rija por una ley orgánica constitucional, lo que no ocurre con la mayoría de los preceptos de la Ley N° 20.285. En consecuencia, el nuevo artículo 4° de la Ley N° 18.556, con excepción de su inciso segundo, se declarará conforme con la Constitución, en el entendido de que el acceso a la información contenida en el Registro Electoral se regirá exclusivamente por las normas de esta ley orgánica constitucional” (C. 32°).

Esta posición del TC puede en el futuro entrabar el flujo de la información del Registro Electoral. Es de esperar que la hipótesis de rechazo a una solicitud de información no se produzca, y si ocurriera entonces entrarán en juego las diversas instituciones llamadas a resolver el problema.

2. Un caso de privacidad: STC 1990/2012

Una persona solicitó mediante acción de amparo, al Consejo para la Transparencia, el acceso a la información del Servicio Civil sobre el concurso público de reclutamiento de personal para el cargo de Director Nacional del FOSIS. A dicha solicitud, se opuso el tercero interesado que había sido seleccionado, invocando protección de datos personales y derecho a la vida privada, y el Servicio se negó a entregar dicha información fundado en la casual N°1 letra b) del art. 21 de la ley N° 20.285 (debido cumplimiento de las funciones del órgano) y N°2 del mismo artículo (afectación de derechos

de terceros). El 3 de mayo de 2010, el Consejo para la Transparencia accedió a la acción de amparo, señalando que debía entregarse toda información, salvo las referencias de terceros dentro del proceso. Se ordenó entregar la información referida al requirente, y respecto de los otros postulantes, se ordenó la elaboración de una versión pública de criterios en que se funda la calificación final, un informe curricular, la descripción de motivación, el puntaje asignado a cada atributo del perfil correspondiente a ese cargo.

De dicha resolución, el requirente y el Consejo de Alta Dirección Pública reclamaron de ilegalidad, en causa seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulada “Dirección Nacional de Servicio Civil con Consejo para la Transparencia”. Encontrándose pendiente dicha gestión, el requirente entabló acción de inaplicabilidad de los artículos 5º, inciso segundo, y 21, Nº1, letra b), de la Ley Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública.

El Tribunal Constitucional resolvió que efectivamente el informe psicolaboral del requirente que había ganado el concurso, caía dentro de la excepción a la publicidad contemplada en la Constitución y en la Ley Nº 20.285, artículo 21 Nº 2. Además, la ley que estableció el sistema de Alta Dirección Pública contempla que ese tipo de antecedentes sean reservados y lo hace con el quórum constitucionalmente exigido. Se señaló entonces que:

“las evaluaciones personales se encuentran comprendidas en la vida privada de las personas. En primer lugar, porque así lo establece la ley. Ya señalamos en otra parte de esta sentencia que toda información relativa a los estados de salud, físicos o psíquicos, de las personas, constituye datos sensibles (artículo 2º, letra g, Ley Nº 19.628). Asimismo, la Ley Nº 19.882 así lo establece, al señalar que la nómina del concurso es reservada (artículo 50) y que el proceso de selección tiene carácter confidencial, debiendo la Dirección Nacional del Servicio Civil disponer las medidas necesarias para garantizar esta condición (artículo 55). Enseguida, los tribunales, en reclamos de ilegalidad contra decisiones del Consejo para la Transparencia, donde se discutía la publicidad de estos informes, así también lo han establecido. (Por ejemplo, roles 7938/2010; 436/2010; 3436/2010, todos de la Corte de Apelaciones de Santiago). A continuación, el propio Consejo para la Transparencia, hasta antes de la resolución que obligó a la Dirección del Servicio Civil a entregar la información del recurrente, así lo consideraba, tal como se reconoció en estrados por el abogado representante de dicho Consejo” (C. 39).

“Consideramos, por tanto, que la entrega de la evaluación personal y de los

documentos anexos a ella vulnera la vida privada del requirente, pues contiene información sensible, que no puede ser conocida por terceros ni difundirse. En nada obsta a lo anterior el que para fundar la constitucionalidad de la norma impugnada se haya sostenido en estrados que no se afecta la vida privada, porque la publicidad que manda el artículo 8° es base de la institucionalidad. Al respecto, cabe señalar que si bien el artículo 8° constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, este está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su “respeto y protección” (C.40).

El Tribunal Constitucional desechó la alegación del CPLT en el sentido que esa reserva terminaba una vez concluido el proceso de selección del cargo por llenar. El fallo, como ya se indicó, innova en la jurisprudencia tradicional sobre el fundamento del derecho de acceso a la información pública.

Como la norma impugnada fue el Artículo 5° inciso 2° de la Ley de Acceso a la Información Pública, el asunto derivó hacia un tema de índole más general, a saber, si la información que debe estar a disposición de los ciudadanos se refiere sólo a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus fundamentos y procedimientos según lo establece el artículo 8° de la Constitución, o, como señala el artículo 5 inciso 2° de la Ley 20.285, toda información elaborada con fondos públicos o que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato o soporte. Por su parte, el Artículo 10 de la ley reitera el concepto del inciso 2° del artículo 5° al precisar el derecho que asiste a toda persona a solicitar y recibir información, que 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 que sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”; por su parte, el artículo 11 a) de la misma ley consagra el principio de relevancia, indicando que “se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento”.

Las opiniones sobre el verdadero alcance del inciso 2° del artículo 5° en relación con los artículos 10 y 11 a), a la luz de la Constitución, encuentran divididos a los especialistas. Algunos insisten en que debe primar una

interpretación restrictiva apegada a la letra de la Constitución¹⁷; otros, en cambio, afirman que la Constitución fijó un piso básico de publicidad, pero que nada impide a la ley ir más allá, consagrando como regla general el principio de la publicidad de la información que obre en poder de la Administración, salvo las excepciones que contempla la Constitución y las leyes de quórum calificado¹⁸. Esta última posición aduce en su favor la historia del debate parlamentario que llevó al texto del inciso 2° del artículo 5° y una interpretación sistemática de la ley, apelando a los principios consagrados en el artículo 11 en el sentido de que toda información en poder de la Administración se presume relevante y pública. Son dos ópticas contrapuestas.

La Corte de Apelaciones de Santiago, fallando un reclamo de la Fundación Futuro, terció en la polémica en octubre del 2010, sosteniendo que para determinar si una información que obre en poder de los órganos de la Administración es pública, hay que atenerse a su naturaleza, origen y destino, y tratándose de información proveniente de particulares, la Corte sostiene que *“es preciso condicionar el carácter público de tal información a la circunstancia de que ella esté en relación clara con el ejercicio de las facultades del órgano administrativo, sea porque así fluye de la naturaleza de esta o porque se ha expresado en actos administrativos directos”* (C.10°), criterio que no fue compartido en un voto de minoría de Regina Clarck, quien sostuvo una interpretación más amplia del principio de publicidad.

Este es un punto de crucial importancia para la transparencia del accionar del Estado. A nuestro juicio, debiera primar el principio de máxima divulgación contemplado por el artículo 11 d) de la Ley 20.285, excluyendo solo aquella información que esté sujeta a las excepciones de reserva establecidas por la ley, que es plenamente concordante con el espíritu de la reforma constitucional del 2005 que reformó el artículo 8° de la Carta Fundamental.

Volviendo ahora al tema de la relación entre transparencia y vida privada, conviene hacer presente que el CPLT ha recurrido al instrumento de los test de daño y de interés público para resolver los problemas que se suscitan

¹⁷ Cordero, Luis (2011). *Informe en Derecho sobre la Improcedencia del acceso a la información pública en el caso de correos electrónicos*. Santiago. En una línea de reflexión más general pero en igual sentido, ver Fernández G., Miguel Ángel (2012). “La defensa de los derechos de las personas y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

¹⁸ Vial, Tomás, op.cit.

entre la transparencia y la causal de reserva relativa a la afectación de los derechos de las personas, realizando un ejercicio de ponderación para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información es superior que el daño que podría causar su divulgación. Nuestra legislación no contiene alguna indicación directa sobre estándares para guiar esta ponderación, como ocurre en otras latitudes. El CPLT en sus decisiones cuando se refiere expresamente a estos test, muchas veces se remite a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en el sentido que una limitación a un derecho fundamental sólo se justifica cuando es estrictamente necesaria o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido¹⁹.

Como se observa, se trata de un debate en plena evolución, que incide también en los casos relativos a los correos electrónicos que veremos a continuación.

3. Correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos (STC 2153/2012)

El segundo caso es el referido a la publicidad de los correos electrónicos intercambiados entre el Subsecretario del Interior y la Gobernación de Melipilla relativos al uso de los fondos de la reconstrucción de esa comuna, los que fueron solicitados por su alcalde. En este caso, el Tribunal acogió la acción de inaplicabilidad en que se alegó que la publicidad de los correos electrónicos afectaría el derecho a la privacidad de las comunicaciones de los funcionarios públicos y la protección de la vida privada. Queda por resolver un requerimiento análogo planteado por el Ministro Secretario General de la Presidencia, que el Tribunal ha declarado admisible.

Esta jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional recae en un tema particularmente delicado y sensible, en pleno desarrollo como lo demuestra un Informe en Derecho preparado por Ignacio Covarrubias C. y José Manuel Díaz de Valdés, acompañado al proceso constitucional en cuestión. En dicho Informe, concluyen que “en EE.UU., Inglaterra y Canadá se considera que los correos electrónicos de funcionarios públicos son documentos públicos

¹⁹ Rajevic, Enrique (2009). *La Jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. Revista de Derecho, p.46.

si existe vinculación entre la información solicitada y el desempeño público del funcionario...el elemento decisivo para determinar la publicidad o privacidad es el contenido del e-mail”²⁰. Especial relevancia pública tuvo en los EE.UU. la revelación de parte importante de los correos electrónicos de Sarah Palin, quien fuera candidata a la vicepresidencia de ese país en las últimas elecciones.

En Canadá, todo mensaje electrónico que contenga información generada, obtenida, adquirida, transformada o conservada en el curso del desempeño de funciones públicas, es considerado un documento que hipotéticamente puede ser conocido por los ciudadanos. Los correos electrónicos institucionales entran dentro de esa categoría. En cambio, los mensajes de carácter personal no constituyen documentos del Gobierno de Canadá.

A nivel europeo, se discute una convención que recoge recomendaciones vigentes del Consejo de Europa, que permitiría el acceso a los correos electrónicos de los funcionarios públicos, siempre que no concurra una excepción legítima como la privacidad de la información contenida en los mismos o que ellos formen parte del proceso deliberativo para adoptar una resolución. Por su parte, la Corte de Justicia de la Unión Europea considera que los correos electrónicos de las autoridades son documentos públicos y que no estarían amparados por la excepción del proceso deliberativo, lo que quedó reflejado en el Tratado de Lisboa de 2009. En Suecia, la ley garantiza expresamente el acceso a la correspondencia oficial cuando una carta u otro medio de comunicación verse sobre el ejercicio de la autoridad de un servidor público, lo que se aplica también a los correos electrónicos.

La revisión del contenido de los correos electrónicos para determinar la naturaleza pública o privada de la información que contienen, en EE.UU. es de tipo judicial, mientras que en Canadá y el Reino Unido la realiza un organismo público similar al CPLT. El control del respeto del derecho de acceso a la información pública resulta ser un punto clave²¹. Hay diversas soluciones posibles: desde la vía judicial hasta la administrativa y una combinación de

²⁰ Covarrubias Cuevas, Ignacio y Díaz de Valdés, José Miguel (2012). *Informe en Derecho acompañado ante el Tribunal Constitucional en el caso en referencia*. Santiago. Ver también el Comentario escrito de la Asociación de Abogados de la ciudad de Nueva York, también acompañado al proceso constitucional en cuestión.

²¹ Allesch P., Joham y Obando C., Iván. (2010) “El control del derecho de acceso a la información administrativa: la ley chilena en perspectiva comparada”. *En Transparencia...*, op. cit.

ambas. La ley chilena se inclina por un sistema integrado en que salvo para el caso en que el organismo público invoque la causal de entorpecimiento de sus funciones, la última palabra siempre la tendrán los Tribunales de Justicia, y habiendo una gestión judicial pendiente, se podrá recurrir, como hemos visto, al Tribunal Constitucional mediante un recurso de inaplicabilidad.

Las Cortes de Apelaciones tendrán, sin embargo, la última palabra cuando resuelvan el fondo del asunto. En el caso del Subsecretario del Interior, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago puede tener en cuenta que existen otras normas legales que establecen principios y reglas similares a los del artículo 5° inciso 2°, que no fueron cuestionadas en el recurso de inaplicabilidad. En un proceso anterior (Rol N° 7932-2011, de 09.05.12), esa misma Corte rechazó una reclamación análoga en contra de una decisión del Consejo para la Transparencia que ordenaba dar acceso a todos los antecedentes vinculados con la Evaluación Técnica del Proyecto Hidroeléctrico de Aysén, entre los que se encontraban los correos electrónicos institucionales de los funcionarios vinculados al asunto. En esa sentencia, la Corte de Apelaciones resolvió que *“la sola lectura de dichos correos permite concluir que sólo hacen referencia a información de carácter pública... y que no existe en dichos correos electrónicos comunicación alguna que diga relación con la vida privada de quienes los intercambian”* (C. 5°).

Recientemente dos reparticiones públicas –el Servicio Agrícola y Ganadero y un Seremi de Aysén– han cumplido con la resolución del CPLT de permitir el conocimiento de algunos correos electrónicos sin recurrir a la justicia.

En efecto, la propensión es a hacer públicos los correos electrónicos institucionales de los funcionarios públicos, con exclusión de la información de carácter privado que pudieren contener. En la medida que la Ley de Procedimientos Administrativos permite que ellos se realicen por vía electrónica y dada la importancia y difusión de las nuevas tecnologías, en un próximo futuro gran parte de la actividad del Estado utilizará medios electrónicos. Por eso es que la tendencia mundial es a establecer la publicidad o reserva según la naturaleza de la información que se trasmita y no el soporte en que ella quede registrada. La distinción que se hace en Canadá entre correos que constituyen documentos públicos y mensajes privados, será un buen parámetro para ir resolviendo el dilema.

Si bien por regla general no existe legislación específica en derecho comparado referida a los correos electrónicos de funcionarios públicos, lo normal es que las Cortes se atengan a ese criterio, analizando en cada

caso si la información es privada o pública. En México, se ha dictado una recomendación que hace públicos los correos electrónicos de los funcionarios (Diario Oficial 10.02.2009). La Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene ninguna sentencia al respecto todavía.

La sentencia del Tribunal Constitucional parte por afirmar que el régimen estatutario de los funcionarios públicos no suspende sus derechos como ciudadanos y reitera el concepto interpretativo restrictivo del artículo 8° de la Constitución Política, sosteniendo que el mandato de publicidad se refiere sólo a ciertos asuntos, tesis ya sostenida en la STC 1990/2012, y que ese precepto no consagra un derecho de acceso a la información. El fallo desarrolla el principio deliberativo, argumentando que “hay conversaciones, reuniones, llamados telefónicos, diálogos, órdenes verbales de los cuales no se lleva registro de ningún tipo. Y, por lo mismo, nunca serán públicos” (c.XIX), en contraposición a los elementos de los expedientes administrativos, según la Ley 19.880.

Continúa el TC razonando en el sentido que los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos, pues aquellos son básicamente un medio de comunicación digitalizado a través del cual se transmiten diversos tipos de mensajes. Acude a la Ley 19799 para definir lo que es un documento electrónico (artículo 2° d), y al Reglamento de la Ley 20.285 (D.S. 13, 2009, Minsepres). Para que un documento pueda ser conocido, debe ser complemento directo o esencial de un acto administrativo.

En consecuencia, el artículo 5° inciso 2° de la Ley 20.285, impugnado en el caso sub lite, vulneraría el Artículo 19 N° 5 de la Constitución, pues los correos electrónicos caben dentro de la expresión “comunicaciones y documentos privados” que la Carta Fundamental utiliza. El TC considera que la Ley 20.285 no contiene ninguna autorización para inspeccionar tales comunicaciones como lo prescribe la Constitución. El artículo 5° de esa ley excede lo previsto en la Constitución, pues amplía la información a la que se tiene acceso al separarla completamente de los actos y resoluciones de los órganos del Estado o de documentos que consten en un procedimiento administrativo.

Por su parte, el voto de minoría de los ministros Fernández, García y el suscrito, reafirma la existencia del derecho a la información pública y descarta que en la especie esté en juego la garantía del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política, remitiéndose al método de la ponderación para resolver una posible antinomia entre tal derecho y la protección de la vida

privada. Para lo cual reafirma la legitimidad del sistema establecido por la Ley 20.285 en orden a que el CPLT pueda definir cuales correos electrónicos o partes de ellos sean de dominio público y cuáles no, dependiendo de la naturaleza de la información que contengan, decisión que puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones correspondiente. Lo relevante para definir el carácter público de una información es su naturaleza y no su soporte o formato. Refiriéndose al caso sub lite, hacen mención del Decreto Supremo por el cual el Ministerio del Interior autorizó a las Gobernaciones, teniendo en cuenta la urgencia de la reconstrucción luego del terremoto, que las peticiones de fondos y las rendiciones de cuentas se hicieran por vía electrónica. En consecuencia, en la especie, la información solicitada por el alcalde de Melipilla era de relevancia pública y no interfería en nada con la vida privada de las autoridades involucradas, ni con sus comunicaciones personales.

Actualmente, el tema es debatido en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, que analiza un proyecto de reforma a la ley 20.285. Sería auspicioso que en sede legislativa se establecieran criterios más claros y precisos que orientaran a los funcionarios públicos y a la magistratura, siempre en el respeto del marco constitucional.

VIII. CONCLUSIÓN

Estos son los principales lineamientos que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de los actos y resoluciones del Estado, su transparencia y el acceso de los ciudadanos a los documentos públicos y, en general, a la información que obre en manos de la Administración. Hay muchos otros asuntos que se han suscitado a raíz de la aplicación de la Ley.20.285 que, sin embargo, no han llegado hasta ahora a conocimiento de esa magistratura. Por ejemplo, los conflictos relativos a información del área de la defensa o del accionar policial o de las relaciones internacionales del Estado, así como todo lo relativo a la situación de los archivos y los criterios existentes para desechar o mantener una información y los plazos para su desclasificación .

Lo importante es el avance experimentado por el país en esta materia en pocos años y el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en un proceso que no debiera tener vuelta atrás si queremos reforzar los principios democráticos, modernizar el Estado y favorecer la participación informada

de la ciudadanía en los asuntos públicos, manteniendo los valores y normas que dificultan o impiden la corrupción y las desviaciones de poder.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Allesch P., Johamy Obando C., Iván (2010). “El control del derecho de acceso a la información administrativa: la ley chilena en perspectiva comparada”. En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado.

Camacho C., Gladys (2010). “Algunas precisiones sobre el concepto de información pública”. En Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coordinadores), *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Legal Publishing.

Cordero, Luis (2011). *Informe en Derecho sobre la Improcedencia del acceso a la información pública en el caso de correos electrónicos*. Santiago.

Covarrubias Cuevas, Ignacio y Díaz de Valdés, José Miguel (2012). *Informe en Derecho acompañado ante el Tribunal Constitucional en el caso en referencia*. Santiago.

Fernández G., Miguel Ángel (2012). “La defensa de los derechos de las personas y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

Galdames Zelada, Liliana (2012). “La Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: su incidencia en la configuración de un derecho incipiente: El derecho a la verdad”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica

García Barzelatto, Ana María (2012). “El derecho a la identidad personal: un nuevo derecho constitucional”. En *Derechos Fundamentales. Homenaje a Francisco Cumplido*. Santiago: Jurídica.

Isense R., Carlos y Muñoz S., Jorge E. (2010). *Principio constitucional de transparencia y su materialización en el derecho de acceso a la información pública: análisis crítico de su regulación legal y administrativa*. Tesis de grado, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Rajevic, Enrique (2009). *La Jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*. En Revista de Derecho.

Rajevic, Enrique (2010). “El Consejo para la Transparencia como como

Administración Independiente”. En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.

Vial, Tomás (2010). *Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obra en poder de los órganos de la Administración*. Santiago.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Claude Reyes, López Álvarez, Ricardo Canese y Herrera Ulloa.

Tribunal Constitucional, Rol 1732-2011.

Tribunal Constitucional, Rol 1800-2011.

¿CUÁL ERA EL PROPÓSITO DEL CONGRESO AL REGULAR EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA? LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 5º DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

WHAT WAS THE CONGRESS' PURPOSE WHEN REGULATING ACCESS TO PUBLIC INFORMATION? LIMITS OF ARTICLE 5 OF LAW N° 20.285

LUIS CORDERO VEGA¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza el alcance de la disposición que establece la publicidad de cualquier información que obre en poder de la administración.

Palabras claves: Transparencia. Alcance del artículo 5º de la Ley N° 20.285. Acto administrativo. Excepciones a la publicidad.

Abstract: The reach attributed to the rule ordering publicity of all information is analyzed in the present article.

Keywords: Transparency. Reach of article 5 of Law N° 20.285. Administrative act. Exceptions to publicity.

¹ Doctor en Derecho, profesor de Derecho Administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Algunas de estas ideas fueron expresadas inicialmente en mi trabajo “Delimitando la Ley de Acceso a la información: los dilemas tras la regulación”, en Letelier W., Raúl y Rajević M., Enrique (2010). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.

I. ANTECEDENTES

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública² (LAIP), ha existido controversia sobre la extensión de su aplicación, especialmente a consecuencia del contenido y redacción del artículo 5º, inciso segundo³, de la precitada ley. Sobre esa cláusula, el Consejo para la Transparencia (CPLT) ha sostenido que cualquier tipo de información que se encuentre en poder de la Administración en cualquier tipo de formato, es pública y, por lo tanto, sujeta a las exigencias de la ley.

Esa interpretación ha llevado la aplicación de la LAIP a información que el Congreso jamás tuvo por finalidad someter a la aplicación de la ley, ampliando la regla y alterando el propósito perseguido en su establecimiento. Esta discusión ha sido especialmente relevante en los denominados casos sobre “correos electrónicos”, en donde el Consejo ha sostenido invariablemente su publicidad en base a esta regla⁴ y cuya discusión ha sido llevada al Tribunal Constitucional (TC)⁵.

² Correspondiente a la ley N°20.285, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008.

³ El artículo 5º señala: 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.

⁴ La jurisprudencia del CPLT en relación con la publicidad de los correos electrónicos se inició con la decisión de amparo Rol C83-2010, de 22 de junio de 2010, en la que sostuvo que el artículo 5º de la LAIP dispone que toda información que obre en poder de los órganos de la Administración es pública. Asimismo, indicó que la información requerida debía considerarse en principio pública, ya que, teniendo origen en la misiva de un particular dirigida a un funcionario público, obra en poder de un órgano de la Administración. Finalmente, hizo referencia a la letra c) del artículo 11 de la LAIP, que consagra el principio de apertura o transparencia, en virtud del cual toda la información en poder de los órganos de la Administración se presume pública, a menos que concurra alguna excepción.

En decisiones posteriores, sistemáticamente ha confirmado este criterio. Ver, en este sentido, Roles C640-10, C377-11, C126-2011, C406-11, C124-11, C122-211.

⁵ Los casos son los roles 2153, de 2012 y 2246, de 2012. En el primero de ellos, el TC comunicó el acuerdo por el que decidió acoger el requerimiento de inaplicabilidad; sin embargo, hasta la fecha de entrega de este trabajo, no conocemos los motivos del Tribunal para pronunciarse en ese sentido, porque aún no se ha publicado la sentencia.

En mi opinión, esa interpretación extensiva es impropia al fin perseguido por la ley y su aplicación puede lesionar otras situaciones objeto de protección. Con la finalidad de desarrollar lo antes señalado, a continuación, se examinarán los fundamentos y propósitos del legislador al establecer las normas sobre acceso a la información. De dicho análisis, se concluirá que el aspecto determinante para que exista acceso a la información, es la existencia de documentos (información elaborada en cualquier formato).

II. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Como es sabido, un tema esencial en el funcionamiento de los sistemas democráticos es el establecimiento de reglas básicas de control institucional, pero también de aquellas que se ubican en el ámbito del escrutinio público que realizan los ciudadanos a sus autoridades^{6 7}.

Existe bastante consenso en la literatura que la demanda por Gobiernos Transparentes responde a dos ideas básicas: (a) *restaurar la confianza pública*, en la medida que la información proporcionada incrementa la educación de

⁶ Como sostiene Harlow, Carol y Rawlings, Richard (2009). *Law and administration*. Cambridge: University Press, 3th edn, p. 46, se ha ido produciendo un cierto consenso en que el Derecho Administrativo no sólo se puede ver desde la perspectiva de la contienda entre la administración y el ciudadano, tan bien reflejada en la contienda contenciosa administrativa (en la tensión sobre la legalidad y sus alcances) (denominada Red Light Theory), o desde la perspectiva de los resultados de prestación, reflejado en el debate del servicio público (la condición prestacional amplia y directa del Estado), sino que también es necesario dimensionarlo sobre cierto consenso de los valores que concurren en las regulaciones de las administraciones y representadas por el Derecho Administrativo (denominada Green Light Theory). Estos se traducen en una trilogía de valores: transparencia, participación y accountability (rendición de cuentas), que se reflejan en la expresión “buena gobernanza”.

⁷ Como señala Kant (*Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*. Madrid: edición de Jacobo Muñoz, Biblioteca Nueva, 1999, pp. 127 y 128), existe una fórmula trascendental en el Derecho público, que supone la siguiente proposición: son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otros hombres cuyos principios no soporten ser hechos públicos. Lo anterior supone que no sólo es una mera regla ética, sino que ante todo un mandato jurídico para el Estado.

Concretamente, señala Kant, id., que “Porque una máxima que no se puede manifestar en alta voz sin arruinar al mismo tiempo el propio propósito, que debería, por tanto, permanecer secreta para poder prosperar y a la que no se puede reconocer públicamente sin provocar indefectiblemente la oposición de todos”.

los ciudadanos, haciendo de ellos sujetos con condiciones para exigir una demanda adecuada de la calidad de los servicios provistos por el Estado y sus organismos; (b) *tener más y mejores vigilantes de la actividad gubernamental*, en la medida que amplía las posibilidades de disponer de otros sujetos que controlen la actividad pública, diferente de las clásicas instituciones del control público⁸.

Por este motivo, el argumento central tras la transparencia y la publicidad de la información pública está asociado a la promoción de buenos gobiernos. En ese contexto, y asumiendo que la publicidad de la información en poder del Estado es uno de los pilares esenciales de la calidad del sistema democrático, la experiencia comparada demuestra que los países establecen diversos criterios tras la publicidad, dependiendo de las prioridades nacionales. Así, por ejemplo, algunos países privilegian instrumentos que buscan tener gobiernos más abiertos, sujetos al escrutinio público en la idea de luchar contra la corrupción (p.e., Corea, México). Otros colocan los énfasis en hacer un gobierno más amigable y accesible en orden a mejorar la prestación de los servicios públicos (p.e., Dinamarca), mientras que algunos buscan mejorar la actividad gubernamental en orden a ser más inclusivos en la elaboración de la política pública (p.e., Canadá y Finlandia)⁹.

Teniendo presente que las razones que motivan el acceso a la información pública, tienen como objetivo común mejorar el sistema de rendición de cuentas y, por esa vía, la calidad del sistema democrático, pero también que estas leyes se adecuan a los objetivos de política pública perseguido por cada país, dando origen a leyes de distinto orden, a continuación se analizan la razones que justifican, en el caso chileno, el acceso a la información pública.

III. EL OBJETO DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN CHILE

a) El diseño constitucional

El acceso a la información pública fue regulado originalmente en Chile por la ley N° 19.653, también conocida como “Ley de Probidad Administrativa”, que modificó la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”). Ella permitía el acceso a los

⁸ OCDE (2005). *Modernising Government. The Way Forward*. OCDE Publishing pp. 30 y 31.

⁹ *Ibidem*.

actos administrativos y a los documentos que les servían de complemento directo y esencial¹⁰.

¹⁰ El texto original del artículo 11 bis (actual artículo 13) de la LOCBGAE señalaba: “Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan. La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

La publicidad a que se refiere el inciso anterior se extiende a los informes y antecedentes que las empresas privadas que presten servicios de utilidad pública y las empresas a que se refieren los incisos tercero y quinto del artículo 37 de la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, proporcionen a las entidades estatales encargadas de su fiscalización, en la medida que sean de interés público, que su difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y que el titular de dicha información no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la misma, conforme a lo establecido en los incisos siguientes.

En caso de que la información referida en los incisos anteriores no se encuentre a disposición del público de modo permanente, el interesado tendrá derecho a requerirla por escrito al jefe del servicio respectivo.

Cuando el requerimiento se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos o intereses de terceros, el jefe superior del órgano requerido, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros interesados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación, la cual se entenderá practicada al tercer día de despachada la correspondiente carta certificada. La oposición deberá presentarse por escrito y no requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución judicial en contrario, dictada conforme al procedimiento que establece el artículo siguiente. En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información, a menos que el jefe superior requerido estime fundadamente que la divulgación de la información involucrada afecta sensiblemente los derechos o intereses de los terceros titulares de la misma.

El jefe superior del órgano requerido deberá pronunciarse sobre la petición, sea entregando la documentación solicitada o negándose a ello, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas contado desde la formulación del requerimiento, o desde la expiración del plazo concedido al tercero afectado, en el caso previsto en el inciso séptimo.

El jefe superior del órgano requerido deberá proporcionar la documentación que se les solicite, salvo que concurra alguna de las causales que establece el inciso siguiente, que le autorizan a negarse. En este caso, su negativa a entregar la documentación deberá formularse por escrito y fundadamente, especificando las razones que en cada caso motiven su decisión.

Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las

El referido cuerpo legal establecía cinco casuales de denegación del acceso a la información: (a) hipótesis de reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias; (b) que la publicidad impidiera o entorpeciera el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; (c) la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refería o afectare la información contenida en los documentos; (d) que la divulgación o entrega de los antecedentes requeridos afectare sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas; y (e) que la publicidad afectare la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Conforme a esa normativa, el Minsepres dictó el Decreto Supremo N° 26¹¹ (DS N° 26), que permitió a las autoridades administrativas determinar por sí y ante sí los actos y documentos que consideraban debían ser sustraídos del conocimiento público¹². Dicha práctica se prestó para abusos, pues permitió declarar buena parte de la información como secreta o reservada¹³.

Fue en ese contexto en que el Senado instó por la incorporación de un nuevo artículo 8º a la CPR, con la finalidad de reducir la discrecionalidad administrativa, de manera que fuera la ley la que estableciera las hipótesis de secreto o reserva¹⁴. Se sostuvo en su oportunidad que:

funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Uno o más reglamentos establecerán los casos de secreto o reserva de la documentación y antecedentes que obren en poder de los órganos de la Administración del Estado”.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de mayo de 2001. Su artículo 9 señalaba: “Los órganos de la Administración del Estado deberán clasificar los actos y documentos como secretos o reservados, de conformidad a los criterios establecidos en el artículo precedente, en atención al grado de protección que requieren.

Corresponderá al respectivo Jefe Superior de Servicio, mediante resolución fundada, determinar los actos, documentos y antecedentes de la institución u órgano de la Administración del Estado que estarán afectos al secreto o reserva”.

¹² Dichos actos se encuentran disponibles en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-17.8949958187/area_1.2005-10-18.5782379697/.

¹³ Vid. Cordero Vega, Luis (2010). “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: los dilemas tras la regulación. En Letelier W., Raúl y Rajevec M., Enrique, *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot. En el mismo sentido, ver dictamen de Contraloría.

¹⁴ Artículo 8º, inciso 2º: 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

“(…) sería prudente decir, en primer lugar, que toda persona que desempeñe una función pública debe hacerlo observando el principio de probidad. En segundo término, que los órganos del Estado deben dar a conocer los fundamentos de sus decisiones, es decir, cumplir con el principio de publicidad, y finalmente, que deben actuar en forma transparente, lo cual significa que las personas puedan acceder a la información, con las restricciones que establecerá la ley”¹⁵.

La norma constitucional permite, de este modo, restringir la publicidad de los actos y resoluciones estatales –así como de sus fundamentos y procedimientos–, siempre que ello se haga por medio de una ley de quórum calificado que establezca la “reserva o secreto”, fundada únicamente en las hipótesis indicadas en la misma carta fundamental, y que se refieren a los casos en que la publicidad afecte: (i) el debido cumplimiento del funcionamiento de los órganos del Estado; (ii) los derechos de las personas; (iii) la seguridad de la Nación; o (iv) el interés nacional.

De este modo, se observa que el objetivo de la reforma no fue otro que constitucionalizar la regulación vigente al momento de su dictación, prohibiendo la posibilidad de declarar el secreto o reserva de los actos de la Administración mediante un acto diferente a una ley de quórum calificado. La práctica abusiva del DS N° 26, como se explicó, originó esta reacción y, por tal motivo, su estricta regulación constitucional. Sin embargo, con ella no se pretendió alterar o innovar en el objeto de la publicidad. De ahí que tras la reforma constitucional, lo que terminó pugnando con el texto constitucional fue la posibilidad de secreto o reserva mediante acto administrativo –contenido en el artículo 13 de la ley N° 18.575–, y no el objeto de la publicidad, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional (“TC”)¹⁶.

En estas circunstancias, fuerza es concluir que el derecho o garantía constitucional de acceder a la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, se limita única y exclusivamente –en atención a lo señalado por el artículo 8° de la CPR–, a los actos y resoluciones, sus procedimientos y fundamentos, no siendo posible extender esta garantía a instrumentos diversos a los reseñados.

de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, 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.

¹⁵ Intervención del H. senador Larraín, Historia de la Ley N° 20.050 que introduce el artículo 8° a la CPR, p. 148.

¹⁶ Tribunal Constitucional, Rol N° 634 del 2006.

b) El objeto del derecho de acceso en la LAIP

Dada la remisión constitucional al legislador para la calificación de secreto o reserva, la LAIP reguló el acceso a la información del Estado¹⁷.

A este respecto, la LAIP consagró un criterio ya establecido en la LOCBGAE, cuando reguló por primera vez el acceso a la información pública, consistente en que la *“función pública se ejerce con transparencia”*¹⁸, señalando luego que el principio de la transparencia consiste *“en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información (...)”*¹⁹.

Esta ley, como se sabe, regula concretamente la transparencia de los órganos de la Administración del Estado, el derecho de acceso a la información que se encuentra en poder de dichos órganos, los procedimientos para su ejercicio y el sistema de amparo del mismo.

La LAIP es clara en señalar el objeto que persigue. Así, su artículo 3º indica que:

*“La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”*²⁰.

Luego, el inciso segundo de su artículo 4º, describe el principio de transparencia, señalando que:

“El principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”.

Los mismos instrumentos son aludidos en el inciso primero del artículo 5º de la LAIP:

¹⁷ Su tramitación se inició por moción de los senadores Larraín y Gazmuri, Boletín N°3773.

¹⁸ Ley Orgánica Constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, artículo 3º.

¹⁹ Ley Orgánica Constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, artículo 4º.

²⁰ En el presente informe, todos los énfasis son agregados, a menos que se indique lo contrario.

“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”.

Como se ve, todas las disposiciones citadas son coincidentes y declaran claramente la publicidad de: (i) decisiones adoptadas en ejercicio de funciones públicas; (ii) actos o resoluciones de la Administración; (iii) procedimientos utilizados para su dictación, (iv) sus fundamentos; y (v) documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial. La LAIP determina, en consecuencia, que los instrumentos públicos serán aquellos que produzcan efectos jurídicos, junto con sus procedimientos y fundamentos.

Finalmente, la LAIP confirma este criterio al establecer en su artículo tercero una modificación al inciso segundo del artículo 16 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”) en lo relativo al principio de transparencia y de publicidad, señalando precisamente que el acceso corresponde al acto administrativo (en general), así como a sus fundamentos y el procedimiento que sirvió para su elaboración²¹.

En síntesis, para que exista derecho de acceso a los fundamentos y al procedimiento, debe existir un acto administrativo dictado que permita acceder a la información, que finalmente se encuentra en el expediente administrativo y que sirve de base al acto terminal en donde deben constar los fundamentos de la decisión^{22 23}.

²¹ Ley 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo, artículo 16. Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que estos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

²² Ley 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo, artículo 18. 3. Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un *expediente*, escrito o electrónico, *en el que se asentarán los documentos* presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el

c) El propósito del Congreso al regular la LAIP

Despejar el propósito del legislador en la dictación de la LAIP es clave para una correcta interpretación de las normas en estudio²⁴, que es lo que permite clásicamente justificar la interpretación finalista de la ley administrativa²⁵.

Para tales efectos, cabe tener presente que el proyecto original presentado al Congreso, disponía de una norma de amplitud semejante a la que existe en la actualidad²⁶ y que el CPLT ha utilizado, por ejemplo, como parte de sus fundamentos para ordenar el acceso a los correos electrónicos.

órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que estas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso.

(inc. 4º). Además, deberá llevarse un *registro actualizado*, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en el que consten las actuaciones señaladas en el inciso precedente, con indicación de la fecha y hora de su presentación, ocurrencia o envío”.

Ley 19.880, sobre bases de procedimiento administrativo, artículo 41. 1. Contenido de la resolución final. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados.

(inc. 4º). Las resoluciones contendrán la decisión, que *será fundada*. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

(inc. f). La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

Por este motivo, la jurisprudencia administrativa ha sostenido en el Dictamen N° 24.887, de 2009, que “tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4º, de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado”.

²³ Es posible, como se explicará también, acceder al acto trámite y al procedimiento adjetivo o secundario que lo funda.

²⁴ El propósito importa para efectos interpretativos, pues como señala Breyer, Stephen (2010), *Making our democracy work*. New York: Knof, pp. 92–94, “las normas legales deben ser interpretadas en términos de los propósitos normativos y sus consecuencias en virtud de los cuales se entregaron competencias a un organismo, de manera que el ejercicio de la misma tenga consideraciones de utilidad en relación a los problemas que el Congreso deseaba abordar al momento de regular la actividad de que se trate”.

²⁵ La doctrina de la interpretación finalista en la jurisprudencia administrativa es consecuencia del Dictamen N° 70.118, de 1970.

²⁶ La norma original era amplia, pues en la moción se le daba la siguiente redacción: “Reemplázase el inciso tercero del artículo 13 (de la LOCBGAE), por el siguiente:

Esa redacción dio origen a una gran discusión en la sala del Senado, que permite extraer los propósitos que perseguía el Congreso al regular el acceso a la información pública y los asuntos que no se encontraban asociados a los mismos.

En efecto, la discusión respecto de qué instrumentos serían públicos en la sala del Senado fue expresa, extensa y no existió desacuerdo al respecto. De ella se desprende un claro acuerdo en cuanto a que la normativa en cuestión persigue la publicidad de aquellos instrumentos relacionados con la dictación de un acto administrativo, que produce efectos jurídicos, excluyéndose aquellos otros que no cumplen con dichos requisitos.

Durante la discusión, se dejó así definido lo que no debía ser considerado como público. Se señaló, a modo ejemplar, que se encontraban fuera de la categoría de lo público, los *llamados telefónicos, hacer sonar los timbres, convocar a una sesión, conversaciones, deliberaciones* o toma de decisiones:

“El señor Viera-Gallo. (...) Según está definido en la Ley de Procedimientos Administrativos, o en las leyes sobre procedimientos judiciales, o en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, un acto es tal cuando se afina una decisión de un órgano administrativo o del Estado que produce efectos jurídicos.

No es un acto de la Administración del Estado que el Presidente de la República llame por teléfono o que el Presidente del Senado haga sonar los timbres. No es un acto el que se convoque a una sesión, o el que se hable y delibere. El acto tiene lugar cuando un procedimiento queda afinado de tal manera que produce efectos jurídicos. Ese es el tipo de actos que deseamos que sean públicos.

(...) Que el procedimiento sea público, a mi juicio, debería significar que la ciudadanía conoce cómo se adoptan las decisiones: la Corte Suprema, de tal manera; las Cortes de Apelaciones, de otra; el Consejo de Generales, de una forma; las Comisiones legislativas, de otra. O sea, se sabe que no hay un modo secreto para decidir.

Pero cosa muy distinta es que el ciudadano tenga derecho a presenciar la toma de decisiones que lleva al acto. Porque, si por esto se entiende público, creo que

“Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado, en los términos señalados en el inciso anterior, y los documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato y que haya sido creada u obtenida por ella, o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Se considerará además, como información pública, cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público, salvo las excepciones legales”.

estamos haciendo una interpretación demasiado abusiva o extensiva de la reforma constitucional.

(...) Se dice, entonces, que son públicos los procedimientos mediante los cuales esos organismos adoptan sus decisiones. Yo tengo derecho a saber cómo se decide, pero no —como sucedió en la época de la Revolución Francesa o en la de la Comuna de París— a hacer desaparecer la diferencia entre gobernante y gobernado.

Si la nuestra es una democracia representativa, es porque partimos de la idea básica de que la ciudadanía no se autogobierna, sino que delega el ejercicio de la soberanía. Y si uno delega, puede controlar, pero no sustituir al órgano en el que delega. O sea, la base del sistema político de la democracia representativa es que existe una diferencia entre gobernante y gobernado. (...)

El señor Zaldívar (don Andrés). Siguiendo la argumentación del Honorable señor Viera-Gallo —estoy totalmente de acuerdo con su interpretación—, sugiero que se precise el N° 2.

Si dijera “Son públicas las resoluciones de los órganos de la Administración del Estado”, estaría perfecto. A mi modo de ver, el término “actos” es innecesario, porque la resolución contiene ese concepto; es donde se resuelve. Si no, la norma se presta para confusión en lo que concierne al alcance de la palabra “actos”.

(...) Por ello, hay que precisar esta disposición, para evitar excesos que pueden hacerla impracticable o, sencillamente, para impedir un rechazo.

El señor Viera-Gallo. (...) Entonces, señor Presidente, concluyo sosteniendo en primer término que, para que exista un acto de un órgano del Estado, debe mediar una actividad que produzca efectos jurídicos; no se trata de cada uno de los actos de los funcionarios. Y, en segundo lugar, que el ciudadano tiene todo el derecho del mundo a conocer los procedimientos por los cuales se adoptan las decisiones, pero no el de estar presente en las deliberaciones que llevan a ellas.

Si esas precisiones fueran de algún modo compartidas, yo no tendría ningún inconveniente en que se aprobara el N° 2 sin volver el proyecto a la Comisión, porque ese es el espíritu razonable de la norma. Si no, entraríamos en una gran confusión.

(...) El señor Vásquez. Señor Presidente, el análisis del Senador señor Viera-Gallo es correcto y concordante con el del Honorable señor Andrés Zaldívar. Pero los que algo conocemos de derecho sabemos que las normas de interpretación de la ley que corren entre los artículos 19 y 24 del Código Civil parten de la base —por lo menos, conforme a la conclusión generalizada de los civilistas, e incluso, de los constitucionalistas— de la literalidad de un texto. No comparto ese criterio, que no es el que mayoritariamente aceptan nuestros tribunales de justicia.

(...) Por lo tanto, me parece que lo lógico sería que la disposición se precisara definiéndose exactamente lo que se ha mencionado: qué son acto, resolución, fundamento y procedimiento. Al complementarla en esa forma, quedaría del todo clara.

En tal sentido, señor Presidente, deseo consignar que no siempre en los tribunales de justicia se entiende, como fuente de la ley, la historia de su establecimiento. No se recurre a ella. No basta la intervención de un Parlamentario en una Comisión o en la Sala.

(...) El señor Coloma. (...) En primer lugar, el proyecto se refería a los “actos administrativos”. Ese concepto es preciso en el Derecho Administrativo: resulta claro y nadie se confunde respecto de su significado. Y algo lo explicó anteriormente el Senador señor Viera-Gallo. En su lugar, la norma dice relación a “actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado”, que no es necesariamente lo mismo. Constituye una nueva expresión que se incorpora acerca de ese tipo de instrumento y, como es obvio, puede ser interpretada bajo las más diversas formas. O sea, sabemos lo que es un acto administrativo; pero un acto de la Administración del Estado, si no lo precisamos —por ejemplo, en cuanto a sus efectos jurídicos o a la factibilidad de causar determinada consecuencia en relación con terceros—, se puede aplicar con mayor o menor amplitud y generar una inseguridad que no me parece razonable en quien debe juzgar o interpretar la ley.

(...) El señor Larraín. (...) Lo que nos interesa es aclarar qué es información pública, cómo se garantiza el acceso a ella para asegurar la transparencia, cómo se pueden establecer mecanismos de excepción y los procedimientos para adquirir el conocimiento de la información. Si el precepto genera dudas, no tengo ningún problema en rechazarlo, porque el proyecto quedará exactamente igual. La norma sólo busca —repito— reproducir lo que establece la Constitución.

Segundo, aquí se ha dicho que la disposición no se entiende, que no están claros los conceptos de “acto administrativo”, de “acto de la Administración” o de “resolución”. Y se han citado varias normas.

¡Perdónenme, Sus Señorías, pero eso ya está definido en la ley! Aquí no estamos haciendo interpretaciones nuevas. Esto viene de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Más aún, por si eso fuera insuficiente, el artículo 3° de la ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos, define el concepto de acto administrativo; de manera que no estamos haciendo ninguna innovación. Dice: “Concepto de Acto”.

(...) Reitero: el concepto está definido. Las palabras de los honorables señores Andrés Zaldívar y Viera-Gallo apuntan hacia la correcta interpretación. Algo también entendí al Senador señor Vásquez en la misma línea. Se trata de actos terminales, de actos formales, normalmente por escrito.

Por lo tanto, la expresión “acto administrativo” tiene en nuestra legislación una claridad conceptual que no merece dudas.

Igual ocurre con las resoluciones. El mismo artículo 3º del citado cuerpo legal las define: “Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”. ¿Y los procedimientos? ¿Por favor! No es más que una expresión gramatical. Es decir, los conceptos están señalados y debidamente explicados en nuestra legislación”²⁷.

Como se aprecia, se tuvo especial cuidado durante la tramitación de la LAIP en señalar que no toda información es pública, y que las obligaciones de publicidad se derivan sólo del ejercicio formal de las funciones públicas, excluyéndose expresamente los llamados telefónicos, conversaciones y deliberaciones. Todas las exclusiones corresponden precisamente a comunicaciones entre funcionarios públicos, que carecen de efectos jurídicos, a diferencia justamente de lo que sucede con los actos o resoluciones dictados por la Administración.

d) La tesis de la jurisprudencia

Ese propósito original es el que ha defendido la jurisprudencia administrativa. En efecto, la Contraloría General de la República (“Contraloría”) ha sostenido que mientras no exista acto administrativo, no se puede acceder a los documentos que potencialmente serán fundamento directo y esencial²⁸; ha insistido en la correlación entre el acto y el procedimiento

²⁷ Historia de la ley 20.285, pp. 117 y siguientes.

²⁸ En el dictamen N° 31451, de 2008, afirmó que:

“(…) la función pública debe ejercerse con transparencia, asistiéndole a los interesados el derecho a requerir al jefe de servicio respectivo los documentos que sirvan de sustento o complemento directo y esencial de los actos administrativos, criterio que se ve confirmado por la reiterada jurisprudencia de esta Contraloría General.

Asimismo, debe dejarse constancia que los interesados pueden tener acceso a las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes a una licitación pública, una vez dictado el acto administrativo que resuelve la adjudicación de la propuesta, considerando que las ofertas técnicas o económicas de que se trata no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta, como tales, son documentos que pueden conocer quienes tengan interés en los mismos, en la oportunidad señalada”.

administrativo, así como el correlativo derecho de acceso en tanto exista acto dictado²⁹; ha señalado que, una vez dictado el acto administrativo, no existe derecho de acceso o bien no constituyen documentos del procedimiento, los borradores de opiniones previas a la dictación del acto administrativo final³⁰. Tampoco existe derecho de acceso a la información, cuando hay un procedimiento administrativo en curso, del cual emanan actos intermedios no finiquitados, como es el caso de un preinforme de auditoría³¹. Por lo mismo, el momento en que se puede tener acceso a la información es desde la dictación del acto administrativo, sea este terminal o de trámite, aunque este se encuentre en trámite de toma de razón, pues este último procedimiento está destinado a dar eficacia al acto administrativo dictado³². En consecuencia, la CGR ha dictaminado que el derecho de acceso a la información sólo existe en la medida que existan decisiones formales de la Administración (acto administrativo)³³.

²⁹ En el dictamen Nº 5403, de 2009, indicó que:

“(...) el artículo 4° de la ley Nº 19.880, señala que el procedimiento administrativo está sometido a los principios de transparencia y publicidad y el artículo 17, letra d) del mismo texto legal previene que las personas tienen derecho a acceder a los actos y sus documentos, en los términos previstos en la ley, definiendo en sus artículos 3° y 18, el acto administrativo y el procedimiento administrativo respectivamente.

Sin embargo, en el caso de que se trata no ha procedido acceder a la petición del recurrente, en orden a que se le proporcione una copia de la denuncia que formulara un particular solicitando se realice una investigación en la Municipalidad (...), como quiera que aquella constituye el inicio de un acto administrativo, cuyo procedimiento no está afinado, siendo sólo el punto de partida de una investigación o sumario administrativo que ha comenzado a instruir este Organismo en ese municipio, con ocasión de hechos denunciados”.

³⁰ En el dictamen Nº 22500, de 2008, señaló que:

“No procede solicitud de copias de informes elaborados por funcionarios de esta Contraloría y de los antecedentes que habrían sido considerados en emisión de dictamen. Ello, porque son borradores o elementos de juicio de carácter interno, que no contienen en sí mismos, una decisión sobre las materias sustantivas que deben ser resueltas a través de pronunciamientos formales de esta Contraloría General. De esta forma, no constituyen actos administrativos decisorios ni, propiamente, documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, en los términos previstos en el inc. 2 del art. 8 de la Constitución Política”.

³¹ En el dictamen Nº 18474, de 2009, expresó que:

“(...) el Preinforme de Observaciones constituye un documento intermedio, relativo a una fiscalización inconclusa y, por lo mismo, no corresponde a la opinión final de la Contraloría General de la República ni a un acto administrativo terminal, lo cual explica su naturaleza confidencial, correspondiendo privativamente al alcalde determinar a qué funcionarios da conocimiento del mismo, fundamentalmente para efectos de preparar su respuesta”.

³² Dictamen Nº 7355, de 2007. En idéntico sentido Dictámenes Nros. 50273, 52916 y 57558, de 2008.

³³ Dictamen Nº 60024, de 2009.

Por su parte, en el caso de la jurisprudencia judicial, con ocasión del reclamo de ilegalidad que se interpuso en contra de la Decisión Amparo Rol C-38-10, de 14 de marzo de 2010, la Corte de Apelaciones de Santiago ha confirmado que no es posible requerir información que no haya sido exteriorizada en un acto administrativo, los cuales deben ser autosuficientes. Señala la Corte que no es posible acceder a las razones propias de los funcionarios:

“Debiendo los actos administrativos ser motivados o fundados, estos deben ser autosuficientes, por lo que no está dentro de las atribuciones del Consejo exigir la entrega de información que sólo estuvo en la mente del Rector de la USACH y que no fue plasmada en el respectivo acto, entenderlo contrario implicaría una contravención al inciso 2º del artículo 10 de la Ley de Transparencia”³⁴.

En estas circunstancias, los motivos, deliberaciones o elucubraciones que los funcionarios públicos realizaron, no se encuentran comprendidos en aquella información que a la luz de la LAIP tiene el carácter de pública, debiendo resguardarse e impedirse su acceso.

IV. EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 5º SE DEBE APLICAR SÓLO A INFORMACIÓN “ELABORADA”

Pese a las conclusiones a las cuales hemos arribado, el artículo 5º inciso segundo de la LAIP es una norma que aparentemente amplía el objeto de la información pública. Precisamente en esta norma se ha fundado el CPLT para justificar un acceso amplio a cualquier “papel” físico o electrónico en poder de las autoridades públicas.

En efecto, el artículo 5º de la LAIP, luego de ajustarse al estándar constitucional del derecho de acceso (el acto y sus documentos, fundamentos y procedimiento), dispone de un inciso segundo que, concordado con el principio de transparencia, podría llevar a suponer que el acceso a la información se aplica respecto de todo tipo de información y en cualquier momento. Este inciso dispone:

“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”.

³⁴ ICA de Santiago, Rol 2442-2010.

La norma citada ha legalizado el derecho de acceso, no cubierto por el supuesto constitucional, como una regla de *accountability* amplia, en la medida que declara de acceso público también a toda otra información que provenga de los “actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, que es lo que mandata el artículo 8 de la CPR.

La interpretación armónica de todas las disposiciones de la LAIP precedentemente citadas (artículos 3°, 4° y 5° inciso primero) y la consideración de que existe una serie de información en manos de la Administración que naturalmente no llegará a producir un acto administrativo, es lo que explica la incorporación de una disposición de esta naturaleza. En efecto, en ausencia de esta disposición, el ejercicio de funciones de fiscalización, la formulación de bases de datos, estadísticas y otras actividades regulares de la Administración que no derivan necesariamente en actos administrativos, quedarían excluidas de las normas de acceso a la información pública, sin que exista justificación para ello. De ahí entonces la necesidad y fundamento del inciso segundo del artículo 5° de la LAIP.

En este sentido, la introducción del inciso segundo del artículo 5° no viene a dejar sin efecto las consideraciones antes señaladas, que limitan el acceso a la información en los términos ya indicados, sino que sólo viene a incluir aquella información de carácter oficial que, estando en manos de la Administración, por sus características y contenido, no será parte de un procedimiento administrativo ni derivará en acto con efecto jurídico alguno³⁵.

Una interpretación armónica, que permite una visión de consistencia regulatoria y admisible constitucionalmente, supone considerar entonces que existe información en manos de la Administración que no llegará nunca a la dictación de un acto administrativo y, en consecuencia, que no tendrá un procedimiento o fundamento asociado, no obstante encontrarse “*elaborada*”³⁶.

³⁵ Ese propósito se deduce de las diversas indicaciones y el debate que se generó con el objeto de que quedaran expresamente incorporadas en la LAIP los estudios elaborados con presupuesto público y los que entregaban los particulares a la Administración en su función de autorización o fiscalización. Así lo demuestra expresamente la Historia de la ley, ob. cit., pp. 64-65, 75-77, 150-152.

³⁶ Esta circunstancia es especialmente compleja en el Derecho español, que como se ha comentado exige que el procedimiento administrativo esté terminado. Como señala Rams

Es lo que sucede, por ejemplo, con el resultado de un estudio encomendado por la Administración o con las estadísticas que los organismos administrativos deben elaborar para el desarrollo de sus actividades. La primera hipótesis es la consecuencia o resultado de un acto y procedimiento (que realizó la licitación y contrató), el segundo corresponde al ejercicio habitual de la función administrativa.

Por tal motivo, para efectos del acceso a la información pública, es necesario distinguir las actividades cotidianas de los funcionarios y las autoridades (p.e., notas personales en un bloc entregado por el Estado, conversaciones telefónicas en un teléfono de propiedad del Estado o las comunicaciones por medio de casillas institucionales), de aquellas actividades que, insertas en un proceso formal, están destinada a producir efectos jurídicos.

Ese es el criterio con el cual debe interpretarse el concepto de información a que se refiere el inciso segundo del artículo 5º de la LAIP, ya que esta norma tiene por objeto proporcionar acceso a documentos e información que está en poder de la Administración para el ejercicio de su función, la que se debe distinguir entre la destinada a la dictación de un acto administrativo terminal o trámite que debe estar en el expediente del procedimiento; de la que corresponde a la información en cualquier formato que obra en su poder o se “elabora” con presupuesto público.

Así las cosas, no pueden constituir información pública para efectos del artículo 5º de la LAIP dando origen a todo el medio de reacción

Ramos, Leonor (2008), *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus, p. 429, parece que la formulación del precepto lleva a entender que los mismos quedan excluidos del acceso, puesto que se reconoce el derecho de acceso precisamente por entender que los documentos solicitados referentes a las diligencias informativas y actuaciones de información preliminares forman parte de un procedimiento y no porque se trate de documentos que deban archivarse, de manera que parece que sólo los documentos que afectivamente forman parte del procedimiento administrativo concreto son susceptibles de ser accesibles, independientemente de que se trate de un procedimiento conducente a una declaración de voluntad de la Administración o no.

Por otro lado, Sánchez Morón, Miguel (2005). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos, p. 459, afirma que no se entiende por qué se ha de vedar la información sobre estudios, informes u otros documentos preparatorios ya definitivos que se aporten, por ejemplo, aprobar un reglamento o un plan de la Administración que se esté elaborando y que puedan ser de interés objetivo para el público (la STS de 17 de febrero de 2004 admite, precisamente, el acceso a este tipo de documentos en materia de medio ambiente). En cualquier caso, la alusión a los procedimientos terminados no limita el acceso a documentos que no se integran en un expediente formalizado, sino que formen parte de otras actuaciones y que obren en poder de la Administración.

institucional para su acceso, en tanto la información no constituya una expresión formal de la actividad administrativa en sus extensas hipótesis (actos administrativos, documentos, correspondencia pública, etcétera). El propio Congreso cuando legisló tuvo plena conciencia y fue su propósito no extender la aplicación de la LAIP fuera de las hipótesis de actividad formal de la Administración, generadora de consecuencias jurídicas.

Lo anterior no significa limitar la aplicación de la ley, sino que respetar su propósito. Esta se hizo para controlar el actuar del Gobierno por parte de los ciudadanos, no para satisfacer meras curiosidades de estos últimos sobre el proceder de sus autoridades.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Breyer, Stephen (2010). *Making our democracy work*. New York: Knof.
- Cordero Vega, Luis (2010). “Delimitando la Ley de Acceso a la Información: los dilemas tras la regulación”. En Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique. *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.
- Harlow, Carol and Rawlings, Richard (2009). *Law and administration*. Cambridge: University Press.
- Kant, Immanuel (1999). *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*. Madrid: edición de Jacobo Muñoz.
- Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique (2010). *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.
- OCDE (2005). *Modernising Government. The Way Forward*. OECD Publishing.
- Rams Ramos, Leonor (2008). *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus.
- Sánchez Morón, Miguel (2005). *Derecho Administrativo. Parte General*. Tecnos.

NORMAS CITADAS:

- Ley No. 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo.
- Ley No. 20.285, del 20 de agosto del 2008, ley de acceso a la información pública.
- LOC, bases generales de Administración del Estado, artículos 3º y 4º.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Consejo para la Transparencia, Rol C83-2010, del 22 de junio del 2010.

ICA de Santiago, rol 2442-2010

Tribunal Constitucional, Rol 634, del 2006.

Tribunal Constitucional, Rol 2153, del 2012.

Tribunal Constitucional, Rol 2246, del 2012.

TRANSPARENCIA Y MUNICIPIOS: SOBRE LA NECESIDAD DE EXPRESAR LOS FUNDAMENTOS DE LOS ACUERDOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

TRANSPARENCY AND DISTRICT COUNCILS: ABOUT THE NEED TO EXPRESS THE FUNDAMENTALS OF THE DISTRICT COUNCIL RESOLUTIONS

MAURICIO CISTERNAS MORALES¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la necesidad de expresar los fundamentos en los acuerdos de los concejos municipales.

Palabras claves: Motivación y fundamentación de actos administrativos. Transparencia. Acuerdos de Concejos Municipales.

Abstract: The present article analyzes the need to express the fundamentals of the District Council resolutions.

Key words: Fundamentals and motivation of administrative acts. Transparency. Municipal Council decisions.

¹ Abogado. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae.

El pasado 4 de mayo, el Consejo para la Transparencia dio a conocer el Primer Informe de Fiscalización sobre cumplimiento de las normas de Transparencia Activa en el sector Municipal². El proceso de fiscalización se efectuó entre el 26 de enero y el 30 de marzo de 2012.

Los resultados de este proceso de fiscalización llaman la atención no sólo por el bajo cumplimiento de las disposiciones sobre transparencia activa por parte de algunos municipios, sino porque el promedio de cumplimiento en general es particularmente bajo.

Este bajo cumplimiento de las disposiciones sobre transparencia activa por parte de las municipalidades, revela la necesidad de analizar la forma en que estas instituciones expresan sus decisiones, y el contenido de las mismas, en lo que se refiere al ejercicio de sus atribuciones por parte de los concejos municipales y, en particular, en lo relativo a la necesidad de que los acuerdos de dichos cuerpos colegiados sean debidamente fundados.

Cabe tener presente que los concejos municipales se encuentran dotados de facultades cuyo ejercicio puede afectar de manera significativa los derechos de las personas.

En efecto, una revisión de la norma del artículo 65 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades nos lleva a concluir la importancia de la publicidad de los fundamentos de los acuerdos que adopte el concejo municipal en materias tales como la aprobación del plan regulador comunal y los planes seccionales; la celebración de convenios y contratos que involucren montos iguales o superiores al equivalente a 500 unidades tributarias mensuales, y de aquellos que comprometan al municipio por un plazo que exceda el período alcaldicio; el otorgamiento de concesiones municipales, su renovación y término; y, en especial, el otorgamiento, renovación, caducidad y traslado de patentes de alcoholes, entre otras materias.

El legislador sólo ha determinado expresamente que los acuerdos que se refieran a la fijación del horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas existentes en la comuna y los que autoricen el cierre de calles y pasajes deben ser fundados; sin embargo, no ha expresado con la misma claridad la necesidad de fundamentar los acuerdos del concejo municipal en otras materias de su competencia.

² Disponible en http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120427/asocfile/20120427111106/fiscalizacion_municipal_ab2012.pdf

Sobre el particular, cabe recordar que la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, agregó el siguiente inciso final al artículo 84 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades³: *“Las actas del concejo se harán públicas una vez aprobadas, y contendrán, a lo menos, la asistencia a la sesión, los acuerdos adoptados en ella y la forma como fueron votadas. La publicación se hará mediante los sistemas electrónicos o digitales que disponga la municipalidad”*.

De esta forma, aparentemente, la publicidad de las sesiones de concejo queda limitada a la enunciación de los asistentes a la sesión, de los acuerdos adoptados con indicación de la forma en que votó cada concejal, sin referirse necesariamente a los fundamentos de las decisiones adoptadas.

En directa relación con esta materia, cabe hacer mención a lo señalado en el Dictamen N°18.875 de fecha 25 de abril de 2006 de la Contraloría General de la República⁴ que, en su parte pertinente, señala: *“De este modo, concluye esa jurisprudencia, los concejales pueden y deben discernir libremente al tomar la decisión de dar o no su acuerdo en las materias que el alcalde en conformidad a la ley somete a su votación.*

Por consiguiente, no compete al ámbito de las atribuciones fiscalizadoras de esta Contraloría General exigir u ordenar a los concejales que expliciten las razones por las cuales votan en un determinado sentido, ni tampoco -en el caso que consignen en las actas de las sesiones tales razones-, definir la legalidad de un acuerdo de concejo, en base al examen de las mismas, ya que ellas son expresión de la libertad de esas autoridades para votar, en ejercicio de un cargo de elección popular, en favor o en contra de una propuesta del alcalde”.

No obstante lo señalado en la jurisprudencia precedente, cuya data es anterior a la entrada en vigencia de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, cabe tener presente que ella sólo se limita a señalar que la entidad de control carece de atribuciones para exigir la fundamentación del voto de los concejales, pero no determina que dicha fundamentación sea innecesaria.

Cabe recordar que el artículo 5° de la citada Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública establece que: *“En virtud del principio de transparencia de*

³ Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública, publicada en el Diario oficial el 20 de agosto de 2008, artículo 4 N°2.

⁴ Disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

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 2º de la mencionada Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública determina el ámbito de acción de este cuerpo normativo, incorporando, entre los órganos regidos por sus disposiciones, a las municipalidades. Es así como la disposición precitada señala: “*Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades.*

Las referencias que esta ley haga a la Administración o a la Administración del Estado, se entenderán efectuadas a los órganos y organismos señalados en el inciso precedente”⁵.

En razón de lo anterior, a nuestro juicio, la necesidad de explicitar e incluir en las Actas del Concejo Municipal los fundamentos de los acuerdos respectivos, es un imperativo jurídico emanado del principio de publicidad de los fundamentos de los actos administrativos, el que también se encuentra contemplado en el Artículo 16 de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que señala: “*Principio de Transparencia y de Publicidad. El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él.*

En consecuencia, salvo las excepciones establecidas en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado y en otras disposiciones legales aprobadas con quórum calificado, son públicos los

⁵ N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008, artículo 2º.

actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que estos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación”.

En el mismo sentido, el Artículo 3° de la Ley N°19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Órganos de la Administración del Estado, señala: *“Concepto de Acto administrativo. Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.*

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro “Por orden del Presidente de la República”, sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

A nuestro juicio, de las normas precedentemente citadas se desprende inequívocamente que los acuerdos del concejo municipal revisten la calidad de actos administrativos y determina consecuentemente la necesidad de que ellos se encuentren debidamente fundados. Adicionalmente, y para efectos de una adecuada publicidad, es necesario que tales fundamentos se expresen en las actas de las respectivas sesiones de concejo.

Sobre el particular, cabe tener presente que la jurisprudencia de diversos tribunales ha fallado en el mismo sentido. Es así como la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción dictada en Recurso de Protección Ingreso N°4912-2005, caratulado “Sociedad Comercial Joint Group Pingual Limitada contra Concejales de I. Municipalidad de Tomé”⁶, en sus considerandos Séptimo y siguientes señala: “*SÉPTIMO: Que de la sola lectura del texto del Acuerdo N°489, adoptado por el Concejo Municipal de la I. Municipalidad de Tomé, de 21 de diciembre de 2005, transcrito en el párrafo final del fundamento cuarto precedente, se puede comprobar que el referido acto administrativo “que es tal por constituir una declaración unilateral de la Administración cuando esta actúa en uso de su potestad imperativa o imperio”, al decir del autor Enrique Silva Cimma, se limita únicamente a rechazar la solicitud del particular, ahora recurrente, para el otorgamiento de una determinada clase de patente de alcoholes, por lo que, de la manera expuesta, se ignoran las motivaciones que condujo a la mayoría de los miembros del Concejo a decidir el expresado rechazo.*

OCTAVO: Que así las cosas, el referido Acuerdo, en atención de su solo tenor, ha devenido en ilegal, por falta de consideración o ponderación de los antecedentes que hubieron de tenerse en cuenta para la resolución adoptada, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho o de simple inconveniencia comunitaria y/o de derecho que habrían de conducir a ella, lo que configura, a la par, una actuación infundada, lindante con la arbitrariedad.

NOVENO: Que es oportuno señalar –en reforzamiento de lo dicho– que gobierna esta materia la ley N°19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial de 29 de mayo de 2003, cuyo artículo 2° extiende el ámbito de su aplicación a las Municipalidades, considerando a éstas “y a los otros organismos que menciona” como integrantes de la Administración o de la Administración del Estado (mismo artículo, inciso final).

La misma ley, en su artículo 3° inciso 2°, establece que “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

⁶ Sociedad Comercial Joint Group Pingual Limitada contra Concejales de I. Municipalidad de Tomé (2006): Corte de Apelaciones de Concepción, 23 de octubre de 2006 (recurso de protección) disponible en <http://www.legalpublishing3.cl/maf/app/documentVM?rs=&vr=&src=search&docguid=i9FC4C82DF1AAE587FEE322373F530AEA&spos=&epos=8&td=&page=0&snippets=true&srguid=ioad81816000013795633f14bc5-1827a&openLocator=&crumb-action=append>

DÉCIMO: Que del mérito general de los antecedentes y a la luz de la normativa legal precedentemente aludida, no deja lugar a dudas que el proceder impugnado por el recurso, por sus particularidades y por la naturaleza del órgano recurrido, constituye efectivamente un acto administrativo.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, resulta aplicable en la especie, y en armonía con lo que se dijo antes, la norma del artículo 41 de la ley precitada, que se refiere al contenido de la resolución final labrada en un procedimiento administrativo, disponiendo en su inciso 4° que “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno”.

Claramente, el fallo citado corrobora lo señalado en el sentido que los acuerdos de los concejos municipales revisten el carácter de actos administrativos y de tal calidad deriva necesariamente el imperativo que dichos acuerdos expresen sus fundamentos en conformidad a la exigencia impuesta por el ya citado artículo 5 de la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

No obstante lo anterior, es efectivo que en alguna jurisprudencia nuestros tribunales han determinado la imposibilidad de impugnar los acuerdos del concejo municipal por la vía del reclamo de ilegalidad, como ocurre en la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en causa Ingreso Corte N°744 2007, caratulada “Entretenimientos Valenzuela E.I.R.L. con I. Municipalidad de Santiago”⁷, que en sus considerandos undécimo y duodécimo señala: “11° Que los concejos constituyen un órgano de carácter normativo, resolutivo y fiscalizador, encargado de hacer efectiva la participación de la comunidad local y de ejercer las atribuciones que señala la Ley N° 18.695, dentro de las cuales se encuentra pronunciarse sobre las políticas de interés para la comunidad local.

Las decisiones que adopte son obligatorias para el alcalde y no son susceptibles de ser impugnadas por un recurso de ilegalidad, porque no comparten la naturaleza jurídica de aquellas a que se refiere el artículo 12 de la citada ley, y, además, porque sus integrantes no pueden ser considerados funcionarios municipales;

⁷ Entretenimientos Valenzuela E.I.R.L. con I. Municipalidad de Santiago (2008): Corte de Apelaciones de Santiago, 02 de mayo de 2008, Rol 744-2007. Gaceta Jurídica, 335, año 2008.

12° Que, en esas condiciones, el rechazo del reclamo en sede administrativa, por falta de pronunciamiento dentro del término legal, no puede ser considerado ilegal, porque el recurrido se encuentra obligado a respetar las decisiones que adopte el Concejo de Santiago dentro de las esfera de sus atribuciones”.

Si bien discrepamos de este fallo, entre otras razones porque el artículo 141 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades expresa que el Reclamo de Ilegalidad procede en contra de los actos u omisiones de la municipalidad, las cuales de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 del mismo cuerpo legal están constituidas “*por el alcalde, que será su máxima autoridad, y por el concejo*”⁸. Cabe dejar constancia que la jurisprudencia citada no desconoce el carácter de actos administrativos de los acuerdos de los concejos municipales, sino que se limita a señalar que ellos no son susceptibles de recurrirse por medio del Reclamo de Ilegalidad Municipal.

Tiene sentido esta interpretación, desde que ha sido la propia jurisprudencia, emanada, en este caso del Tribunal de Contratación Pública, la que ha señalado que: “*8°. Que, una correcta interpretación de las normas legales citadas, realizada de manera tal de resguardar la debida correspondencia y armonía entre ellas, lleva a concluir que, en la licitación materia de autos, efectivamente, correspondía al Concejo Municipal pronunciarse acerca de la propuesta de adjudicación del alcalde, pero que dicho pronunciamiento debía ajustarse dentro del marco establecido por la Ley N°19.886, debiendo ceñirse especialmente, a los principios rectores de los procedimientos administrativos de contratación, donde cabe un lugar prioritario, al principio de estricta sujeción a las bases contemplado en el artículo 10 inciso tercero de la Ley N° 19.886.*

Lo anterior, porque si bien la ley faculta al Concejo Municipal para pronunciarse sobre esta materia, ello no exime a dicho órgano público para actuar conforme a la ley y a la razón, ya que por mandato de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, las autoridades deben actuar con pleno respeto del Estado de Derecho y al principio de juridicidad, lo que implica “someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella”.

9° Que, a juicio de estos sentenciadores, el Concejo Municipal, al resolver rechazar la adjudicación, mediante Acuerdo N°423, adoptado en la Sesión Ordinaria N°35, de 23 de septiembre de 2009, incurrió en ilegalidad y arbitrariedad, ya que los motivos

⁸ Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio del interior que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado en el Diario Oficial el 26 de julio de 2006, artículo 2.

esgrimidos por los señores concejales que, en su mayoría, rechazaron la propuesta de adjudicación, no se ajustaron a las normativas establecidas en las bases del proceso licitatorio, sino que, por el contrario, se apartan del marco legal aplicable en la materia”⁹.

A nuestro juicio, de lo señalado, sólo cabe concluir que los fundamentos de los acuerdos que adopten los concejos municipales deben ser explicitados, con el objeto no sólo de dar una adecuada publicidad y transparencia a los actos de estos cuerpos colegiados, en conformidad con lo que establece el artículo 8 inciso segundo de nuestra Constitución Política, sino también para permitir que sean los tribunales de justicia quienes puedan determinar si en el ejercicio de sus facultades los concejos municipales han actuado con pleno respeto a las disposiciones de los artículos 6 y 7 de nuestra Carta Fundamental y, en especial, en cumplimiento de los requerimientos que exige el interés general al tenor de lo establecido en el artículo 53 de la Ley Nº18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

NORMAS CITADAS:

Decreto con fuerza de ley No.1, del 26 de julio del 2006, artículo 2º.

Ley No. 20.285, del 20 de agosto del 2008, sobre acceso a la información pública, artículos 2 y 4.

JURISPRUDENCIA CITADA:

ICA de Concepción, 23 de octubre del 2006.

ICA de Santiago, Rol 747-2007, 2 de mayo del 2008.

ICA de Santiago, Rol 106-2009, 23 de noviembre del 2010.

⁹*Mancilla y Asencio Limitada con Municipalidad de Punta Arenas* (2009): Tribunal de Contratación Pública, 6 de agosto de 2010 (acción de impugnación), Rol 106-2009, confirmada por la II^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 23 de noviembre de 2010, Rol 4845-2010.

IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA PRIVADA

IMPORTANCE OF TRANSPARENCY IN THE FIELD OF PRIVATE ENTERPRISE

GONZALO DELAVEAU SWETT¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la importancia que ha adquirido la transparencia en las empresas privadas en el mundo moderno.

Palabras claves: Transparencia. Acceso a la información. Empresas privadas.

Abstract: The importance that at present in the modern world has acquired transparency in the private companies in the subject of the present article.

Key words: Transparency. Access to information. Private companies.

¹ Presidente Chile Transparente Capítulo Chileno de Transparencia Internacional.

En la actualidad, existe un reconocimiento a nivel mundial sobre los daños y costos que conlleva la corrupción en el sector privado. Los hechos de soborno, fraude y conflictos de intereses que afectan a las empresas tienen amplias repercusiones en los mercados y en la economía global. Tanto en el derecho internacional como en las legislaciones nacionales ha existido una reacción frente al fenómeno, estableciéndose normas que imponen estándares de transparencia y de conducta a las empresas.

A raíz de lo anterior ha surgido, desde las propias empresas y algunas agrupaciones gremiales, la preocupación por la adopción de medidas que puedan reducir el riesgo de actividades corruptas, incluyendo la transparencia de las empresas en cuanto a su organización, gobierno corporativo, operaciones y relaciones con otros actores del mercado como, asimismo, la implementación de políticas o programas específicos para enfrentar la corrupción.

I. LA EMPRESA PRIVADA EN CONVENCIONES INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN

Las convenciones internacionales anticorrupción incluyen disposiciones relativas al rol de las empresas en la corrupción, que contemplan la adopción de normas por parte de los Estados que repercuten a su vez en medidas que deben ser implementadas a nivel de las empresas. En principio, estas normas surgen de la necesidad de perseguir y sancionar el soborno, especialmente de funcionarios públicos extranjeros. La **Convención Interamericana Contra la Corrupción** (1996), en su Artículo II (Medidas preventivas), número 10, trata sobre el establecimiento por los Estados Parte de “*medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción*”.

Por su parte, la **Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales**, adoptada en 1997, aumenta el peso de la responsabilidad de las empresas en relación con la corrupción. Además de contemplar, en su Artículo 8, la adopción de medidas sobre mantención de libros y registros contables, divulgación de estados financieros y utilización de normas de contabilidad y auditoría, en su Artículo 2 establece –explícitamente– la

responsabilidad legal de las personas jurídicas por delitos de corrupción, señalando que *“Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero”*. La **Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado**, también contempla la responsabilidad de las personas jurídicas y sanciones aplicables a ellas por delitos de corrupción (artículos 5 y 6).

De los instrumentos internacionales anticorrupción, la **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción** (2003) es el que trata con mayor extensión y detalle las medidas para el sector privado. Dentro del Capítulo II (Medidas preventivas), el Artículo 12 (Sector privado) establece la obligación para los Estados Parte de adoptar medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, y prever sanciones civiles, administrativas o penales en caso de incumplimiento de esas medidas. Se señalan entre tales medidas algunas relativas a la conducta de las empresas y los actores del mercado. En la letra b) del párrafo 2 del Artículo 12, se encuentra *“promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado”*; y en la letra c) se especifica *“promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas”*. Dentro de otras medidas de la Convención cuya implementación recae finalmente en las empresas, está la señalada en la letra f), *“velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación”*.

II. AUTORREGULACIÓN

Sin perjuicio de las normas de los tratados internacionales y de las leyes, los estándares que se han definido como mejores prácticas a nivel internacional

para la implementación de medidas anticorrupción en las empresas, han surgido desde el propio sector privado.

En este sentido, la **Cámara Internacional de Comercio (ICC)** fue la primera asociación de negocios en emitir un marco de reglas anticorrupción, publicando las ***Reglas de Conducta para el Combate a la Extorsión y el Soborno*** en 1977, con el propósito de servir como método de autorregulación para las empresas. Dichas Reglas fueron actualizadas en 1996, 1999 y 2005 para reflejar la adopción de instrumentos legales internacionales, tales como la Convención para el Combate al Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros de la OCDE y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Otra iniciativa de autorregulación en las empresas son los **Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno**, publicados en 2003, y que fueron desarrollados a instancias de **Transparencia Internacional (TI)**, a través de un proceso que involucró a múltiples partes interesadas, incluyendo empresas, organizaciones no gubernamentales y agrupaciones gremiales. Estos lineamientos fueron replicados posteriormente en los **Principios para Contrarrestar el Soborno de *Partnering Against Corruption Initiative* (PACI) del Foro Económico Mundial**. Estas dos iniciativas tratan en lo esencial las mismas áreas que las Reglas de la ICC, distinguiéndose por contemplar que la empresa debe comprometerse a implementar un *programa* específicamente diseñado para contrarrestar el soborno.

En 2004, el **Global Compact de Naciones Unidas adoptó el 10º Principio contra la corrupción**, *“las empresas deberán trabajar contra la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno”*. Este principio fue la respuesta de la comunidad empresarial y otros actores no estatales a la adopción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Específicamente, en el ámbito de las instituciones financieras, el **Grupo Wolfsberg** también ha creado regulaciones, la más reciente de las cuales es la **Guía Anti-Corrupción** de 2011, que reemplaza a las anteriores.

III. MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN EN LA EMPRESA. ELEMENTOS DE AUTORREGULACIÓN

Las regulaciones antes mencionadas tienen como propósito la implementación de políticas y programas en la empresa y la adopción de un conjunto de acciones que apuntan, concretamente, a prevenir o detectar la corrupción.

En principio, estas políticas han sido diseñadas para prevenir el pago de sobornos; sin embargo, se extienden también a otras conductas. Las Reglas de la ICC establecen que las empresas deben prohibir el soborno, la extorsión o instigación al delito, el tráfico de influencias y el lavado del producto de estas prácticas. Además, al igual que los Principios para Contrarrestar el Soborno de TI y PACI, abarcan diversas actividades de la empresa que pueden ser utilizadas como forma de soborno, tales como las donaciones políticas, auspicios y regalos, hospitalidad y viáticos.

Estas herramientas de autorregulación se preocupan en forma particular de la prohibición de los denominados “pagos de facilitación”, los que en las Reglas de la ICC, se definen como pagos pequeños, inapropiados e informales que se hacen a un funcionario para asegurar o agilizar la realización de una acción rutinaria o necesaria, a la cual el pagador tiene legalmente derecho.

Las políticas o programas anticorrupción no debieran ser replicables entre empresas distintas. Por el contrario, deberían ser diseñados de modo tal que reflejen las circunstancias particulares de cada empresa, tomando en consideración factores como su tamaño, la naturaleza de su actividad y los lugares en que opera. Un aspecto fundamental contemplado en este tipo de regulaciones es la realización de evaluaciones de riesgos para detectar potenciales áreas de corrupción. Para enfrentar los riesgos de corrupción, una organización debe entender cómo su modelo de negocios y sus procedimientos la exponen a tales riesgos. En este proceso, la empresa debe intentar estimar la probabilidad de ocurrencia de los riesgos y su impacto en la organización.

Las empresas deben hacerse cargo de la asignación de responsabilidades específicas para el desarrollo e implementación del programa anticorrupción. Los principios internacionales en esta materia en forma uniforme dejan la principal responsabilidad en los órganos de mayor jerarquía en la empresa (el directorio o su equivalente), de modo tal que la preocupación por la prevención de la corrupción parte desde la cabeza de la organización y luego permea a los niveles jerárquicos inferiores.

Las normas anticorrupción deberían hacerse extensivas en una serie de aspectos a las relaciones de la empresa con los denominados “socios comerciales” (*joint ventures* o consorcios) y con terceros, incluyendo agentes o representantes, contratistas y proveedores, entre otros. Asimismo, las normas anticorrupción de una matriz deberían ser aplicables necesariamente a las subsidiarias.

También se contempla, entre estas pautas de autorregulación, transparentar y evitar los conflictos de intereses, los que de acuerdo a las Reglas de la ICC, pueden surgir “cuando los intereses privados de un individuo o de sus parientes cercanos, amigos o contactos comerciales difieran de los de la empresa u organización a la cual pertenece el individuo”. Al respecto, las Reglas de la ICC establecen que “las empresas deben monitorear y regular los conflictos de intereses existentes o potenciales, o la apariencia de los mismos, de sus directores, funcionarios, empleados y agentes y no debe aprovecharse de los conflictos de intereses de otros”. Se contempla, además, la no contratación de funcionarios públicos sino hasta haber transcurrido un tiempo razonable desde el cese en sus funciones, en el caso de que la actividad contemplada o empleo se relacione directamente con las funciones que llevó a cabo o que supervisó durante su desempeño como funcionario.

Los principios internacionales de autorregulación, en lo relativo a recursos humanos, disponen que las prácticas de contratación, promoción, entrenamiento, evaluación del desempeño, remuneración y reconocimiento, reflejen también el compromiso de la empresa hacia la prevención de la corrupción. En este ámbito, también se comprende la protección a denunciantes, en el sentido de que las personas que informen de buena fe sobre infracciones a las políticas anticorrupción de la empresa, o que se nieguen a participar en actos de corrupción, no sean objeto de represalias, discriminación o sanciones disciplinarias. Los canales para presentar denuncias o inquietudes deberían contemplar el resguardo de la confidencialidad de las personas.

Tanto las Reglas de la ICC como los Principios para Contrarrestar el Soborno de TI y PACI, incluyen medidas específicas relativas a las finanzas y la contabilidad, particularmente, en cuanto al registro de transacciones y operaciones de la empresa, y a la existencia de sistemas de auditoría independiente.

Finalmente, en cuanto a la operación misma del programa anticorrupción de la empresa, los Principios para Contrarrestar el Soborno de TI y PACI contemplan la capacitación al personal sobre el programa, su difusión y su monitoreo y revisión periódica.

IV. AUTORREGULACIÓN EN CHILE

En Chile, la **Confederación de la Producción y del Comercio (CPC)** ha publicado un documento denominado **Marco Ético del Empresariado Chileno**, en que se fijan algunos principios base para la transparencia de las empresas y sus eventuales esfuerzos para prevenir la corrupción y otras

malas prácticas. En el documento, se identifica la transparencia dentro de las buenas prácticas empresariales y se señala: *“es importante que la empresa dé a conocer en forma clara, precisa, objetiva y completa la información sobre las políticas, decisiones y actividades de las que es responsable y que impactan positiva o negativamente a cualquier actor de la sociedad o al medio ambiente (...) Un mayor nivel de transparencia y menor índice de corrupción traen consigo un círculo virtuoso de crecimiento económico, que fomenta el desarrollo del país y el mayor bienestar de las personas”*.

El Marco Ético de la CPC también identifica dentro de las buenas prácticas empresariales a la rendición de cuentas; al respecto, se señala que la empresa debe rendir cuentas *“por los impactos que tienen sus decisiones y actividades en las personas, la sociedad, la economía y el medio ambiente”*. Otra de las buenas prácticas empresariales identificadas por la CPC es el respeto a los grupos de interés, incluyendo socios comerciales, proveedores, trabajadores, consumidores, otras empresas o competidores, comunidad, organizaciones de la sociedad civil y reparticiones estatales. Sobre estos, el Marco Ético de la CPC señala que *“la empresa debe identificarlos, reconocer y respetar sus derechos, y considerar sus legítimos intereses a la hora de tomar decisiones que los afecten o involucren”*. También dentro de las buenas prácticas empresariales, la CPC identifica la sujeción al principio de legalidad: *“la empresa es responsable de conocer, cumplir y revisar periódicamente la legislación vigente, sin perjuicio de proponer su derogación o reforma cuando se estime injusta o inconveniente”*.

En cuanto a la relación entre el empresariado y los distintos grupos de la sociedad, en el Marco Ético, destaca en primer lugar la relación con los colaboradores (en general, empleados) de la empresa, los que *“deben recibir una remuneración justa, oportuna y conforme al efectivo aporte que realizan, así como un trato digno y no discrecional”*. Destaca también dentro de estos principios la transparencia hacia los consumidores o clientes, y que *“la relación entre empresarios y proveedores debiera caracterizarse por el respeto de las condiciones de compra pactadas en cuanto a precios, descuentos, plazos, cantidades y otras especificaciones”*. Con respecto a los asociados, el Marco Ético pone especial énfasis en los accionistas minoritarios, *“los cuales podrían ser víctimas de discriminaciones, ocultación de información, compras hostiles, conflictos de interés y situaciones análogas”*.

Dentro de las ramas de la CPC, la **Cámara Chilena de la Construcción** ya ha dado un paso hacia una autorregulación más profunda con un **Código de Buenas Prácticas en la Industria de la Construcción**. En su Capítulo I, “Probidad”, el Código se refiere a las conductas en la contratación: *“las partes*

deben obrar en forma íntegra, en cada una de las etapas contractuales, con la finalidad de resguardar la buena fe, transparencia y los aspectos éticos”. Destacan dentro de las normas de este Capítulo: “no recurrir a tráfico de influencias para obtener beneficios que permitan conseguir una mejor posición o ventaja en relación a los otros actores del proceso de construcción”; “Combatir y luchar contra la corrupción, en su más amplia acepción, debiendo denunciar estas conductas ante las autoridades pertinentes”; “Revelar conflictos de interés que puedan existir, ya sea con la Cámara, con otros socios, o con un tercero, en cualquier etapa de la cadena productiva”; “Dar cumplimiento a la normativa que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y los delitos de cohecho”.

V. NIVELES DE TRANSPARENCIA EN LAS EMPRESAS GLOBALES

En julio de 2012, Transparencia Internacional publicó el estudio ***Transparency in Corporate Reporting: Assessing the World's Largest Companies***. Este estudio evalúa la transparencia de la información corporativa entre las 105 empresas multinacionales de transacción bursátil de mayor tamaño, elegidas según su valor de mercado, en base a datos recogidos o disponibles entre junio y octubre de 2011. Los datos fueron recolectados exclusivamente de información o documentos publicados en el sitio web de cada empresa.

La investigación exploró tres dimensiones de la transparencia: en primer lugar, la información pública de las empresas sobre sus programas anticorrupción, incluyendo las políticas contra el soborno, sobre protección a denunciantes y contribuciones políticas. En segundo lugar, se analizó la transparencia de la estructura organizacional de las empresas, esto es, la publicación de sus entidades relacionadas, incluyendo filiales, asociadas, *joint-ventures* y otros conglomerados. La tercera dimensión evaluada fue la información desagregada por cada país en que opera la respectiva empresa, sobre ingresos, transferencias y transacciones de valores.

En la dimensión de publicación de información sobre los programas anticorrupción, la evaluación consiste en la verificación de si la empresa cuenta o no con diversas medidas tendientes a prevenir o combatir la corrupción.

La definición de cuáles aspectos de las políticas o programas anticorrupción serían evaluados se hizo en base a la Guía de Transparencia Internacional y del UN Global Compact sobre el 10th *Principle against Corruption*, la que a su

vez está basada en los Principios Empresariales para Combatir el Soborno de Transparencia Internacional. En el estudio, se reconoce que el informar sobre los programas anticorrupción puede ser un indicador superficial, y que ello no equivale al cumplimiento o a la implementación de buenas prácticas por parte de la empresa; sin embargo, Transparencia Internacional justifica la evaluación de esta dimensión de la transparencia señalando que los riesgos legales y reputacionales a los que se expone la empresa en el caso de no cumplir con sus compromisos constituyen un factor disuasivo de la corrupción; y que estos mismos compromisos permitirían el monitoreo de las medidas por parte de los grupos de interés o el público.

El estudio arroja resultados interesantes en cuanto a qué políticas o medidas específicas adoptan las 105 mayores empresas multinacionales relacionadas con la transparencia y la prevención o combate de la corrupción.

La medida que tiene mayor aplicación en las empresas evaluadas es el compromiso público de cumplir con las leyes, incluyendo aquellas relacionadas con la prevención de la corrupción; 97 de las 105 empresas cuenta con una manifestación de tal compromiso publicada en internet. El segundo de los aspectos evaluados que estaría más difundido dice relación con la extensión o cobertura del código de conducta o la política anticorrupción de la empresa; 94 empresas aplican en forma expresa este código o política a todos los empleados.

Otras prácticas altamente difundidas entre las 105 empresas multinacionales evaluadas son la existencia de un canal para realizar denuncias en forma confidencial (85 empresas); la declaración pública, por parte del órgano que ejerza el liderazgo de la empresa, del compromiso de combatir la corrupción (86 empresas); la prohibición de tomar represalias en contra de denunciantes (84 empresas); la adopción de una política de regalos, hospitalidad y gastos de viajes (82 empresas); el establecimiento de un programa de capacitación anticorrupción para los empleados (80 empresas); y la adopción de un compromiso por parte de la empresa con el combate de la corrupción, declarado públicamente (75 empresas).

Algunas prácticas sólo están medianamente difundidas entre las empresas multinacionales. De las 105 empresas evaluadas, 61 hacen extensiva la aplicación de su código de conducta o política anticorrupción a las relaciones con sus contratistas, subcontratistas y proveedores y 55 la aplican también a sus agentes o intermediarios. Por último, 56 empresas de la muestra realizan monitoreo periódico de su programa anticorrupción.

Dos de las medidas evaluadas por Transparencia Internacional muestran una difusión mucho más baja que el resto entre las empresas multinacionales. Una de ellas es la existencia de una política sobre contribuciones políticas, sea prohibiéndolas o estableciendo su publicidad total; sólo 26 de las empresas cumple con esta práctica, aunque otras 23 empresas lo hacen en forma parcial. La medida de más baja aplicación es la prohibición de los pagos de facilitación; solamente 21 empresas los prohíben expresamente.

Algunos resultados de este estudio son comparables con los del informe *Transparency in Reporting on Anti-Corruption – A Report of Corporate Practices (TRAC)*, publicado por Transparencia Internacional en 2009, y que consiste en una medición de cómo alrededor de 500 empresas a nivel global informaban sobre sus estrategias, políticas y sistemas de administración para combatir el soborno y la corrupción.

Haciendo la comparación, se aprecia que las empresas multinacionales han aumentado sus esfuerzos en la implementación de medidas específicas para prevenir la corrupción. En el estudio de 2012, la mitad de las empresas logró un cumplimiento de 77% o más en la evaluación de la información sobre sus programas anticorrupción, y el promedio del total de las empresas de la muestra fue de un 69%, lo que constituye una mejora en relación con la medición de 2009, en que el promedio fue de 47%.

De la comparación de ambos estudios, se visualizan tendencias al alza en diversas medidas específicas para prevenir o combatir la corrupción.

En 2009, las empresas de la muestra que habían adoptado políticas de protección a denunciantes alcanzaba un 72%, mientras que en la evaluación de 2012 el porcentaje las empresas que cuentan con tal política ha aumentado a 82%.

Asimismo, ha subido el número de empresas que ha implementado política de prohibición de las represalias en contra de los denunciantes, de 66% a 80%. De acuerdo a la medición de 2009, un 37% de las empresas realizaba capacitaciones para los empleados en temas anticorrupción; en 2012 esta cifra ha subido a 77%. Otra alza se aprecia en la adopción de políticas sobre regalos, de 69% a 79%. En cuanto a la extensión de la aplicación de las políticas anticorrupción, de acuerdo a la medición de 2009, un 74% de las empresas aplicaba tales políticas a todos los empleados, mientras que de acuerdo al estudio de 2012, lo hace un 89% de las empresas de la muestra.

VI. NIVELES DE TRANSPARENCIA EN LAS EMPRESAS CHILENAS

El Índice de Transparencia Corporativa 2012, desarrollado por Chile Transparente, KPMG y la Universidad del Desarrollo y elaborado por Inteligencia de Negocios, entrega datos sobre cómo las empresas chilenas publican su información en internet, aunque esta medición, a diferencia de las de Transparencia Internacional, no se refiere específicamente a información sobre medidas anticorrupción, sino que a información de diversa índole, sobre todo considerando aquella que pueda ser de interés para el inversionista. Durante junio de 2012, se hizo un completo barrido de la información corporativa presente en los sitios web de las 105 empresas que integran el Índice General de Precios de Acciones, más una empresa que cotiza en Londres. La indagación arrojó resultados positivos para 101 empresas, mientras que en tres casos no fue posible hallar los sitios web corporativos y en otros dos la información encontrada fue insuficiente como para ser considerada válida para el estudio. Ese mismo mes, se hizo un completo barrido de la información que entrega un grupo representativo de cuarenta firmas globales con sede en diferentes economías avanzadas, las cuales sirvieron como paradigma de mejores prácticas internacionales en transparencia corporativa.

Al comparar la medición de 2012 entre las empresas chilenas y el estándar internacional, las empresas chilenas siguen presentando un menor promedio. Mientras las firmas globales alcanzaron puntajes (en una escala de 0-100) entre 89,1 y 63,2, con un promedio de 74,1, las firmas chilenas lo hicieron entre 82,3 y 17,7, con un promedio de 45,2. De las 106 empresas chilenas que forman parte del estudio, 11 alcanzaron un índice de Transparencia Corporativa equivalente al de empresas globales; en la medición de 2011 fueron 9 y en la de 2010 fueron 7.

En todo el rango de puntajes de las empresas chilenas, después de las 11 empresas que alcanzaron el estándar internacional, se ubican 16 empresas en el nivel avanzado. Entre estos dos niveles, se concentró el 25,5% de las empresas, lo que significa que uno de cada cuatro ocupa una posición de transparencia corporativa alta. 39 empresas se ubican en el rango medio, 27 en el nivel rezagado, 8 en el básico y 5 no califican para el estudio.

Desde la perspectiva sectorial, los mayores indicadores se registraron en el sector industrial/forestal con un promedio de 68 puntos, el único sector que en promedio alcanzó el estándar internacional. Le siguen telecomunicaciones (59,3), minero (55,8), energético (54,2), bebidas/licores (53,2), alimentos

(53,2), sanitarias (52,2) y financiero (51). Los demás se ubicaron bajo los 50 puntos, siendo los sectores más rezagados el inmobiliario (29,5), cemento (33,8) y agricultura (33,9).

En cuanto a la sofisticación de los contenidos, el Índice de Transparencia Corporativa contiene seis componentes temáticos o determinantes del indicador: 1) presentación de la empresa y sus negocios; 2) gobierno corporativo; 3) información financiera; 4) servicios e información para el inversionista; 5) sustentabilidad, y 6) herramientas.

El estándar que ofrecen las empresas globales usadas para construir un benchmark desde los mercados más exigentes del mundo, es disparejo en materia de sofisticación de contenidos, lo cual revela que los énfasis no están puestos en todos los tópicos de forma similar.

La explicación para esto yace primero en una cuestión de costos, ya que presentar la empresa y sus negocios no reviste mayor complejidad, pero hacer mediciones de consumo energético o de emisiones de contaminantes, sí. En segundo lugar, la regulación obliga a las empresas, a través de las leyes y la acción de los reguladores, a cumplir con ciertos estándares informativos en temas financieros. En tercer lugar, está el impulso que surge desde el sector privado con la preocupación que manifiestan las bolsas, los gremios y los organismos multilaterales a través de sus guías de recomendaciones por medio de las cuales hacen notar su preocupación sobre la importancia de contar con gobiernos corporativos de alta calidad que garanticen los derechos de los accionistas minoritarios.

En las empresas globales, el mejor resultado se encuentra en presentación de la empresa y sus negocios (con un promedio de 80,3 puntos), seguido por gobierno corporativo (72,5), servicios al inversionista (69) y más atrás por información financiera (60,1), misceláneos (67,5) y, en último lugar, sustentabilidad o responsabilidad corporativa (64,5).

En Chile, se observan menores promedios de sofisticación de contenidos en todos los tópicos. En el estudio, se afirma que esto se debe a que existen firmas que entregan escasa información en cada uno de los tópicos analizados, lo cual empuja hacia abajo el promedio de las empresas chilenas. El mejor resultado también es en presentación y negocios (65,7), seguido por información financiera (51,9), gobierno corporativo (46), servicios al accionista (39,7), sustentabilidad (27,1) y herramientas (25,6). Además, la dispersión de los datos de los emisores chilenos en este aspecto,

es mucho mayor que en las empresas globales, lo que revela una disparidad de criterios y desarrollos en la política de transparencia de los emisores del mercado chileno que convendría uniformar, al menos en lo que se refiere a un estándar mínimo en la entrega de contenidos.

La mayor brecha entre empresas chilenas y las globales se encuentra en el componente de herramientas instaladas en el sitio web corporativo, que mejoran el nivel de acceso a la información corporativa. En particular, esta alcanza a 41,9 puntos, de modo que las empresas chilenas revelan un bajo desarrollo de los puntos que ofrecen las nuevas redes sociales. Le sigue sustentabilidad, con una brecha de 37,4 puntos. Aquí las mayores falencias se encuentran en las mediciones de consumo de energía, papel, agua y manejo de residuos, en donde la mayoría de las empresas chilenas manifiesta su preocupación al respecto, pero pocas tienen mediciones sobre estos consumos. Los otros elementos en que se observan brechas preocupantes son servicios al accionista (29,3 puntos) y gobierno corporativo (26,5 puntos).

En conclusión, estamos convencidos de que la transparencia corporativa es, sin duda, uno de los activos de las sociedades y corporaciones del siglo XXI.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PUBLICIDAD

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PUBLICITY

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ¹

Resumen: En el presente artículo, se analiza la evolución histórica del principio de publicidad y sus antecedentes en el derecho público chileno.

Palabras claves: Publicidad. Evolución histórica. Regulación constitucional y legal.

Abstract: The present article analyzes the historic evolution of the principle of publicity and its fundamentals in chilean public law.

Key words: Publicity. Historical evolution. Legal and constitutional regulation.

¹ El autor es abogado; Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile y en la Universidad de los Andes. Es Ministro titular del Tribunal de Cuentas de Segunda Instancia, Secretario de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro del Consejo Nacional Editorial del Centro de Estudios Constitucionales. Email: mafernande@cb.cl

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco la invitación del profesor Enrique Navarro Beltrán a publicar, en este número dedicado a probidad y transparencia, la ponencia que presenté en las XXXVI^a Jornadas de Derecho Público que organizó el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en 2006².

Quisiera abordar la reforma constitucional incorporada a la Carta Fundamental, en virtud de la Ley N° 20.050³, que me parece de enorme significado y no menores consecuencias –junto a la que modificó el Tribunal Constitucional, en materia de inaplicabilidad–, contenida en el artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental⁴, en virtud de la cual “*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 aquellos o de estos, 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*”.

II. SIGNIFICADO DE LA NUEVA DISPOSICIÓN

1. Origen

La nueva disposición tiene antecedentes recientes en nuestro país, en el derecho positivo –pues no cabe omitir la labor desplegada históricamente

²Ella fue publicada en la Revista de Derecho Público, Vol. 69 (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007), pp. 147-165 y la he mantenido básicamente intacta, aunque he introducido algunas actualizaciones, especialmente en notas a pie de página, que, en parte importante, corresponden a mi exposición en el II seminario internacional, dedicado a la *Transparencia como modernización del Estado: experiencia, actores y desafíos*, organizado por el Consejo para la Transparencia, el 20 de abril de 2011.

³Publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

⁴Este trabajo tuvo su origen en la conferencia dictada, el 11 de septiembre de 2006, sobre el principio de publicidad y las causales de reserva en la VI^a versión del *Seminario sobre temas constitucionales de actualidad*, organizado por el Programa de Magíster en Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile; y luego se profundizó, sobre todo en relación con los dictámenes pronunciados por la Contraloría General de la República en la materia y con la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la clase dictada en la Academia de Guerra del Ejército de Chile, el lunes 16 de octubre de 2006, en el Diplomado en Derecho Administrativo Militar.

por la Contraloría General de la República en la materia–, aunque a nivel legal, en el proceso originado a instancias de la *Comisión de Ética Pública* formada durante el gobierno del presidente Frei Ruiz-Tagle, en 1994, la cual propuso, entre otras medidas, legislar sobre el acceso de la ciudadanía a la información en poder de la Administración Pública.

Como consecuencia de aquella proposición se dictó, en 1999, la Ley de Probidad, inserta en la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, incorporando los principios de transparencia y publicidad y un procedimiento judicial tendiente a hacer efectivo el acceso a las informaciones que se encuentren en poder de la Administración⁵.

2. Concepto

He explicado que el principio de publicidad no se encuentra definido en la Constitución ni en la ley, por lo que, para desentrañar su contenido, debe acudir al sentido natural y obvio de las palabras⁶, al tenor del cual *publicidad* quiere decir “calidad o estado de público”⁷ y *público* significa “notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos”⁸.

Con ello, se persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos, vale decir, que cualquier persona pueda acceder a dicha información a raíz de que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con transparencia, la cual *permite* y *promueve* que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos⁹.

⁵ *Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización* recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre Acceso a Información Pública, contenido en el Boletín N° 3.773-06, evacuado el 16 de mayo de 2005, pp. 23 - 24.

⁶ Código Civil, artículo 20°.

⁷ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Ed. Espasa, 2001, p. 1.259.

⁸ Id.

⁹ Indudablemente no es casualidad y, al contrario, la vinculación es casi inmediata con lo preceptuado en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución, donde se impone a los órganos del Estado el deber de respetar y también el de promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Véase Fernández González, Miguel Ángel (1989). *La Reforma al Artículo 5° de la Constitución*. XVI Revista Chilena de Derecho. Santiago: Universidad Católica de Chile, pp. 809-825.

De manera que, con la nueva norma, se eleva a rango constitucional el principio de publicidad¹⁰, ya contemplado en la Ley N° 18.575¹¹, pero extendiéndolo ahora a todos los órganos estatales y no sólo, como en esa ley, respecto de los entes integrantes de la Administración Pública.

3. Sujetos obligados

Se encuentra aquí, como acaba de enunciarse, una de las innovaciones relevantes de la reforma constitucional, ya que mientras en la Ley N° 18.575, los sujetos obligados por el principio de publicidad eran sólo los órganos integrantes de la Administración Pública, ahora se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de la Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos¹².

Por ello, si bien se había resuelto acertadamente que el Banco Central no podía ser sometido a las obligaciones derivadas de aquel principio, según se lee en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 6.016 - 2003, el 26 de septiembre de 2003, atendido su carácter de órgano constitucionalmente autónomo, hoy aquella decisión ya no sería posible, pues pugnaría frontalmente con la Carta Fundamental¹³.

¹⁰ Fernández González, Miguel Ángel (2000). “El principio de publicidad administrativa”. En Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *La Administración del Estado en Chile*. Santiago: Conosur, pp. 729-776; “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”, González, Felipe (editor), *Cuadernos de Análisis Jurídicos* N° 14. Santiago: Universidad Diego Portales, 2002, pp. 187-199; y “Las causales de reserva legal, análisis, experiencia comparada y sus implicancias en la aplicación de la ley chilena”. En Salazar, Ximena y Bustos, Verónica (editores), *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación ProAcceso, 2008).

¹¹ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 (Ministerio Secretaría General de la Presidencia), publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2001 y sus reformas.

¹² Véanse, por ejemplo, las Decisiones A242-09 y A327-09, pronunciadas el 24 y 6 de noviembre de 2009, respectivamente, por el Consejo para la Transparencia respecto de Corporaciones Municipales de Desarrollo. En materia de empresas públicas, revítese la Decisión A4-09, pronunciada el 9 de junio de 2009, y en nexa con ella, las Decisiones A69-09, A106-09, A113-09 y A202-09, de fechas 12 de junio de 2009, 19 de junio de 2009, 26 de junio de 2009 y 21 de agosto de 2009, respectivamente. En relación con entidades privadas, a su turno, es interesante examinar la Decisión A277-09, de fecha 4 de septiembre de 2009, la Decisión C98-10, adoptada el 5 de marzo de 2010, y, en contra, la Decisión C469-11, emanada también del aludido Consejo el 31 de agosto de 2011. En fin, resulta útil la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional respecto de la Universidad de Chile, el 17 de noviembre de 2011, Rol 1.892.

¹³ Sobre este punto preciso, véase la sentencia pronunciada el 21 de junio de 2011, Rol 1.849,

No está demás añadir, en este sentido, que el artículo 13 inciso 4° de la Ley N° 18.575, extendía la publicidad a *los informes y antecedentes de las empresas* que prestan servicios de utilidad pública o de aquellas a las que se refiere el artículo 37 de la Ley N° 18.046, o sea, las sociedades anónimas en que el Estado es titular de acciones que le permiten nombrar uno o más directores y también a las empresas públicas que se encuentren sometidas a la legislación aplicable a aquella especie de sociedades.

Desde luego, cabe advertir que estas últimas son, conforme al artículo 8° inciso 2°, órganos del Estado y, por ende, quedan alcanzadas por el principio de publicidad, de acuerdo con lo dispuesto ahora por la Carta Fundamental.

Empero, la incorporación en aquel precepto legal de personas jurídicas de Derecho Privado, como son las empresas que prestan servicios de utilidad pública, aunque la publicidad sólo alcance a la información que ellas proporcionen a los entes públicos que las fiscalizan; y siempre que se trate de información que sea de interés público, cuya difusión no afecte el debido funcionamiento de la empresa y en tanto no haga uso de su derecho a denegar el acceso a la información solicitada, la consideré siempre inconstitucional y, hoy, por ende, derogada por el artículo 8° que sólo exige la publicidad de los órganos del Estado a pesar de lo que han señalado, antes de la reforma, tanto la Contraloría General de la República como los Tribunales:

“En este contexto, las ofertas técnicas y económicas presentadas por los participantes en una licitación no constituyen actos administrativos, pero sirven de antecedente para la dictación del decreto o resolución que adjudique la propuesta y, como tales, son documentos que pueden ser conocidos por quienes tengan interés en ellos, en conformidad a lo señalado en los artículos 13 de la Ley N° 18.575 y 16 de la Ley N° 19.880.

Sin embargo, de acuerdo a la regulación citada, los interesados pueden tener acceso a esos instrumentos una vez que se haya dictado el acto administrativo que complementan, esto es, en el caso que interesa, una vez que la Administración del Estado haya adjudicado la licitación respectiva (...).¹⁴

A su turno, en Moral con Superintendencia de Electricidad y Combustible, nuestros tribunales han resuelto:

donde el Tribunal Constitucional revisó, precisamente, el proyecto que sería la Ley N° 20.285, en nexo, entre otras materias, con los órganos constitucionalmente autónomos.

¹⁴ Dictamen N° 2.420 / 2004.

“Que, finalmente, también debe ser desestimado el argumento del apelante Gas Andes de no ser su representada un servicio de utilidad pública, puesto que su actividad como empresa privada no es la de prestación de un servicio de esas características, ya que como se desprende del respectivo decreto de concesión, está demostrado su carácter de concesionario de un servicio público de transporte de gas y la consecuencia legal de ello sería que no le es aplicable a la documentación de que se trata el actual texto del artículo 13 de la Ley N° 18.575. Agrega que Gas Andes es una empresa privada que no proporciona a los usuarios un servicio de utilidad pública, en atención a que sólo son prestadores de un servicio de esas características las empresas que llegan con el producto al usuario final; lo que no acontece respecto su representada. Pero, esta división de funciones entre operar, transportar y distribuir un elemento de combustión vital para el desarrollo de la economía, en general, y de los consumidores, en particular, no priva a la aludida empresa de la función esencial que tiene, cual es la prestar un servicio de utilidad pública. Para ello, sólo es necesario pensar cómo se podría producir la distribución de gas natural si no existiera el transporte de dicho elemento, por lo que, en concepto de esta Corte, el carácter de utilidad pública de una empresa está dado por la totalidad de las etapas necesarias para la realización de su función propia y no por cada una de las partes que la componen”¹⁵.

4. Excepcionalidad del secreto o reserva

El principio de publicidad constituye, conforme a lo preceptuado en la nueva norma constitucional, la regla general. Empero, menester resulta reconocer que dicho principio no es absoluto, sino que admite excepciones, puesto que *“una democracia constitucional genuina, desde el doble ángulo de lo público y lo privado, se tipifica por la información amplia pero no ilimitada, el pluralismo de las fuentes noticiosas, el libre debate y crítica, la transparencia en las decisiones, la buena fe y confianza en las actuaciones, así como otras cualidades que, incluyendo casos instrumentales de secreto o reserva, la convierten en gobierno visible, controlable y responsable por antonomasia”¹⁶.*

¹⁵ ICA de Santiago, Rol 585-2003, 15 de octubre de 2003, considerando 7º.

¹⁶ Cea Egaña, José Luis (1992). *Vida pública, vida privada y derecho a la información: acerca del secreto y su reverso*. III Revista de Derecho, Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, pp. 21-22.

El mismo autor se encarga de precisar que: *“Jurídicamente, el secreto y la reserva son términos que difieren por la mayor jerarquía de los valores protegidos por el primero, resultando de ello una pena más severa para quien infrinja el secreto y también un plazo de protección más prolongado (...)”*. (p. 14).

Al respecto, el Decreto Supremo N° 291, que Establece Normas para la Elaboración de Documentos Oficiales, publicado en el Diario Oficial el 26 de abril de 1973.

Por ende, la declaración de que un determinado acto público, sus fundamentos, los documentos soportantes o el procedimiento conforme al cual se ha adoptado, tenga carácter confidencial, constituye la excepción a un principio que se erige en fundamento del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

A. Causales

El artículo 8° inciso 2° de la Constitución ha ido más allá, pues no sólo se ha encargado de admitir la posibilidad excepcional del secreto, disponiendo que sea declarado por ley de quórum calificado, sino que, además, se ha preocupado de establecer las únicas causales en que esa ley –u otra de quórum superior– puede declarar la confidencialidad de los actos estatales.

En efecto, la ley puede efectuar tal declaración cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo; cuando se puedan ver afectados los derechos de las personas; cuando de la publicidad pueda seguirse lesión a la seguridad de la Nación; o, en fin, cuando ella acarree vulneración del interés nacional¹⁷.

B. Significado

Revisando, someramente, las causales que, taxativamente, admite la Carta Fundamental para que el legislador declare casos de secreto o reserva, se señala, en el precepto constitucional, primeramente, que ello es susceptible de ocurrir cuando la publicidad pueda afectar el debido cumplimiento de las funciones por el órgano respectivo, es decir, cuando la difusión o conocimiento por el solicitante evite, total o parcialmente, o embarace el adecuado ejercicio de las tareas que corresponde desempeñar a ese órgano, las cuales se encuentran determinadas por el haz de competencia definido en la Constitución o la ley, conforme al artículo 7° inciso 2° de la Carta Fundamental.

De lo recién expuesto se sigue, necesariamente, que, cuando la autoridad requerida funde su negativa en esta causal, al menos, tiene que incluir la mención de las atribuciones precisas que, la revelación de la información, le impediría o entorpecería cumplir debidamente, habida consideración del respeto a los demás principios que rigen las actuaciones estatales,

¹⁷ Diario de Sesiones del Senado, sesión 7ª, celebrada el martes 14 de abril de 1998, publicada por El Mercurio de Santiago el 24 de abril de 1998, p. 7.

pues como ha indicado la Contraloría General de la República, “*el principio de transparencia debe armonizarse con la obligación de estos organismos (los que integran la Administración del Estado) de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente y con los principios de eficiencia y eficacia consagrados en los artículos 3° y 5° de la citada ley (N° 18.575)*”¹⁸.

Sin embargo e insisto, de no indicarse, con precisión, en qué consiste o cómo se produce la afectación del desempeño de las funciones por el órgano requerido, se vuelve impenetrable para los ciudadanos atacar judicialmente esa decisión.

En segundo lugar, el legislador reforzado queda habilitado para establecer casos de secreto o reserva cuando, con la publicidad, se puedan ver afectados derechos de terceros. Adviértase que el artículo 8° no especifica de qué derechos se trata, pero es indudable que, entre ellos, se encuentran necesariamente los de jerarquía constitucional, así como los contemplados en tratados internacionales vigentes en nuestro país¹⁹.

En este sentido, útil es consignar lo resuelto por la Contraloría General de la República, específicamente en el ámbito disciplinario:

“La resolución que afina un proceso disciplinario –incluidos aquellos instruidos por la Contraloría General en los servicios sometidos a su fiscalización–, constituye un acto administrativo en los términos en que lo previene el artículo 11 bis (hoy, artículo 13) de la Ley de Bases, por lo que dicha resolución y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial, se encuentran sometidos al principio de publicidad consagrado en dicha norma.

*De igual forma, los informes definitivos de fiscalización que emite la Contraloría General también constituyen actos administrativos, por lo que también son públicos y su entrega sólo puede ser denegada por las causales previstas en el inciso undécimo del artículo 11 bis, antes aludido”*²⁰.

Sin embargo, debe aclararse la situación distinta que impera, a juicio del mismo Organismo de Control, cuando el asunto se encuentra en etapa de sumario:

¹⁸ Dictamen N° 42.119 / 2002.

¹⁹ Fernández González, Miguel Ángel (2012). “La defensa de los derechos de las personas y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En *Derechos fundamentales*. Santiago: Jurídica de Chile.

²⁰ Dictamen N° 42.779 / 2000.

“Sobre la materia, es del caso señalar nuevamente, que si bien de acuerdo al artículo 13, inciso segundo de la Ley N° 18.575, la función pública debe ser ejercida con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas en su ejercicio, tal norma debe interpretarse armónicamente con los artículos 131 de la Ley N° 18.834²¹ y 135 de la Ley N° 18.883²², conforme a los cuales el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en que dejará de serlo para el inculpado y el abogado que asuma su defensa, por lo que los sumarios son secretos en la etapa indagatoria y en el lapso que medie entre la formulación de cargos y la fecha en que el proceso queda concluido, en que sólo pueden ser conocidos por las personas indicadas, en tanto que, afinados, están sometidos al principio de publicidad²³.

En este contexto, el secreto del proceso sumarial tiene por objeto asegurar el éxito de la investigación, el resguardo del debido proceso, la honra y respeto a la vida pública de los funcionarios que, eventualmente, podrían tener comprometida su responsabilidad en los hechos investigados, dado que las conclusiones a que se llegue en dicho proceso sólo quedan a firme una vez que este quede totalmente tramitado. Lo contrario, significa aceptar la pertinencia de un prejuizgamiento, cuando aún pendan instancias procesales y resoluciones por parte de la autoridad administrativa. Además, podría hacerse pública una sanción diferente de la que, en definitiva, se aplique o informar sobre una medida disciplinaria propuesta que no llegue a imponerse, al ser sobreseído o absuelto el funcionario, lo que constituye una ilegalidad y una arbitrariedad acorde al artículo 19°, N°s 2°, 3° y 4° de la Constitución Política de la República.

En consecuencia, conforme al artículo 135 de la Ley N° 18.883, el sumario deja de ser secreto después de la formulación de cargos, pero sólo respecto del inculpado y su abogado, de modo que los funcionarios que, pese a ese mandato expreso, dan a

²¹ Se refiere hoy, al artículo 137 inciso 2° del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del *Estatuto Administrativo*, publicado en el Diario Oficial el 16 de marzo de 2005, al tenor del cual “el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa”.

²² Trátase de la ley que contiene el *Estatuto administrativo para funcionarios municipales*, publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1989 y sus reformas, cuyo artículo 135 inciso 2° es idéntico al que se ha transcrito en la nota precedente.

²³ Debe considerarse, en este mismo sentido, lo dispuesto por el artículo 135 de la *Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República*, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto Supremo N° 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 10 de julio de 1964, dispone, en su inciso 2°, que “los sumarios instruidos por la Contraloría serán secretos y el funcionario que dé informaciones sobre ellos será sancionado hasta con la destitución”.

conocer los antecedentes sumariales a terceros, transgreden la normativa vigente y contravienen sus deberes laborales, debiendo ser investigado y sancionado disciplinariamente”²⁴.

Por último, se prohíbe revelar los actos estatales, sus antecedentes y el procedimiento seguido para su dictación cuando, con ello, pudieran afectarse la seguridad de la Nación o el interés nacional. Trátase de dos expresiones jurídicamente abiertas o indeterminadas, por lo que el valor de ellas no estriba en conceptualizarlas, sino, precisamente, en que, aunque no pueda asignárseles una definición operativa, tienen un contenido evidente y de profunda riqueza, el cual, como es bien sabido, habrá de ser definido, caso a caso, por los Tribunales de Justicia.

C. Legitimación activa

Se ha planteado el clásico tema, en el ámbito procesal, en cuanto a si el solicitante de la información debe poseer interés actual en ella, no obstante que la Contraloría General de la República había resuelto que “la Administración activa se encuentra obligada a entregar copia de un documento a un particular que lo requiera, con tal que no se refiera a asuntos de carácter reservado y que la información allí contenida afecte directamente al particular o se vincule con situaciones fácticas concretas en que corresponda intervenir”²⁵.

El asunto se discutió en *Moral con Superintendencia de Electricidad y Combustible*, resolviéndose de manera diametralmente distinta a la antes referida:

“Que, en cuanto al interés que Gas Andes exige a la recurrente de amparo, cabe señalar que la ley no conmina al peticionario de dicho derecho a demostrar aquel ni en sede administrativa ni ante el órgano jurisdiccional, resultando suficiente para este tribunal la calidad invocada por la señora Claudio Andrea Moral Puig, ya por lo antes dicho en el fundamento decimotercero de este fallo –esto es, como ciudadana interesada en saber acerca de la actividad de la prestadora de un servicio público concedido por decisión de autoridad administrativa– ya por su calidad de dueña de un predio afectado por una servidumbre establecida a favor de Gas Andes, en razón de haberse dictado a favor de esta, decreto de concesión de gasoducto”²⁶.

²⁴ Dictamen N° 14.807 / 2004.

²⁵ Dictamen N° 35.259 / 2000.

²⁶ 25° Juzgado Civil de Santiago, Rol 2755- 2002, 19 de noviembre de 2002, considerando 17°.

La tesis recién expuesta ha sido permanentemente seguida por nuestros Tribunales Superiores, en atención a que se ha considerado que el acceso a información pública se realiza en *“el legítimo ejercicio del control social sobre los agentes del Estado y la esfera pública tratándose de antecedentes que tienen como fundamento el interés de la comunidad”*²⁷. Ello, en buenos términos, porque *“se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración (hoy, todos los órganos del Estado) de principios del siglo XXI: No sólo debe servir, sino que debe demostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático, con un funcionamiento transparente que la transforme en una verdadera casa de cristal”*²⁸.

En la misma perspectiva, acaba de pronunciarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que *“corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”*²⁹.

No parece, en consecuencia, susceptible de ser admitida la distinción que, en algún pronunciamiento, ha efectuado la Contraloría General de la República, en cuanto a que:

“El legislador ha distinguido entre el conocimiento de los documentos que integran un expediente destinado a producir un acto administrativo, por una parte, y el acceso a los actos administrativos terminales, por otra.

El derecho a tomar conocimiento del estado de la tramitación del procedimiento, en cualquier momento, se confiere sólo a quienes tengan la condición de ‘interesados’ (artículos 17 a) y 21 de la ley N° 19.880), y comporta la facultad de obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente administrativo respectivo.

*Por su parte, cualquier persona puede acceder a los actos administrativos cuya tramitación se encuentre finalizada, salvo en los casos señalados en el artículo 13 de la ley N° 19.880”*³⁰.

²⁷ ICA de Santiago, Rol 585-2003, 15 de octubre de 2003, considerando 8°.

²⁸ Barra Gallardo, Nancy (2004). *Probidad administrativa*. Santiago: Lexis Nexis, p. 114. Léase, asimismo, Astorquiza Altaner, Gastón (2004), *Legislación, control y cultura de probidad*. Revista de la Asociación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República, *Derecho Público Contemporáneo*, Año 4 N° 8, octubre / noviembre, pp. 9-27; así como los artículos publicados en la revista *Agrupación de Abogados* del mismo Órgano de Control, edición especial, noviembre 2000 / enero 2001.

²⁹ *Claude Reyes y Otros vs. Chile*. (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006, considerando 93°.

³⁰ Dictamen N° 55.331 / 2004.

D. Prueba de la causal

Por último, en relación con las causales de secreto o reserva, no hay duda de que quien debe acreditar que su decisión, en orden a no revelar la información, se encuadra en la causal que se invoque, es la autoridad requerida³¹, como se señaló en *Claude con CONAF*:

*“(…) Asimismo, no ha logrado Conaf acreditar que la divulgación de la información requerida, latamente descrita en el motivo tercero de esta resolución, afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceros, en los términos que describe el artículo 11 de la Ley N° 18.575, en su inciso undécimo”*³².

III. RESERVA DE LEY

El artículo 8° inciso 2° ha consagrado una reserva de ley reforzada y, por ende, susceptible de ser calificada como absoluta, para declarar casos de secreto o reserva, derogando así la autorización –hasta el 26 de agosto de 2005, inconstitucional– que el artículo 13 de la Ley N° 18.575 había conferido al reglamento en esta materia.

5. Casos de ley orgánica constitucional

Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario advertir que, por disposición de otros preceptos constitucionales, existen también casos en que la confidencialidad es materia de ley orgánica constitucional.

Así ocurre, por ejemplo, tratándose del secreto o reserva que puede recaer sobre actos emanados de la Administración del Estado, sus fundamentos y los procedimientos de los cuales son su resultado, ya que el artículo 38 inciso 1° de la Carta Fundamental dispone que es materia de aquella especie de leyes cuanto diga relación con la organización básica de la Administración, uno de cuyos pilares es el principio de publicidad.

En ese sentido, ha obrado, sin ir más lejos, el artículo 3° de la Ley N° 18.575, en el cual se contemplan los principios que configuran la organización

³¹ Sobre el particular, examínense las Decisiones del Consejo para la Transparencia pronunciadas el 3 de julio de 2009, A41-09; el 6 de noviembre de 2009, A95-09; el 20 de noviembre de 2009, A80-09; y el 17 de agosto de 2010, C575-09.

³² ICA de Santiago, Rol 5.226-2001, 11 de diciembre de 2001, considerando 7°.

básica de la Administración, entre los cuales está el de publicidad. Por ello, las excepciones que puedan establecerse a esos principios deben ser también aprobadas, modificadas o derogadas por las cuatro séptimas partes de los senadores y diputados en ejercicio.

Cuanto acaba de señalarse debe ser aplicado también al artículo 8 de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, debiendo entenderse, sin embargo, tanto en nexos con esta norma legal como con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 18.575, que:

Queda derogada por la Constitución, la remisión, contemplada en aquellos preceptos legales, para que el secreto o reserva sea declarado vía reglamentaria; y

Dos de las causales allí establecidas, consistentes en que se puede declarar la confidencialidad cuando la publicidad afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas o cuando un tercero se oponga a la difusión, deben subsumirse y entenderse como especificaciones de la única causal constitucionalmente admitida en esta materia, relativa a que se afecten derechos de terceros, ya que esta disposición goza de mayor amplitud que aquellas dos.

En consecuencia, la confidencialidad de los actos estatales sólo puede ser declarada por la Constitución o por la ley. Esta última, por regla general, es de quórum calificado, pero puede ser también orgánica constitucional, conforme a la Carta Fundamental.

6. Leyes anteriores a la reforma

En relación con el quórum necesario para aprobar casos de secreto o reserva, el legislador, antes de la reforma constitucional que incorporó el principio de publicidad, no requería mayoría parlamentaria especial, por lo que aquellas disposiciones legislativas no fueron aprobadas, en su momento, con quórum calificado.

Sin embargo, esos preceptos no resultan derogados, por el nuevo artículo 8° inciso 2° de la Carta Fundamental, de acuerdo a la regla de excepción –que se mantiene vigente tras la reforma– contemplada en la cuarta disposición transitoria, pues esta no rige sólo para las leyes anteriores a 1981, como podría pensarse, dado que ella proviene del texto original de la Constitución, sino que alcanza a cualesquiera otras leyes que se hayan dictado antes del 26 de agosto de 2005, dado que el poder constituyente

de reforma no la derogó en el proceso de racionalización que efectuó de las normas transitorias, en virtud del cual eliminó aquellas que ya habían surtido efecto. De lo expuesto, tiene que colegirse que las leyes, anteriores a esta última fecha, que contemplen casos de secreto, se entienden hoy de quórum calificado, como ocurre con los preceptos pertinentes del Código Procesal Penal³³.

IV. IMPACTO SOBRE DISPOSICIONES REGLAMENTARIAS

Se ha explicado que la confidencialidad es una materia de reserva legal, incluso con cualidad reforzada de quórum calificado y que esa ley debe ser, en ciertos casos, aprobada con quórum orgánico constitucional, de acuerdo al artículo 66 inciso 2° de la Carta Fundamental. Se ha agregado, por otra parte, que se trata de una reserva legal fuerte, tanto por el quórum reforzado cuanto porque, por esa vía, se regulan o, más aún, se limita el ejercicio y defensa de los derechos fundamentales, a la par que se restringe el control social que corresponde a cada ciudadano respecto de sus autoridades.

En consecuencia, ha quedado derogada toda disposición que autorizara a o, derechamente, que declarara la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas³⁴, pues ya antes de la reforma constitucional era contraria a la Carta Fundamental la remisión que se hacía, por ejemplo en el artículo 13, incisos 11° y 12°, de la Ley N° 18.575, a la potestad reglamentaria, tal y como, en esa misma parte, lo era el artículo 8° de la Ley N° 19.640.

Tal y como sostuve en la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, a propósito del proyecto de ley sobre Acceso a Información Pública, queda en evidencia la total improcedencia de declarar

³³ Sobre el particular, léase Fernández González, Miguel Ángel (2005). “Reserva de identidad de los imputados”. En *Informes en Derecho*. Santiago: Fiscalía Nacional del Ministerio Público, pp. 75-123.

³⁴ Tal fue el caso del *Decreto Supremo N° 26*, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el 7 de mayo de 2001, hoy derogado; y la serie de decenas de resoluciones administrativas que han declarado documentos emanados de órganos de la Administración Pública como secretos o reservados. Sobre esto último, véase <http://www.proacceso.cl/documentos.html>, la cual ha sido consultada por el autor el 22 de agosto de 2005.

por la vía reglamentaria causales de excepción o, aun, tipos o especies de documentos que tendrán el carácter de confidenciales, pues ello sólo puede hacerse por ley³⁵.

Coincidiendo con lo que se viene explicando, el 5 de enero de 2006 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N° 134, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, virtud del cual se derogó el DS. N° 26 de 2001 que contenía el *Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado*.

El decreto derogatorio señala, precisamente entre sus considerandos, que el nuevo artículo 8° de la Constitución “establece que sólo en virtud de las causales que autoriza y mediante ley de quórum calificado, se podrá establecer el secreto reserva”; y añade “transformado en contrario a la norma constitucional, no pudiendo, por tanto, subsistir en el ordenamiento jurídico”.

Finalmente, así lo ha entendido la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado³⁶.

V. APLICACIÓN DE LA NUEVA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL

El reconocimiento expreso del principio de publicidad en la Carta Fundamental, entre las Bases de la Institucionalidad, conduce a preguntarse acerca de la eficacia de dicha norma cuando un órgano del Estado mantenga el secreto o reserva de un acto.

Frente a esa decisión y para examinar su juridicidad es de singular importancia resolver ¿cómo será posible acceder a dicho acto, a sus fundamentos y al procedimiento del cual es consecuencia, dándole sentido práctico a la norma constitucional, además de acudir al procedimiento previsto en la Ley N° 20.285?

³⁵ Informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización citado en *supra* nota 3, pp. 25-26.

³⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, evacuado a solicitud del señor Presidente del Senado para que la Comisión informe sobre los efectos que produciría en el Reglamento de la Corporación la aplicación de las normas contenidas en el artículo 8° de la Constitución, pronunciado el 12 de octubre de 2005, contenido en el *Boletín S 830-10*, pp. 2, 4, 5-6 y 7.

7. Aproximación

En esta perspectiva, demás está recordar que no existen las disposiciones programáticas en una Constitución –como la nuestra– que goza de fuerza normativa, al tenor de lo preceptuado en su artículo 6° inciso 2°, salvo que la misma Carta Fundamental declare –lo que *no* ocurre en el artículo 8°– que deba esperarse la dictación de una ley para dar eficacia a su preceptiva, v.gr., en su artículo 121, aunque ello siempre que el legislador obre dentro de un plazo razonable, pues, de lo contrario, habrá de declararse la inconstitucionalidad por omisión y procederse, por el tribunal competente, a dar ejecución práctica a la norma constitucional³⁷.

Por ende y sin desconocer que, a disposición de las personas, se encuentra el arsenal completo de garantías, acciones y recursos para dar eficacia concreta al artículo 8° inciso 2° de la Constitución y acceder, en definitiva y siempre, a la información que emana de los órganos estatales, es menester destacar que, hallándose en juego el ejercicio de derechos fundamentales, los recursos de protección, amparo y amparo económico son vías idóneas para lograr acceso a actos que, de acuerdo con la Constitución, sean públicos, así como a sus fundamentos y a los procedimientos que los han generado. Asimismo y para el caso de la Administración del Estado, puede acudir al procedimiento contemplado en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 18.575.

En fin y sin perjuicio de las disposiciones que, al efecto, puedan encontrarse en las respectivas leyes orgánicas de las entidades estatales, que no integran los cuadros de la Administración Pública, puede acudir, con carácter de medida prejudicial y a modo de ejemplo, a lo dispuesto por el artículo 273 inciso 1° N° 3° del Código de Procedimiento Civil.

8. Sentencia de la Corte Interamericana

De extraordinaria relevancia se vuelve mencionar que, el 19 de septiembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió, en el caso *Claude Reyes y Otros vs. Chile*, un primer pronunciamiento supranacional respecto del derecho de acceso a información pública.

Dicha sentencia no sólo corrobora aspectos ya sentados por nuestros tribunales en relación con el derecho de acceso a información, v. gr., en

³⁷ Fernández González, Miguel Ángel (2001). *La fuerza normativa de la Constitución*. Revista de Derecho Público. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p. 79.

cuanto a la legitimación activa y al peso de la prueba, sino que sustenta ese derecho en la Convención Americana, por lo que su vulneración implica, entonces, lesionar también dicho pacto internacional.

Por otra parte y sin desconocer que la decisión referida admite también reparos, como en lo relativo a la amplitud de la información *en poder del Estado* que puede ser accedida por las personas, incluye un acápite infraccional de la mayor relevancia para nuestra jurisprudencia, cuyo alcance se extiende mucho más allá del derecho de acceso, en cuanto a la obligación evidente que pesa sobre los tribunales en orden a fundamentar las sentencias, particularmente, tratándose del recurso de protección.

E. Origen de la controversia

Siguiendo el texto de la sentencia³⁸, consta que el 7 de mayo de 1998 el señor Marcel Claude Reyes, en su carácter de Director Ejecutivo de la Fundación Terram, remitió una comunicación al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante la cual le solicitaba que suministrara cierta relativa al denominado *Proyecto Río Cóndor*.

Los días 3 de junio y 2 de julio de 1998 el mismo solicitante remitió dos comunicaciones al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras, mediante las cuales reiteró su pedido de información, sin que dicha autoridad comunicara una decisión escrita en la cual fundamentara la denegatoria de entregar parte de la información solicitada, pues dio acceso a algunos de los documentos pedidos.

Consta, asimismo, del considerando 57.21 que “la Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras hasta el 2002 ‘mantuvo el criterio de entregar sólo información de la cual era titular’, tenía la práctica de no entregar información relativa a los estados financieros y a los nombres de los socios de una compañía inversora, y consideraba que era de ‘carácter reservado la información referida a terceros, tales como antecedentes comerciales, propiedad intelectual o industrial, tecnología y en general los aspectos particulares del proyecto de inversión que los inversionistas extranjeros pretendían desarrollar, [...] por tratarse de antecedentes de carácter privado, propios del inversionista, que de hacerse públicos podían lesionar sus legítimas expectativas comerciales, sin que existiera fuente legal que permitiera su publicidad”.

³⁸ Considerandos 57.13, 57.16 y 57.17.

Por otra parte, la Corte Interamericana deja constancia que, el 27 de julio de 1998, se recurrió de protección, por los requirentes de la información, sosteniendo que se estaba vulnerando su derecho a la libertad de expresión y de acceso a información en poder del Estado, garantizado por el artículo 19 N° 12° de la Constitución, en relación con su artículo 5° inciso 2° y los artículos 13 inciso 1° de la Convención Americana y 19 inciso 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para que la Corte de Apelaciones ordenara al Comité de Inversiones Extranjeras que respondiera al pedido de información y pusiera a su disposición la documentación requerida.

Sin embargo, aquel arbitrio constitucional fue desechado, sosteniendo la Corte que adolecía de manifiesta falta de fundamento, siendo posteriormente rechazado también un recurso de reposición, en contra de aquella resolución, y habiéndose declarado inadmisibile un recurso de queja deducido ante la Corte Suprema.

F. Vulneración de la libertad de expresión

La Corte Interamericana, en el considerando 65°, señala que ella debe determinar si la falta de entrega de una parte de la información solicitada al Comité de Inversiones Extranjeras en 1998, constituyó o no una violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de acuerdo al artículo 13 de la Convención Americana *“a partir del supuesto que la información que no fue entregada por el Estado era de interés público, ya que guardaba relación con un contrato de inversión extranjera celebrado originalmente entre el Estado y dos empresas extranjeras y una empresa chilena receptora, con el fin de desarrollar un proyecto de industrialización forestal, que por el impacto ambiental que podía tener generó gran discusión pública (supra párr. 57.7). Además, dicho pedido de información guardaba relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal: el Comité de Inversiones Extranjeras”*³⁹.

Al respecto, se recuerda en el considerando 75° de la sentencia que *“la jurisprudencia del Tribunal ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (...)”,* puesto que *“(...) de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole (...)”*⁴⁰.

³⁹ Considerando 73°.

⁴⁰ Considerando 76°.

Por ello, al tenor del considerando 77º, *“la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a ‘buscar’ y a ‘recibir’ ‘informaciones’, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla (...)”*.

Abundando en los fundamentos de aquella interpretación, expone el Tribunal que:

“En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

El derecho de acceso a la información bajo el control del Estado admite restricciones (...).

En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. Dichas leyes deben dictarse ‘por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas’ (...).

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el artículo 13.2 de la Convención permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar ‘el respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ o ‘la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas’.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público

imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones.

Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos”⁴¹.

G. Quebrantamiento del debido proceso

Por último, la Corte estima que la negativa de entregar la información requerida, ha infringido también las disposiciones de la Convención relativas al debido proceso, dado que:

“En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención (...).

Al pronunciarse sobre dicho recurso, la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión judicial fue declarar inadmisibile el recurso de protección interpuesto.

En primer término, este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de fundamentación adecuada. La Corte de Apelaciones de Santiago únicamente señaló que adoptaba tal decisión con base en que de ‘los hechos descritos [...] y de los antecedentes aparejados al recurso, se desprende que este adolece de manifiesta falta de fundamento’. Además, la Corte de Apelaciones señaló que tenía presente que ‘el recurso de protección tiene por objeto restablecer el imperio del derecho cuando

⁴¹ Considerandos 86° y 88° al 93°.

este ha sido quebrantado por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que amenazan, perturban o privan del ejercicio legítimo de alguna de las garantías taxativamente numeradas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, dejando a salvo las demás acciones legales, sin desarrollar ninguna consideración al respecto.

La referida resolución judicial no contiene otra fundamentación que la señalada anteriormente. La Corte de Apelaciones de Santiago no realizó ni la más mínima indicación respecto de las razones por las que se ‘desprend[ía]’ de los ‘hechos’ y ‘antecedentes’ del recurso su ‘manifiesta falta de fundamento’. Tampoco realizó una evaluación respecto de si la actuación de la autoridad administrativa, al no entregar una parte de la información solicitada, guardaba relación con alguna de las garantías que pueden ser objeto del recurso de protección, o si procedía algún otro recurso ante los tribunales ordinarios”.

VI. CONCLUSIONES

La Constitución contempla, tras la reforma introducida por la Ley N° 20.050, en texto expreso, el principio de publicidad de todos los actos estatales, de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen. Asimismo, reserva a la ley de quórum calificado declarar los casos de secreto o reserva, la cual sólo puede hacerlo en caso de hallarse en alguna de las cuatro situaciones taxativamente contempladas en la norma constitucional. Ello sin perjuicio que, conforme a otras disposiciones de la Carta Fundamental, dicha declaración deba corresponder a una ley de quórum orgánico constitucional.

Consecuencia de lo anterior, es la derogación de todos los preceptos reglamentarios que declaraban la confidencialidad de actos del Estado, así como de las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso, de inferior jerarquía que estos.

En fin, la aplicación del principio constitucional de publicidad, para que los interesados accedan a los actos estatales, puede hacerse por medio de los recursos que protegen o amparan los derechos constitucionales o mediante las acciones y arbitrios generales, contemplados en nuestro ordenamiento jurídico, a objeto de darle eficacia a la norma así contenida en las Bases de la Institucionalidad, en virtud del principio de fuerza normativa o aplicación directa que impera en nuestro constitucionalismo, como ha venido ocurriendo, a raíz de la incorporación del principio de publicidad

en la Ley N° 18.575, e, incluso, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello, en la actualidad, sin perjuicio del procedimiento especial contemplado en la Ley N° 20.285.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Astorquiza Altaner, Gastón (2004). *Legislación, control y cultura de probidad*.

Barra Gallardo, Nancy (2004). *Probidad administrativa*. Santiago: Lexis Nexis.

Cea Egaña, José Luis (1992). *Vida pública, vida privada y derecho a la información: acerca del secreto y su reverso*. III Revista de Derecho. Valdivia: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Fernández González, Miguel Ángel (1989). *La Reforma al Artículo 5°. De la Constitución*. Revista Chilena de Derecho. Santiago: Universidad Católica de Chile.

Fernández González, Miguel Ángel (2000). “El principio de publicidad administrativa”. En Pantoja Bauzá, Rolando (coordinador), *La Administración del Estado en Chile*. Santiago: Conosur.

Fernández González, Miguel Ángel (2001). *La fuerza normativa de la Constitución*. Revista de Derecho Público. Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Fernández González, Miguel Ángel (2002). “El principio de publicidad de los actos estatales y de los documentos y antecedentes en que se fundan”. En González, Felipe (editor). *Cuadernos de Análisis Jurídicos* No.14. Santiago: Universidad Diego Portales.

Fernández González, Miguel Ángel (2005). “Reserva de identidad de los imputados”. En *Informes en Derecho*. Santiago: Fiscalía Nacional del Ministerio Público.

Fernández González, Miguel Ángel (2008). “Las causales de reserva legal, análisis, experiencia comparada y sus implicancias en la aplicación de la ley chilena”. En *Hacia una nueva institucionalidad de acceso a la información pública en Chile*. Santiago: Fundación ProAcceso.

Fernández González, Miguel Ángel (2012). “La defensa de los derechos de las personas y la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En *Derechos fundamentales*. Santiago: Jurídica.

Real Academia Española de la Lengua (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa-Calpe.

NORMAS CITADAS:

Código Civil, artículo 20.

Decreto con fuerza de ley No.1, del 17 de noviembre del 2001.

Decreto con fuerza de ley No.29, del 2004., artículo 137 inciso 2º.

Decreto Supremo No. 2.421, de 1964, del Ministerio de Hacienda, fija texto refundido ley orgánica constitucional de la Contraloría General de la República.

Decreto Supremo No. 291, del 26 de abril de 1973, establece normas para la elaboración de documentos oficiales.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Claude Reyes y otros vs. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre del 2006.

ICA de Santiago, Rol 5226-2001, 11 de diciembre del 2011.

ICA de Santiago, Rol 585-2003, 15 de octubre del 2003.

Juzgado Civil de Santiago, Rol 2755-2002, 19 de noviembre del 2002.

Tribunal Constitucional, Rol 1849, 21 de junio del 2011.

EL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA Y SUS DECISIONES: UN PANORAMA SINÓPTICO A 2012

THE COUNCIL FOR TRANSPARENCY AND ITS DECISIONS: A SYNOPTIC VIEW TO 2012

ENRIQUE RAJEVIC MOSLER¹

Resumen: En el presente artículo, se analizan las principales decisiones del CPLT en los últimos años y el ámbito de las excepciones legales al principio de transparencia.

Palabras claves: Transparencia. Decisiones del CPLT. Sentencias judiciales. Ámbito de control. Excepciones.

Abstract: In this article the principal decisions of the Council for Transparency (CPLT) of the last years are analyzed as well as the legal exceptions to the principle of transparency.

Key words: Transparency. Decisions of the Council for Transparency. Judicial judgements. Area of control. Exceptions.

¹Ex Director Jurídico del Consejo para la Transparencia. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Alberto Hurtado.

En las líneas que siguen, entregaré algunas cifras que reflejan el trabajo que ha desarrollado el Consejo en sus primeros años de funcionamiento, para luego analizar la jurisprudencia de este organismo respecto de su competencia y sobre algunas de las causales de reserva que acepta nuestro ordenamiento jurídico. Terminaré refiriéndome a algunos de los desafíos futuros que enfrenta el derecho de acceso a la información.

I. EL CONTEXTO: UN DESAFIANTE INCREMENTO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La creación del Consejo para la Transparencia (o CplT, en adelante) es una de las innovaciones centrales de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (en adelante Ley de Transparencia o LT), aprobada por el artículo 1º de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública (D.O. 20.08.2008). Una de sus atribuciones centrales es la de “*Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados*” contra organismos de la Administración del Estado que hayan rechazado entregar información² (art. 33 b), conforme el procedimiento descrito en los artículos 24 y siguientes de la LT. Para ejercer este control, el CplT cuenta con garantías orgánicas y funcionales que le confieren un alto grado de autonomía, todas de origen puramente legal, al punto que puede calificarse como una especie de agencia administrativa independiente³.

La LT entró en vigencia el 20 de abril de 2009 y el Consejo, recién en instalación, debió tempranamente ejercer sus competencias. Entre esa fecha y el 31 de diciembre de 2009, ingresaron 627 casos –con el peak de 118 casos en junio de 2009, apenas al tercer mes de funcionamiento– y se despachó la decisión de sólo 275. Este desequilibrio fue superado durante 2010, pues con un ingreso de 985 casos se despacharon 1.172 decisiones, lo que permitió que el stock de 352 casos pendientes existente al final de 2009 se redujera a sólo 164 al final de 2010. En 2011, por su parte, ingresaron

² Con algunas excepciones, como la Contraloría General de la República. Véanse los artículos quinto y ss. de la Ley N° 20.285.

³ Cfr. Rajevic M., Enrique (2010). “El Consejo para la Transparencia como administración independiente”. En Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique. *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 231-247.

1.608 casos y se despacharon 1.476 decisiones, lo que vino a elevar el stock a 292. En 2012, nuevamente se desafía la capacidad de gestión del Consejo: hasta noviembre ingresaron 1.664 casos y se despacharon 1.673 decisiones, existiendo un stock de 281 casos. El promedio de ingreso mensual ha subido año a año: 77,9 (2009), 82,1 (2010), 134 (2011) y 151,3 (a noviembre 2012); también el de decisiones despachadas por mes: 34,3 (2009), 97,7 (2010), 123 (2011) y 152,1 (a septiembre 2012).

Por otro lado, también creció la actividad del CplT en Tribunales. En 2009, apenas se interpusieron 8 reclamos de ilegalidad contra las decisiones del Consejo y sólo en uno de ellos se dictó sentencia⁴. Durante 2010, en cambio, se interpusieron 64 reclamos (todos en la Corte de Apelaciones de Santiago salvo 4 en la de Valparaíso, y 1 en la de San Miguel), dictándose 25 sentencias (que, salvo en 3 casos, rechazaron totalmente el reclamo). Adicionalmente, contra dos de ellas se presentaron recursos de queja ante la Corte Suprema e ingresó ante el Tribunal Constitucional el primer requerimiento de inaplicabilidad contra la Ley de Transparencia, en el contexto de la tramitación en la Corte de Apelaciones de Santiago de un reclamo de ilegalidad, procesos que finalizaron en 2011, año en que se interpusieron 55 reclamos de ilegalidad, 3 recursos de protección, 11 recursos de queja, 3 requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y 1 recurso de casación, dictándose 42 sentencias. En 2012, y hasta final de septiembre, se habían interpuesto otros 45 reclamos, 1 recurso de protección, 8 recursos de queja, 1 apelación de un recurso de protección, 1 casación y 3 requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, dictándose 48 sentencias.

Como se ve, el Consejo ha ido perfeccionando su modelo de gestión para acelerar la velocidad de la tramitación de los casos, sin que esto conlleve descuidar la calidad de las resoluciones dictadas en ellos. Cabe señalar que desde agosto de 2012 las decisiones del Consejo se publican en una nueva base que contempla opciones de búsqueda por legislación aplicada, descriptores jurídicos y descriptores analíticos, a la que puede accederse a través del menú principal de <http://www.consejotransparencia.cl/>, sección jurisprudencia⁵.

⁴ ICA de Santiago, Rol 4625-2009, de 23 de octubre de 2009.

⁵ Véase <http://productos3.legalpublishing.cl/CPLT/modulos/pages/busqueda.asp>. Las decisiones se identifican según su rol de ingreso, que hasta octubre de 2009 se iniciaba con una “A”, si era un amparo al derecho de acceso a la información; y una “R”, si se trataba de un reclamo por infracción a los deberes de transparencia activa. Así, por ejemplo, A1-09,

II. LA COMPETENCIA DEL CONSEJO: UNIVERSIDADES PÚBLICAS, EMPRESAS PÚBLICAS Y EMPRESAS Y SOCIEDADES DEL ESTADO Y ENTIDADES PRIVADAS INSTRUMENTALES CREADAS POR LA ADMINISTRACIÓN.

Ya en 2009, el CplT debió pronunciarse sobre su competencia, tanto en el ámbito subjetivo (instituciones sujetas a su control) como objetivo (materias susceptibles de ser conocidas por el Consejo)⁶. En el primero de estos ámbitos, destacan las decisiones del CplT que aplicaron la LT a universidades públicas, empresas públicas y entidades privadas instrumentales creadas por la Administración, reiteradas y confirmadas por las Cortes de Apelaciones.

Tratándose de las universidades públicas, se consolidó la aplicabilidad de la Ley, manifestada tempranamente en la decisión R1-09, de 29.05.2009, dictada contra la Universidad de Los Lagos, por estimar que estas eran parte de la Administración del Estado. A modo de ejemplo, pueden mencionarse las decisiones de los amparos roles C533-09, 06.04.2010, y C38-10, de 14.05.2010 (ambas contra la Universidad de Santiago), C229-10, de 25.05.2010 (contra la Universidad de Atacama) y C369-10, de 30.07.2010 (contra la Universidad de La Frontera), casos en que las universidades estatales no alegaron la falta de aplicación de la Ley. Esto sólo ocurrió con la decisión del amparo Rol C593-09, de 16.04.2010, contra la Universidad de Chile, que reclamó la decisión ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta confirmó la competencia del Consejo por sentencia Rol N° 1802-2010, de 14.12.2010, afirmando que las universidades estatales integran la Administración del Estado como servicios públicos funcionalmente descentralizados, por lo que debía aplicárseles la LT sin que esto afectase su autonomía: “...*porque será la propia universidad la que seguirá regulando la forma de cumplir sus funciones, siendo la verificación del actuar con transparencia en el ejercicio de la función pública, un acto posterior, de control y únicamente en lo que hace a los objetivos de la Ley 20.285*” (cons. 13°). La Universidad de Chile interpuso un recurso de

A2-09, etc., y R1-09, R2-09, etcétera. A partir del caso 379 –ingresado en octubre–, se optó por emplear para todos una letra C inicial (C379-09, C380-09, etcétera), reiniciándose la numeración en enero de cada año (C1-10).

⁶ Sobre la jurisprudencia de 2009, véase Rajevic M., Enrique (2010). “El primer año de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En VV.AA., *Transparencia en el ámbito público y privado. Balance y desafíos pendientes*. Santiago: Chile Transparente, pp. 55-71.

queja contra esta sentencia y, en el marco de esa gestión, un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, alegando que la Ley de Transparencia vulneraba la autonomía universitaria que reconoce la Carta Fundamental. La STC Rol 1892-11 fue categórica en afirmar la sujeción de las universidades estatales a la Ley y señaló que no podía aducirse menoscabo alguno por la aplicación de la Ley de Transparencia, “...*como quiera que la autonomía que le ha sido asignada para obrar dentro de su respectiva esfera de funciones legales, no resulta inconciliable con sus deberes constitucionales de brindar acceso a la información pública que obre en su poder, al tenor exacto de la legislación vigente dictada conforme con la Constitución*” (cons. 11°). Dictada esta sentencia, la Universidad terminó por desistirse del recurso de queja⁷.

Algo semejante ocurrió con las empresas públicas y empresas y sociedades del Estado, pues el Consejo se ha declarado competente para conocer de los reclamos en contra de ellas únicamente en los reclamos por transparencia activa por las argumentaciones contenidas en la decisión A4-09, de 09.06.2009, contra la Empresa de Ferrocarriles del Estado, dado que no había un derecho de acceso a la información respecto de ellas⁸. Las decisiones dictadas en este sentido en 2009 en contra de Televisión Nacional de Chile o TVN (R12-09, de 14.08.2009, y R15-09, de 25.09.2009), fueron reclamadas de ilegalidad por esta, y por algunos de los ejecutivos que, conforme a ellas, debían informar sus remuneraciones en el sitio web de TVN, pues ni estimaban que el Consejo fuese competente para conocer de reclamos contra empresas públicas, ni consideraban que la expresión “*gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa*”, del artículo décimo, inciso 2° h), de la Ley N° 20.285 (que alude a los cargos cuyas remuneraciones deben informarse en los sitios webs de las empresas), incluyese gerentes o directivos adicionales al puro gerente general, como sostuvo el Consejo. En el curso de tramitación de este reclamo ante la Corte de Apelaciones de

⁷ Sobre este tema véase Carrasco Q., Edesio y Guerrero V., Eduardo (2012). “Autonomía, control y transparencia: claves para una educación pública de excelencia”. En VV.AA., *Sentencias destacadas 2011*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 99-128.

⁸ Este criterio se ha reiterado en otras decisiones como las de los amparos, roles A69-09, A106-09 y A202-09, relativas a Banco Estado, y rol A113-09, relativa a Televisión Nacional de Chile, todas con el voto disidente del consejero Urrutia, en que este sostenía la procedencia del derecho de acceso respecto de las empresas. Acerca de este criterio del Consejo, puede verse una visión crítica en Pardow L., Diego y Vallejo G., Rodrigo (2010). “El traje nuevo del emperador: una revisión de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de las empresas públicas”. En VV.AA., *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, N° 1, pp. 220-243.

Santiago (Rol 945-2010), los reclamantes interpusieron requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (acumulados bajo el Rol 1800-10-INA), respecto del artículo décimo h) de la Ley N° 20.285. El TC los rechazó (con un voto disidente), afirmando que la competencia del Consejo era un asunto de mera legalidad que debía resolver el juez del fondo (consid. 20°) y que el “*...destino de los recursos que las empresas públicas dedican para remunerar a su plana directiva... presenta un innegable interés público*”, exigiéndose publicitar esas remuneraciones “*...en razón del alto cargo que desempeñan en TVN y de la naturaleza de la empresa que dirigen, no en tanto sujetos particulares corrientes*” (consid. 34°)⁹. Posteriormente, el reclamo terminó por desistimiento.

El Consejo aplicó el mismo criterio a la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP) en la decisión C191-10, de 22.06.2010, la que presentó un reclamo de ilegalidad en la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 7732-2010), que sería rechazado por aspectos procesales. También se pronunció sobre este tema Contraloría en su dictamen N° 63.868/2010, solicitado por la propia ENAP, declarando que en tanto empresa pública creada por ley aquella estaba “*...sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la Ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza establece el artículo décimo de la ley N° 20.285*”. En cambio, Contraloría señaló que tratándose de las empresas que no han sido creadas por ley, sino que son sociedades en que el Estado tiene participación accionaria mayoritaria o mayoría en el directorio –y, a diferencia de las primeras, no aparecen expresamente señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado–¹⁰, la sujeción al principio de transparencia no conlleva la tutela del CplT (Dictamen N° 44.462/2010). Con todo, el CplT reguló a unas y otras en su Instrucción General N° 5, sobre Transparencia Activa para empresas públicas, empresas del Estado y sociedades del Estado (D.O. 03.02.2010).

Otro punto polémico ha sido la aplicación de la Ley a las corporaciones y fundaciones de derecho privado que prestan servicios públicos o realizan

⁹ Un comentario crítico de esta sentencia que concuerda con la disidencia del ministro Carmona en Feliú, Olga (2012). “El acceso a la información sobre remuneraciones de Televisión Nacional de Chile”. En VV.AA., *Sentencias destacadas 2011*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo, pp. 23-34.

actividades de interés público, especialmente las Corporaciones Municipales de Salud y Educación, pues el Consejo sostiene que deben considerarse órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, bajo su competencia, conforme el art. 2° de la Ley de Transparencia, en tanto hayan sido creadas por decisión de órganos públicos, presten servicios públicos o realicen actividades de interés público y, por último, más del cincuenta por ciento de su órgano directivo sean designados por autoridades o funcionarios públicos. Así lo señaló la Instrucción General N° 4 del CplT, sobre Transparencia Activa (D.O. 03.02.2010), en su punto 2 i). Se trata de una especie de “levantamiento del velo” que se remonta a la decisión A211-09, de 11.09.2009¹¹. Algunas corporaciones acudieron a las Cortes de Apelaciones para reclamar las decisiones y en todos los casos, hasta el momento, las sentencias han sido favorables a la competencia del Consejo¹². Con todo, Contraloría ha tenido un criterio diferente al del Consejo y al de las Cortes en su dictamen N° 75.508/2010, señalando que si bien estas corporaciones quedan sujetas al principio de transparencia, deben ajustarse a los términos

¹⁰ Sobre esta diferenciación, puede consultarse, por ejemplo, Soto K., Eduardo (2000). *Las sociedades del Estado*. En Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 2 (julio-diciembre), pp. 335 y ss.

¹¹ Allí se afirma que recurrir a formas organizativas de Derecho Privado no puede transformarse en una vía para que los organismos del Estado eludan los controles de la actividad administrativa, incluido el control social. Por muy loable que sea el objetivo que se tuvo a la vista para optar por la aplicación del Derecho Privado, no es aceptable que este proceso de “privatización” erosione las garantías de los propios administrados, pues ello puede ser causa de mayores ineficiencias. En el caso concreto, el cumplimiento de las normas sobre transparencia posibilitará la participación ciudadana y el control social de la actividad administrativa de la Corporación Municipal, estimulando el correcto uso de los fondos públicos y la observancia del principio de probidad. Por consiguiente, el sometimiento al Derecho Privado no puede equipararse a una huida de todo el Derecho Público y de todo control, ya que ello implicaría el desconocimiento de la finalidad que se tuvo a la vista con la creación de estos órganos: coadyuvar en la función que se encomienda a otros órganos de la Administración o, lo que es lo mismo, en el cumplimiento de la función administrativa (consid. 10°).

¹² ICA de Valparaíso, Rol 2.361-2009, de 14 de junio de 2010, dictada en contra de la Corporación Municipal de Viña del Mar; ICA de Valparaíso, Rol 294-2010, de 29 de junio 2010, dictada en contra de la Corporación Municipal de Villa Alemana; ICA de San Miguel Rol 132-2009, de 22 de julio de 2010, dictada en contra de la Corporación Municipal de San Miguel; ICA de Santiago, Rol 8.131-2009, de 14 de junio de 2010, dictada en contra de la Corporación Municipal de Ñuñoa; ICA de Puerto Montt, Rol 395-2010, de 27 de enero de 2011, dictada en contra de la Corporación Municipal de Educación y Servicios de Dalcahue; ICA de Puerto Montt, Rol 906-2010, de 13 de febrero de 2012, dictada en contra de la Corporación Municipal de Chonchi.

previstos en el artículo décimo de la Ley N° 20.285, esto es, al modo de las sociedades en que el Estado tiene participación accionaria mayoritaria o mayoría en el directorio –y no como la generalidad de los servicios públicos, que es lo que sostiene el Consejo–, sin que “...tales entidades se sometan a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia”. Se trata de una discordancia que, al menos por ahora, carece de un cauce institucional de armonización. Por último, el CplT ha aplicado este mismo criterio a otras personas jurídicas de derecho privado creadas por organismos administrativos no municipales, como CONAF (a partir de la decisión C274-10), SERCOTEC (p. ej., decisiones C958-10 ó C566-11) o, en decisiones pendientes aún de reclamación de ilegalidad, la Fundación Integra (C469-11) y la Fundación de La Familia (C1529-11).

III. LAS CAUSALES DE RESERVA

Examinaremos, por último, la jurisprudencia central dictada en relación a las causales de secreto que establece la Carta Fundamental. Como es sabido, nuestro constituyente estableció que el secreto o reserva de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como el de sus fundamentos y procedimientos, sólo podía fundarse en la afectación de: a) El debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos; b) Los derechos de las personas; c) La seguridad de la Nación; y d) El interés nacional. Revisaremos, a continuación, algunos ejemplos significativos en que el Consejo ha debido revisar la aplicación de estas hipótesis, que desarrolla el art. 21 de la LT.

Antes, es preciso señalar que el Consejo ha construido su jurisprudencia considerando al derecho de acceso a la información como un derecho de naturaleza fundamental y no sólo legal, siguiendo la STC Rol N° 634/2006. Así, por ejemplo, la decisión A11-09, de 14.08.2009, lo califica como “...un derecho fundamental implícitamente reconocido en nuestra Constitución, como ya ha sostenido este Consejo en la decisión recaída en el amparo Rol A45-09 (considerando 10°) y como reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia Rol N° 634/2006, de 9 de agosto de 2007, al afirmar que “...acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida” (considerando 10°). Dicha naturaleza se ve

reforzada por lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos –en relación con el artículo 5° de nuestra Constitución–, como reconoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de 19 de septiembre de 2006... Como consecuencia de lo anterior, las restricciones o limitaciones a este derecho “deben dar cumplimiento estricto a los requisitos derivados del artículo 13-2 de la Convención, esto es, las condiciones de carácter excepcional, consagración legal, objetivos legítimos, necesidad y proporcionalidad” (Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en el vol. III del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo N° 27)”.

Esta calificación tiene diversas consecuencias para el Consejo. Por una parte, ha entendido que supone que la carga de la prueba de una causal de reserva toca al órgano que la invoca, en tanto restricción a un derecho fundamental. Del mismo modo, ha aplicado los test de daño e interés público como herramientas de ponderación de este derecho fundamental con otros derechos o bienes jurídicos¹³. Por test de daño se ha entendido “... *ponderar si la divulgación puede generar un daño presente, probable y específico a los intereses o valores protegidos de mayor entidad que los beneficios obtenidos...*”¹⁴ (p. ej., decisiones roles C96-09, C165-09, C193-09, C840-10, C850-10, C492-11, C929-11, etcétera), y por test de interés público, ponderar si la reserva –usualmente por afectar derechos de particulares cuya información está en poder del Estado– puede ser vencida por la prevalencia del interés público existente en difundir esa información (decisión C193-10, de 15.07.2010, consid. 6º)¹⁵. El test de daño

¹³ Sobre la ponderación, puede verse Guichot R., Emilio (2007). *Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio*. En Revista Catalana de Derecho Público, N° 35, pp. 61-70 y, entre nosotros, la ponencia de Contreras V., Pablo (2009). “Ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y el resguardo de la seguridad de la nación”, presentada en las VI Jornadas de Derecho Administrativo, 25 y 26 de junio (en prensa).

¹⁴ Como ha señalado la doctrina mexicana: “Generalmente se concede que no basta que un documento verse, por ejemplo, sobre seguridad nacional para que este pueda ser automáticamente reservado del conocimiento público. Se tiene que demostrar, además, que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto –en este caso publicidad contra seguridad– para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo a la segunda, y que por ello procede una reserva temporal del documento. A los criterios que guían este análisis se les conoce como la ‘prueba de daño’”. López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro (2007). *Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*. En Derecho Comparado de la Información, N° 9, p. 23.

¹⁵ “Que conviene considerar que cuando la transparencia puede exponer la vida privada o el patrimonio de las personas, la doctrina y la legislación comparada entienden que en principio existe una barrera

aplica especialmente para evaluar la afectación del debido cumplimiento de las funciones, la seguridad de la nación y el interés nacional, mientras que el de interés público aplica preferentemente para valorar el perjuicio a los derechos de terceros¹⁶ (pueden verse ejemplos en las decisiones C664-10 o C700-12), y pueden entenderse como una aplicación del principio de proporcionalidad¹⁷.

que restringe la divulgación de los documentos que contienen esta información. Pese a ello, “... pueden existir circunstancias excepcionales en que el interés público justifique su divulgación. Estas circunstancias excepcionales suponen una difícil y compleja valoración de los intereses en juego. Algunos países han previsto en sus legislaciones los estándares que guían esta ponderación y que se conocen como la prueba de interés público” López-Ayllón, Sergio, y Posadas, Alejandro (2007). *Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*. En Derecho Comparado de la Información, N° 9, pp. 23-24. *En el caso de Estados Unidos, este “test de interés público” exige al particular que alega una afectación de su competitividad probar la posibilidad de un daño competitivo sustancial y actual, rechazándose “...simples alegatos de que se puede dañar o se está dañando la posición competitiva sin evidencia que los soporte...”* (Ibíd., p. 36)» (Decisión A115-09, considerando 9°).

¹⁶ Debe hacerse notar que en ordenamientos como el canadiense el test de interés público se exige expresamente. En efecto, la Privacy Act, en vigor desde el 1° de julio de 1983, parte del principio de la reserva de los datos personales y permite en su art. 8 que puedan comunicarse a terceros sin consentimiento del titular en casos excepcionales, uno de los cuales es que, en opinión del jefe de la institución, “(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or (ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates” (art. 8.2.m). A este respecto, se ha dicho que “...la discrecionalidad en el otorgamiento a la Administración de la potestad para otorgar o no el acceso a la información es aquí doble: la ley de protección de datos deja la decisión al juicio del responsable de la institución, y la Ley de Acceso, como dijimos, establece, en general, que en los casos de comunicaciones in consentidas conforme al artículo 8 de la Ley de Protección de Datos [Privacy Act] el acceso puede (o no) acordarse. Se trata de un supuesto que requiere un aquilatado juicio ponderativo para el que la Administración goza de un importante margen de discrecionalidad” (Guichot R., Emilio (2009). *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Madrid: Civitas, p. 36, cursivas en el original).

¹⁷ “*Establecido que estamos en presencia de un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto* (véase Bernal P., Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición, y García P., Gonzalo y Contreras V., Pablo (2009). *Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional*. En Estudios Constitucionales, año 7, N° 1, p. 144). En términos semejantes, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho sobre este principio lo siguiente: “*Reiterando nuestra jurisprudencia constitucional anterior (Sentencia Rol 226, Considerando 47, y Sentencia Rol 280, Considerando 29), una limitación a un derecho fundamental es justificable, cuando dicho*

3.1. La afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano

El art. 21 N° 1 de la LT enuncia tres casos en que se produce esta afectación. Uno de ellos es la divulgación de “*antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales*”, prevista en el artículo 21 N° 1 a) de la LT, y que según el artículo 7° N° 1 letra a) del Reglamento de la Ley de Transparencia, incluye “*...entre otros, aquellos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico*”. Las decisiones de los casos C392-10, de 24.09.2010, y C648-10, de 05.11.2010, aplicaron el criterio de la decisión C380-09, de 27.11.2009, que distinguió los antecedentes de la estrategia jurídica del órgano reclamado de otros documentos que sólo constituyen medios de prueba, para declarar que un informe en Derecho encargado por un órgano público que decía relación directa con el núcleo de un litigio pendiente podía, en caso de ser divulgado, afectar la estrategia de defensa judicial desplegada del órgano, lo que llevó a aceptar la causal de reserva invocada. No ocurrió lo mismo en la decisión C719-10, de 25.02.2011, en que el CplT estimó que la divulgación de copia de una investigación efectuada por el Consejo de Defensa del Estado (CDE), con ocasión de una denuncia realizada por la reclamante, no afectaba la estrategia de este organismo en el proceso esgrimido para configurar la hipótesis del art. 21 N° 1 a) de la LT. Adicionalmente, el CplT desestimó la alegación del secreto profesional que hizo el CDE, afirmando que “*...el Estado de Chile y los órganos que lo conforman –cuyos intereses defiende en sede judicial el CDE–, se encuentran sujetos a los deberes de transparencia en virtud del artículo 8° de la Constitución y la propia Ley de Transparencia. Concluir lo contrario sería transformar en secreta toda la información referida a los procesos judiciales en que interviene el CDE, dejando sin efecto el juicio de afectación que exige expresamente la hipótesis del artículo 21 N° 1 a)...*” (cons. 16°). Esta decisión fue reclamada de ilegalidad por el CDE (Rol N° 2314-2011, C. de Apelaciones de Santiago) y recurrida de protección por el presidente del CDE y la abogada procuradora fiscal de Arica (Rol N° 4760-2011, C. de Apelaciones de Santiago), rechazándose ambas impugnaciones por sentencias actualmente recurridas en la Corte Suprema (queja y apelación, respectivamente)¹⁸. La misma disputa se ha planteado en otros cinco casos,

mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales” (Sentencia Rol 519-2006, de 5 de junio de 2007, consid. 19°)” (Decisión A45-09, considerando 10°).

¹⁸ Al cierre de este trabajo, la Corte Suprema acogió el recurso de queja interpuesto por el CDE mediante su sentencia Rol 2582-2012, de 28.12.2012 y, habiendo anulado la decisión,

reclamados todos de ilegalidad; dos sentencias los han acogidos y las otras tres han conformado las decisiones del CplT, estando todas recurridas de queja y pendientes de resolución por la Corte Suprema¹⁹.

La segunda hipótesis del art. 21 N° 1 es que la afectación del funcionamiento del organismo provenga de la difusión de “*antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política*”, los que sólo serían públicos una vez que esta última sea adoptada y no antes, generándose una especie de “reserva deliberativa” a favor de la Administración. Entre las decisiones adoptadas a este respecto por el CplT, destaca la C248-10, de 23.07.2010, relativa a la petición de un Anteproyecto de Ley de Extranjería que se mencionaba en un texto de 2007 de la Subsecretaría de Interior. Esta se negó a entregarlo argumentando la causal de reserva señalada, pues había una decisión pendiente: si enviar el Proyecto de Ley al Parlamento. El Consejo rechazó esta alegación, porque: a) Si bien el anteproyecto era un antecedente previo al envío del proyecto, no existía certidumbre de que ello fuese a ocurrir o de que se desechara la idea dentro de un plazo prudencial, de manera que aceptar este argumento equivalía a declarar una reserva indefinida o sometida a una condición meramente potestativa, pues sólo dependería de la mera voluntad o discrecionalidad del órgano requerido, algo que no se acomodaba a los principios del art. 11 de la LT; y b) No se explicó cómo la entrega de este anteproyecto afectaría el debido cumplimiento de las funciones de la Subsecretaría requerida, más si se trataba de “*un texto*

no se pronunció sobre la apelación del recurso de protección (sentencia Rol 3545-2012, de 28.12.2012, con una disidencia).

¹⁹ A las impugnaciones de la decisión C719-11, se suman las siguientes: a) Decisión C527-11, que ordena entregar información sobre un contrato de obra pública, con reclamo de ilegalidad acogido por sentencia Rol 5746-2011, de 13 de marzo de 2012, y recurso de queja interpuesto por el CplT; b) Decisión C690-11, en que se ordena entregar determinadas actas de sesiones de Comité del CDE, con reclamo de ilegalidad rechazado por sentencia Rol 7330-2011, de 29 de marzo de 2012, recurrida de queja por el CDE; c) Decisión C415-11, en que se ordenó entregar documentos relativos al proceso Rol 2182-98 sobre “Colonia Dignidad”, con reclamo de ilegalidad rechazado por sentencia Rol 6543-2011, de 29 de mayo de 2012, recurrida de queja por el CDE (Corte Suprema, Rol 4380-2012); y d) Decisión C847-11, que requiere entregar información relativa a las transacciones o avenimiento en casos de delitos contra la humanidad, con reclamo de ilegalidad acogido por sentencia Rol 9314-2011, de 12 de noviembre de 2012, recurrida de queja por el CplT. Adicionalmente, se encuentra en tramitación en la Corte de Apelaciones de Santiago un reclamo contra la decisión C969-12, que requiere entregar un oficio (Rol 5021-2012). Al cierre de este trabajo, la Corte Suprema acogió dos de los recursos de queja interpuestos por el CDE (los roles 2423-2012 y 2788-2012), además del señalado en la nota precedente, validando la aplicación del secreto profesional como causal de secreto o reserva (con una disidencia).

*elaborado por un Gobierno anterior a la actual administración que, por tal razón, no compromete a esta” (consid. 9°). Además, al recaer en un tema “...de alta relevancia pública, tanto por la trascendencia social que revisten los temas migratorios como por la necesidad de incorporar los compromisos internacionales sobre la materia... el interés público exigía facilitar el control social de esta información” (consid. 10°). Por otro lado, el Consejo ha reconocido también un ámbito más extenso de reserva a las deliberaciones en sus decisiones C980-12, de 05.12.2012, y C819-12, de 14.09.2012, tal como ya había insinuado en la decisión C1101-11, de 16.03.2012²⁰. En la primera de estas decisiones ha señalado, al restringir parcialmente el acceso a un oficio en soporte papel, que “*Declarar la publicidad de todas las opiniones emitidas por las autoridades de un determinado servicio, durante el curso de la adopción de una decisión, podría afectar la fluidez de las comunicaciones internas y mermar la asertividad de opiniones como la que en este caso se tarjó, lo que atentaría contra el registro escrito que debe quedar de estas...*”, agregando que este juicio “*...debe realizarse caso a caso y que variaría si se estimara la concurrencia de un claro interés público que justificase optar por la publicidad de dichos comentarios*”, como si fuesen actos “*interna corporis*” (no para impedir la impugnabilidad de los actos sino sólo su publicidad)²¹.*

Finalmente, el literal c) del art. 21 N° 1 consagra como causal de reserva la afectación derivada de “*requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales*”. A este respecto, pueden citarse las decisiones A39-09, de 19.06.2009, A107-09, de 17.09.2009, C293-12, de 22.06.2012, y C307-12, en lo relativo al carácter genérico de los requerimientos, las C217-12, C218-12 y C219-12 (acumuladas), de 16.11.2011, en torno al número elevado de antecedentes, y las C1186-11, de 07.03.2012, C745-12, de 07.09.2012, y C861-12, de 28.09.2012, en lo referido a la distracción indebida. En particular, conviene destacar las decisiones acumuladas C745-12, C746-12, C749-12, C750-12 y C751-12 (acumuladas), de 07.09.2012, en que se declaró que “*...el conjunto de requerimientos de información interpuestos por una misma persona, ante un mismo órgano de la Administración del Estado, en un período acotado de tiempo, puede justificar la concurrencia de la*

²⁰ En la decisión C1101-11, se advierte que “*...de haberse acreditado suficientemente la concurrencia de alguna causal de secreto o reserva específica, como por ejemplo la alegación del privilegio deliberativo recogida en el artículo 21 N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, este Consejo la habría acogido*” (consid. 38°).

²¹ Véase Figueroa Y., Gonzalo. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas: Código Civil*, Volumen 1, notas 1 y 2 en p. 38.

hipótesis de distracción indebida de los funcionarios de dicho órgano, respecto del cumplimiento regular de sus funciones, recogidas en el artículo 21 N° 1, literal c), de la Ley de Transparencia, cuando se acredite que su atención agregada implica para tales funcionarios la utilización de un tiempo excesivo, considerando los recursos institucionales que deben destinarse, razonable y prudencialmente, a la atención de los requerimientos generados por la Ley de Transparencia, interrumpiendo, de esta forma, la atención de las otras funciones públicas que el servicio debe desarrollar o exigiendo una dedicación desproporcionada a esa persona en desmedro de la que se destina a la atención de los demás personas, implicando, todo ello, una carga especialmente gravosa para el organismo". Y es que la transparencia debe armonizarse con el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente.

3.2. La afectación de los derechos de las personas

El art. 21 N° 2 de la LT admite el secreto de la información cuando su divulgación “...afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. A propósito de solicitudes de información de empresas que habían participado en licitaciones convocadas por la Administración Pública o habían sido contratadas por esta, y a partir de las decisiones A325-09, de 23.02.2010 (considerandos 4° a 6°), C501-09, de 26.02.2010 (considerandos 17° a 23°), A204-09, de 16.03.2010 (considerandos 17° a 23°), y A252-09, de 13.04.2010 (considerando 14°), el CplT ha estimado cuatro criterios para determinar si la divulgación de una información afecta los derechos comerciales y económicos de una persona: a) Que la información requerida no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; b) Que el secreto o reserva de la información requerida proporcione a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva (artículo 86 de la Ley N° 19.039, de propiedad industrial); c) Que la publicidad de la información pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular; y d) Que existan razonables esfuerzos para mantener el secreto de la información. Puede verse un ejemplo de aplicación de estos criterios, que se traduce en declarar parte de lo solicitado secreto y parte reservado, en la decisión C573-09, de 03.09.2010, confirmada por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 5474-2010, de 28.12.2010²².

El secreto empresarial fue tratado extensamente en la decisión del caso A114-09, de 06.07.2010. Allí se solicitaba el listado de empresas

²² La empresa reclamante interpuso luego un recurso de queja rechazado por sentencia de la Corte Suprema Rol 95-2011, de 22 de marzo del 2011.

que habían solicitado no ser identificadas en la base de estadísticas mensuales de las operaciones de comercio internacional (importaciones y exportaciones) que elabora el Servicio Nacional de Aduanas (SNA), además del listado de las empresas que no eran identificadas en esta base. El SNA comunicó la petición a dichas empresas y un conjunto de ellas se opuso a que se entregaran sus datos. Al analizar la oposición de las empresas, el CplT estimó que debía determinar si lo solicitado tenía la calidad de información no divulgada conforme el artículo 39 de los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPS o ADPIC), es decir, si se consideraría información de naturaleza reservada, con valor comercial y objeto de esfuerzos razonables para mantenerse en secreto, exigencias reconocidas a través de la Ley N° 19.996, que modificó la Ley N° 19.039, de propiedad industrial. El CplT afirmó que *“La referida protección a la información no divulgada se otorga, en concreto en nuestro país, a los secretos empresariales en cuyo concepto se recogen implícitamente... los elementos constitutivos del concepto de información no divulgada que recoge la norma internacional”* (consid. 14°). La naturaleza reservada de la información derivaba de que su falta de divulgación constituyera *“el elemento esencial de la existencia del valor económico”* (consid. 15° a), con lo que su publicidad destruiría este valor. Aplicados estos criterios al caso concreto, el Consejo decidió rechazar el amparo.

Cabe señalar que, tratándose de particulares que colaboran con el ejercicio de funciones públicas, el Consejo ha considerado este factor como un ingrediente que refuerza el interés público y suele definir el acceso a la información. Así ha ocurrido con las entidades acreditadoras de prestadores de salud (decisión C227-12, de 05.09.2012, reclamada de ilegalidad) o las agencias acreditadoras de universidades (decisiones acumuladas C491-12 y C538-12, de 03.04.2012), por más que unas y otras sean privadas.

También merecen destacarse las decisiones A59-09, de 06.04.2010, A165-09, de 06.04.2010, y A314-09, de 25.06.2010, todas recaídas en casos donde se solicitaba al Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) información sobre cultivos transgénicos en Chile. El aspecto más polémico era la ubicación exacta de los sitios en que se realizaban, pues la autorización de internación de organismos genéticamente modificados del SAG establecía medidas de bioseguridad y señalaba la ubicación exacta de los lugares de cultivo y acopio de semillas transgénicas. Un grupo de empresas se opuso a entregar esta información, alegando que de entregarse podrían favorecerse actos vandálicos o ilícitos

en su contra, como ya había ocurrido en el extranjero. Ante esto, el CplT aplica el principio de proporcionalidad y afirma que existen medios más moderados que el secreto para lograr el propósito buscado “...como por ejemplo, las acciones coactivas de las Fuerzas de Orden y Seguridad. La medida que se quiere adoptar, esto es, mantener en reserva la ubicación de los lugares de cultivos transgénicos, no suministrará beneficios o ventajas proporcionadas al interés general. Al contrario la publicidad de la información –dentro de un tema tan relevante como el medioambiental– proveerá, en opinión de este Consejo, un mayor beneficio para la sociedad y para el debate y la opinión pública” (consid. 11° b) ii 9 decisión A59-09). Por lo mismo, no se configura “un daño presente, probable y específico a la seguridad y salud de las personas” (consid. 24° b) ii 2 decisión A314-09). Con todo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3496-2010, de 04.01.2011, acogió el reclamo interpuesto por parte de las empresas, pero por dos temas procesales: a) La decisión excedía, en opinión de la Corte, el marco del amparo presentado lo que configuraba una *ultrapetita*, y b) No se decretó una audiencia conforme se solicitó invocando el art. 25 de la LT, siendo que los antecedentes justificaban la apertura de un probatorio especial. El caso se retrotrajo, se efectuó la audiencia y se dictó una nueva decisión, el 25 de enero de 2012, análoga a la impugnada.

Otro tema de alto interés ha sido la publicidad de los correos electrónicos, inaugurada por las decisiones C640-10, de 30.11.2010, y C83-10, de 22.06.2010. La mayoría del CplT ha señalado que los correos enviados o recibidos por funcionarios públicos, a través de sus casillas institucionales y en ejercicio de funciones públicas (no en el ámbito de su intimidad), son públicos siempre que no concurra una causal de secreto que cumpla los requisitos del art. 8°, inc. 2°, de la Constitución. En los casos C406-11, de 12.08.2011, y C1101-11, de 16.03.2012, se declaró que estos correos eran información en poder de órganos de la Administración y, por tanto, potencialmente públicos sino se justificaba una causal de secreto (art. 5°, inc. 2°, LT), debiendo excluirse cualquier información acerca de la intimidad o la vida privada de su emisor o receptor. Para resguardar esta última, el Consejo ha requerido que de efectuarse una solicitud de este tipo debe comunicarse al funcionario emisor o receptor de los correos, conforme al artículo 20 de la Ley, de manera que este pueda ejercer su derecho a oponerse a la entrega. Invocada esta oposición, u otra causal de secreto, el Consejo evalúa si concurre. Por ello, en ocasiones, ha determinado no entregar parte del contenido de un correo (p. ej., decisión C819-12, de 14.09.2012). Las decisiones C406-11 y C1101-11 fueron reclamadas de ilegalidad por organismos públicos que, además, requirieron al Tribunal Constitucional declarar inaplicable la parte del

inciso 2° del art. 5° que dispone que es pública “...*toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración*”. Ambos requerimientos fueron acogidos pero, a la fecha, sólo se conoce la sentencia del primero que, bajo el Rol 2153/2011, de 11.09.2012, declara a los correos entre funcionarios públicos como comunicaciones privadas, pues más que la naturaleza de las partes hay que atender a la intención de excluir a terceros del conocimiento del mensaje; en otras palabras, el continente y no el contenido es lo relevante (consid. 35°). Siendo así, su revelación vulneraría la inviolabilidad de estas comunicaciones que garantiza el art. 19 N° 5 de la Constitución, pues la LT carecería de la suficiente especificidad para acceder a ellas (consid. 38°, 41° y 46°), razonamiento semejante al del voto disidente de la decisión C406-11. Además, aunque el TC advierte que sólo juzga si la norma legal cuestionada se ajusta a la Constitución y no si le “...*parece óptima, mejor o más conveniente...*” (consid. 9°), pues esto último es tarea del legislador, establece que es “...*un hecho que impone la realidad, que la naturaleza humana tiende a ser más prudente y recatada si sabe que sus actos serán conocidos... ello puede afectar la deliberación técnica, restando espontaneidad, franqueza, dureza, en los diálogos, consejos o asesorías dentro de los órganos llamados a tomar decisiones*” (consid. 19°). Añade que “*El correo electrónico tiene una enorme potencialidad para hacer fluir información. Todo lo que apunte a un uso intenso de este instrumento moderno debe incentivarse*”, argumentación que justifica acoger la acción, pues “*una apertura indiscriminada de este tipo de comunicación puede despotenciarlo como un instrumento útil para la toma de decisiones*” (consid. 45°). La sentencia termina declarando inaplicable todo el inciso 2° del artículo 5° pese a que sólo se pedía la inaplicabilidad de una parte (con tres disidencias). Con todo, este capítulo aún no se cierra, pues los reclamos de ilegalidad respectivos aún no han sido resueltos por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Volviendo a la jurisprudencia del CplT, las consideraciones anteriores se relativizan tratándose de correos electrónicos que son el inequívoco fundamento de un acto de la Administración, pues en este caso el CplT ha requerido su entrega en forma unánime (p. ej., decisión C864-12, de 19.10.2012). Lo mismo ha ocurrido tratándose de aquellos en que su titular ha consentido en la entrega de la información previa aplicación del art. 20 de la Ley de Transparencia (p. ej., caso C1525-11, de 06.07.2012) o cuando son solicitados por quien los envió o recibió (casos de ex funcionarios, p. ej., C73-12, de 08.06.2012, y C873-12, de 05.10.2012).

Por último, una veta muy rica en materia de derechos de terceros ha sido la aplicación de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre protección de datos personales. En la decisión C739-10, de 08.03.2011, el CplT reconoció “...*que*

existe información que obra en poder de órganos de la Administración a la que sólo pueden acceder sujetos determinados. Esto puede ocurrir porque el ordenamiento jurídico proteja el derecho de la persona a excluir a terceros de su conocimiento o que se estime que el acceso universal podría afectar el debido funcionamiento del órgano. En base a ello... el Consejo ha declarado implícitamente el carácter reservado de los documentos requeridos con carácter general, identificando al solicitante como un sujeto excepcionalmente autorizado para acceder a la misma. Por lo tanto, en hipótesis como las antes descritas la resolución del órgano administrativo que ordena la entrega de la información no está declarando el carácter público de los documentos requeridos –pues este opera erga omnes– sino sólo el acceso a favor de un sujeto determinado. Esto ocurrirá, en general, cuando la causal de reserva se encuentra en beneficio del propio solicitante, pues está consagrada para proteger bienes jurídicos particulares –sus derechos–, o existe una regla especial que autoriza el acceso a la información a favor de sujetos determinados legalmente –por ejemplo, el artículo 137 del Estatuto Administrativo– o por la jurisprudencia de este Consejo –por ejemplo, fichas clínicas de personas fallecidas–”. A su turno, la decisión C315-11, de 10.05.2011, advierte que “...no toda información subsumible en la categoría de dato personal es per se secreta, pues ello obviaría la inteligencia o sentido de la regla de publicidad de la información que obre en poder de la Administración del Estado, contenida en los artículos 5º, 11 letra c) y 21 de la Ley de Transparencia. Para abordar esta problemática este Consejo ha optado por circunscribir los efectos de sus decisiones al caso concreto utilizando los denominados tests de daños y de interés público (...) Así, por ejemplo, en la decisión Rol C664-10, relativa a las resoluciones recaídas en sumarios sanitarios donde aplicaba el derecho al olvido consagrado en el artículo 21 de la Ley N° 19.685, este Consejo resolvió dar acceso a dichas sanciones atendido el interés público involucrado en su conocimiento”. Cabe señalar que la aplicación del test de interés público ha sido objeto de críticas por un sector de la doctrina²³. Dado que ya me he referido al tema de la protección de datos personales en otra publicación, me remito a ella²⁴, como también a la recopilación que el Consejo ha efectuado sobre esta materia²⁵, que incluye

²³ Covarrubias C., Ignacio (2012). *Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*. En Revista de Derecho PUCV, N° 38, pp. 499-541.

²⁴ “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: inevitable y deseable ponderación”. En VV.AA., *Reflexiones sobre el uso y abuso de los datos personales en Chile*. Santiago de Chile: Expansiva, 2011, pp. 137-158 (también publicado como Documento N° 162, de 2011, en la serie “En Foco”, de Expansiva).

²⁵ Unidad Normativa, Dirección Jurídica CPLT, *Protección de datos personales / Abril 2011*, disponible en http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20111028/asocfile/20111028170520/proteccion_de_datos_web.pdf.

las “Recomendaciones sobre Protección de Datos Personales por parte de los órganos de la Administración del Estado” aprobadas por el Consejo Directivo (D.O. 14.09.2011).

Finalmente, otra materia que ha generado abundante jurisprudencia ha sido la referente a los concursos públicos de personal, particularmente los relacionados con el Sistema de Alta Dirección Pública, a raíz de solicitudes de acceso a información formulados por candidatos perdedores, como los amparos A29-09 y A35-09, de 30.12.2009, A90-09, de 23.02.2010, C53-10, de 27.07.2010, y C850-10, de 29.03.2011. Al analizar los informes sicolaborales que emiten las consultoras en los concursos sometidos a este sistema, se determinó que debía mantenerse en reserva la evaluación sicolaboral y las referencias de terceros, porque su entrega afectaría el debido funcionamiento del Sistema de Alta Dirección Pública (art. 21 N° 1 de la Ley de Transparencia). Con todo, ha admitido que debe entregarse la historia curricular del candidato, la descripción de su motivación para postular y el puntaje asignado a cada atributo del perfil por la consultora y el Comité de Selección o el Consejo de Alta Dirección, según corresponda, cuando: i) Los requiere la propia persona evaluada, pues respecto de ella carece de sentido la reserva; y ii) Los requiere un tercero respecto de personas incluidas en la terna o quina final a las que, habiéndoseles comunicado esta solicitud conforme exige el art. 20 de la Ley de Transparencia, consintieron en ello o no se opusieron oportunamente. Habiendo oposición del tercero que postuló se ha respetado el anonimato de estos, declarando que la decisión de postular a un concurso es parte de la intimidad. A partir de las decisiones C53-10 y A336-09, el Consejo sostuvo, por mayoría, que la evaluación sicolaboral del ganador del concurso debía revelarse, pues el ejercicio de los cargos de Alta Dirección era de evidente interés público, lo que suponía un estándar de escrutinio que hacía ceder la privacidad en pos del necesario control social que debe ejercerse. Reclamadas de ilegalidad estas decisiones, la Corte de Apelaciones de Santiago ha rechazado cuatro (Roles 2080-2010, de 22.11.2010, 3457-2010, de 04.03.2011, 6344-2010, de 03.05.2011, y 7938-2010, de 17.06.2011, esta última parcialmente pues sólo reprueba revelar el informe sicolaboral del ganador) y acogido dos (Roles 943-2010, de 03.09.2010, y 3436-2010, de 15.06.2011). Precisamente, en el caso A336-09, el candidato ganador –seleccionado como jefe de un servicio de ámbito nacional (el FOSIS)– reclamó, junto con la Dirección Nacional del Servicio Civil, la ilegalidad de esta decisión (Rol N° 541-2011, Corte de Apelaciones de Santiago), y luego interpuso exitosamente un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Este resolvió en su

sentencia Rol N° 1990/1011 que “...los informes de evaluación personal son, de conformidad al artículo 2° de la Ley N° 19.628, un dato sensible. Por una parte, porque se trata de aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad. Por la otra, porque dicha disposición expresamente señala como ejemplo de estos datos “los estados de salud físicos o síquicos.” La evaluación personal es parte de la salud psíquica de una persona. Al tener tal carácter, no pueden ser objeto de tratamiento de datos (artículo 10, Ley N° 19.628), por afectar la vida privada de las personas, salvo que la ley lo autorice o su titular consienta en ello”. Está por verse el impacto que producirá esta sentencia en las futuras decisiones del Consejo, aun cuando sus efectos sean sólo relativos.

3.3. Otras causales: la afectación de la seguridad de la Nación y del interés nacional y el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia

Por razones de espacio, abordaré sintéticamente estas dos últimas causales, debido a que plantean temas conexos²⁶. Básicamente, en estos casos se ha producido una jurisprudencia que ha aplicado el test de daño, como quedó de relieve en el caso C512-09, de 15.01.2010, en que el Consejo declaró pública la nómina de capellanes o asesores espirituales dependientes del Ejército de Chile, que el Ejército de Chile denegó tratándose de los que eran parte de su dotación basándose en los artículos 21 N° 5 de la Ley de Transparencia y 436 N° 1 del Código de Justicia Militar que califica como “...documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros: 1.- Los relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal...”. No obstante, el Consejo afirmó que el art. 21 N° 5 de la Ley de Transparencia “no sólo requiere que una ley de quórum calificado establezca la reserva o secreto de la información requerida sino que, además, exige como señala expresamente el precepto constitucional que la publicidad de dicha información debe afectar la seguridad de la Nación, circunstancia que ha sido esgrimida por el Ejército de Chile en este caso”, para luego concluir que, tomando en cuenta los antecedentes de hecho descritos por el Ejército de Chile en sus

²⁶ Véase sobre este tema, a este respecto, el interesante trabajo de Contreras, Pablo y Pavón, Andrés (2012). *La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre acceso a la información pública y seguridad de la Nación*. En *Ius et Praxis* (Vol. 18, No. 2) (aceptado para publicación, en revisión editorial). Asimismo, véase Correa S., Jorge (2011). *La “seguridad de la Nación” y el “interés nacional” como límites a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado*. Consejo para la Transparencia, 118 p.

descargos, no advertía que difundir la información requerida afectase la seguridad de la Nación, particularmente si se publicaban los capellanes a honorarios. Este criterio fue confirmado por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 2275-2010, de 23.11.2010.

Esta forma de operar ha sido reiterada en otras decisiones como la C396-10, de 02.11.2010 (puente mecano sobre el Bío Bío), la Roles C349-11 y C536-11 (acumulados), de 24.08.2011 (licitación para habilitación de contingente de paz en Haití, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago en su sentencia Rol 7497-2011, de 24.05.2012). Hay, por cierto, ocasiones en que el Consejo ha reservado la información solicitada por estimar afectada la seguridad nacional, como en el caso de los fondos empozados en las cuentas de la Ley Reservada del Cobre (caso C57-10, de 02.11.2010, sin perjuicio de expresar su preocupación por la existencia en Chile de “leyes secretas”²⁷) o las actas de las juntas calificadoras de las fuerzas armadas (caso A266-09, de 15.12.2009, y C870-10, de 28.01.2011, confirmadas por la Corte de Apelaciones de Santiago en sus sentencias Roles 1948-2010, de 08.03.2011, y 1007-2011, de 29.06.2011, respectivamente).

En materia de interés nacional, son particularmente interesantes dos decisiones. Primero, la C440-09, de 01.12.2009, que declaró la reserva de una nota diplomática enviada a Bolivia en relación al contenido de la

²⁷ En el considerando 10°, el Consejo “*deja constancia de su preocupación porque en nuestro ordenamiento existan leyes que tienen carácter secreto. Admitirlas supone aceptar un peligroso bolsón de opacidad que pugna con el principio constitucional de publicidad y transparencia y el contenido esencial del derecho a acceder a la información pública, esto es, la facultad de todo individuo de buscar, solicitar y acceder a la información que obre en poder de los órganos estatales, particularmente a partir de la reforma constitucional del 2005 (artículos 8 y 19 numerales 12 y 26 de la Constitución), representando también un serio debilitamiento del principio democrático en que se basa nuestra institucionalidad republicana (art. 4 de la Constitución). Por otro lado, no parece admisible que pueda invocarse ante un particular una restricción al ejercicio de un derecho fundamental contenida en una Ley que este no puede conocer. En tal caso le resultaría imposible cuestionar el fundamento de esta medida, lo que atentaría seriamente contra el derecho a un debido proceso. A este respecto conviene recordar que recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso C345/06, de 10.03.2009) resolvió que no podían imponerse obligaciones a los particulares en un Reglamento no publicado en el Boletín Oficial de la Unión Europea*”. Luego señala: “*11) Que, además, la existencia de una Ley secreta en este caso parece innecesaria, pues en estricto rigor no se ve porque resulta necesario que la Ley misma sea un documento reservado y no simplemente determinada información que la Ley señale, como es la regla que establece el art. 8° de la Constitución. Por ello, este Consejo oficiará a los órganos colegisladores manifestándoles su preocupación por este estado de cosas*”. Lo mismo se dice en la decisión C396-10. El oficio N° 2473, de 24.11.2010, transmitió esta preocupación al Ministro Secretario General de la Presidencia. Sobre este tema, véase Contreras, Pablo (2010). *Transparencia y leyes secretas en Chile*. En Estudios Constitucionales, Vol. 8, No. 2.

Constitución de ese país en lo relativo a su aspiración marítima. El Consejo estimó que existiendo un proceso de diálogo entre Chile y Bolivia en esta materia develar notas diplomáticas de manera unilateral afectaría de manera probable y sustancial la fluidez de los canales de comunicación existentes entre ambos países, dañando el interés nacional. Segundo, la decisión C1553-11, de 13.06.2012, que ordenó entregar los nombres y honorarios cobrados por los abogados que representaron a Chile, entre enero de 2010 y octubre de 2011, en el juicio con Perú ante la Corte de Justicia de la Haya. El Consejo no advirtió que la publicidad de dicha información, por sí sola, “...traiga consigo un perjuicio o detrimento concreto y probable al interés nacional o a la estrategia de defensa futura de los derechos que le asisten a Chile en el diferendo marítimo seguido ante la Corte Internacional de Justicia, ni que la debiliten o la hagan vulnerable, atendido, además, que se refiere a antecedentes concernientes a una fase del litigio que ya se encuentra cerrada. Que, en especial, respecto a la especificación de los honorarios que, en dicho periodo, hayan podido percibir abogados que representaron a Chile, y reconociendo las competencias que el MINREL dispone para convenir los términos y condiciones de las contrataciones de tales servicios profesionales, este Consejo no observa el modo en que la publicidad de lo solicitado pueda poner al país en una situación de vulnerabilidad en el citado litigio, que suponga afectar su posición actual ante dicha Corte y menos aún afectar la defensa que puede hacer frente a la misma, toda vez que lo sometido al conocimiento y resolución de dicha Corte no dice relación alguna con la materia objeto del presente amparo”. Esta decisión tiene un Reclamo de Ilegalidad pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol 4680-2012).

IV. FINAL

En las líneas anteriores, he expuesto cómo el Consejo para la Transparencia ha desplegado sus competencias en materia de resolución de casos estos casi cuatro años de labor. La heterogeneidad de las materias abordadas y sus matices hacen que este sea sólo un somero pero ilustrativo panorama. Aún el Consejo debe terminar de afinar algunos criterios, y también deben hacerlo los otros órganos jurisdiccionales que intervienen en la resolución de los casos sobre acceso a la información pública. Particularmente importante es la evolución experimentada por el Tribunal Constitucional, que desde un reconocimiento general del derecho de acceso a la información como derecho implícito en su sentencia Rol 634/2006, de 9 de agosto de 2007, está en sus últimas sentencias (las Roles 1990/2012 y 2153/2012), restándole buena parte del contenido que parecía incluir, al señalar que el “...el acceso

a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre sus actos y resoluciones, sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La Constitución no habla de información (STC 1990/2012)” (considerando 15° STC 2153/2012). El inciso 2° del artículo 8° de la Carta Fundamental transitaría así de ser la base de la transparencia a su techo o límite máximo. Como se ve, se trata de un tema apasionante y aún en evolución. La sociedad y la comunidad académica deben estar atentas a estas inflexiones, pues en ellas se juega parte importante de la calidad de nuestra democracia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- Bernal P., Carlos (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carrasco Q., Edesio y Guerrero V., Eduardo (2012). “Autonomía, control y transparencia: claves para una educación pública de excelencia”. En VV.AA., *Sentencias destacadas 2011*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo.
- Contreras V., Pablo (2009). “Ponderación entre el derecho de acceso a la información pública y el resguardo de la seguridad de la nación”. VI Jornadas de Derecho Administrativo.
- Contreras V., Pablo (2010). Transparencia y leyes secretas en Chile. Estudios Constitucionales, volumen 8, No.2.
- Contreras V., Pablo y Pavón, Andrés (2012). *La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre acceso a la información pública y seguridad de la Nación*. Ius et Praxis, volumen 18, No.2.
- Correa S., Jorge (2011). *La “seguridad de la Nación” y el “interés nacional” como límites a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado*. Consejo para la Transparencia.
- Covarrubias C., Ignacio (2012). *Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada*. En Revista de Derecho PUCV, No.38.
- Feliú, Olga (2012). “El acceso a la información sobre remuneraciones de Televisión Nacional de Chile”. En VV.AA., *Sentencias destacadas 2011*. Santiago: Instituto Libertad y Desarrollo.
- Figueroa Y., Gonzalo. *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas: Código Civil*.

García P., Gonzalo y Contreras V., Pablo (2009). *Derecho de acceso a la información en Chile: nueva regulación e implicancias para el sector de la Defensa Nacional*. En Estudios Constitucionales, año 7, no.1.

Guichot R., Emilio (2007). *Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio*. Revista Catalana de Derecho Público No.35.

Guichot R., Emilio (2009). *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Madrid: Civitas.

López-Ayllón, Sergio y Posadas, Alejandro (2007). *Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada*. En Derecho Comparado de la Información.

Pardow L., Diego y Vallejo G., Rodrigo (2010). “El traje nuevo del emperador: una revisión de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia respecto de las empresas públicas”. En VV.AA., *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales.

Rajevic M., Enrique (2010). “El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente”. En Letelier W., Raúl y Rajevic M., Enrique. *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot.

Rajevic M., Enrique (2010). “El primer año de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia”. En VV.AA., *Transparencia en el ámbito público y privado. Balance y desafíos pendientes*. Santiago: Chile Transparente.

Soto K., Eduardo (2000). *Las sociedades del Estado*. Revista de Derecho Administrativo Económico No.2, julio-diciembre.

JURISPRUDENCIA CITADA:

Corte Suprema, Rol 95-2011, 22 de marzo del 2011.

Corte Suprema, Rol 5746-2011, 13 de marzo del 2012.

Corte Suprema, Rol 7330-2011, 29 de marzo del 2012.

Corte Suprema, Rol 6543-2011, 29 de mayo del 2012.

Corte Suprema, Rol 9314-2011, 12 de noviembre del 2012.

Corte Suprema, Rol 2582-2012, 28 de diciembre del 2012.

Corte Suprema, Rol 4380-2012, 8 de mayo del 2013.

Corte Suprema, Rol 2423-2012, 28 de noviembre del 2012.

Corte Suprema, Rol 2788-2012, 28 de noviembre del 2012.
ICA de Santiago, Rol 4625-2009, 23 de octubre del 2009.
ICA de Santiago, Rol 8131-2009, 14 de junio del 2010.
ICA de Valparaíso, Rol 2361-2009, 14 de junio del 2010.
ICA de Valparaíso, Rol 294-2010, 29 de junio del 2010.
ICA de San Miguel, Rol 132-2009, 22 de julio del 2010.
ICA de Puerto Montt, Rol 395-2010, 27 de enero del 2011.
ICA de Puerto Montt, Rol 906-2010, 13 de febrero del 2012.
Tribunal Constitucional, Rol 519-2006, 5 de junio del 2007.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. En referencia a arbitraje y evaluación de artículos:

- 1.1.** La evaluación de artículos recibidos en Revista de Derecho Universidad Finis Terrae consiste en el envío en forma anónima a un árbitro, quien puede aprobar su publicación, desestimarla o solicitar modificaciones. Si el resultado de su evaluación es negativo, el artículo será sometido a la evaluación de otro árbitro. Si ambos coinciden en rechazar el artículo, este no será publicado. No obstante, si el segundo árbitro considera que el artículo puede ser aceptado, se pedirá la colaboración de un tercer árbitro, que dirimirá la publicación final del artículo.
- 1.2.** El Comité Editorial puede solicitar artículos a investigadores de reconocido prestigio, los cuales estarán exentos de arbitraje.
- 1.3.** El tiempo de evaluación de los artículos recibidos no sobrepasará los cuatro meses.
- 1.4.** La decisión final sobre la publicación del artículo será informada al autor vía correo electrónico, especificando las razones en caso de que sea rechazado.
- 1.5.** Los artículos aprobados serán publicados en el número inmediatamente siguiente después de su aprobación.
- 1.6.** Los autores al enviar sus artículos dan cuenta de la aceptación de entrega de los derechos para la publicación de los trabajos.

1.7. Las opiniones son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Universidad Finis Terrae.

2. En referencia a la presentación de los artículos y reseñas:

2.1. Los artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas deben ser inéditos.

2.2. Los artículos deben incluir título, resumen y tres a cinco palabras clave, en español e inglés, y biografía mínima del autor que contenga sus grados académicos, su actual filiación académica o institucional, sus últimas publicaciones y su correo electrónico.

2.3. La extensión de los artículos no debe sobrepasar las veinticinco páginas formato Word, incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1½, fuente Arial o Times New Roman 12. Las reseñas no deben sobrepasar las cuatro páginas formato Word incluidas las referencias bibliográficas y las notas, a 1 ½ espacio, fuente Arial o Times New Roman 12.

3. En referencia al envío y recepción de los artículos y reseñas:

3.1. Los artículos deben enviarse vía correo electrónico, en formato Word, a la dirección de la revista (calcalde@uft.cl) y el asunto debe ser “Presenta artículo Revista de Derecho UFT”.

3.2. El envío de artículos implica la aceptación de nuestras normas editoriales.

4. En referencia al sistema de citas:

4.1. Sobre la bibliografía citada. Todas las referencias a libros, artículos de revistas, capítulos y formatos electrónicos deberán efectuarse en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Bibliografía citada” se incluirá un listado de todas las obras citadas, ordenadas alfabéticamente por el primer apellido de su autor. En este listado, la referencia a los artículos de revista o capítulos de libros hará indicación de los números de página de inicio y final.

En todas las referencias, se indicarán el apellido y nombre del autor, seguido de un paréntesis que contenga el año de publicación. Posteriormente se escribirá el título de la obra en cursiva.

Finalmente, debe incluirse la ciudad de publicación, la sede editorial y el número de edición, en caso de que haya más de una.

Ejemplos de referencia:

-de libro: Cruz-Coke, Carlos (2009). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, primera edición.

-de traducciones: Le Tourneau, Philippe (2004). *La responsabilidad civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Editorial Legis, tercera edición.

-de capítulo de libro: Colombo, Juan (2001). “La Judicatura: Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. En Navarro, Enrique (edit.), *20 años de la Constitución Chilena 1981-2001*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur Ltda., pp. 535-566.

-de artículo de revista: Silva Cimma, Enrique (2007). *Notas sobre autonomía financiera de la Contraloría General de la República*. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, año XI, N° 11, pp. 49-50.

-de periódico: Uzal, Manuel (2012). “Mi posición sobre el aborto”. Diario *El Mercurio*, 19 de marzo.

-de fuente manuscrita: Archivo Nacional – Fondo Varios (1889). Carta de Domingo Santa María a Pedro Pablo Figueroa, 31 de enero.

-de documentos en formato electrónico: Bermúdez, Jorge (2005). “El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria”. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=arttext&pid=2>>

4.2. Sobre las normas citadas. Se deberán efectuar en notas a pie de página, numeradas consecutivamente. Asimismo, al final del trabajo, bajo el título de “Normas citadas”, se incluirá un listado de todas las referencias legales o normativas efectivamente citadas en el trabajo. Se indicarán, en el caso de una ley, el número de esta, la fecha de su publicación (día, mes y año) y su denominación legal, si la tiene.

Ejemplo: Ley N° 19.880, del 29 de mayo de 2003, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado.

4.3. Sobre la jurisprudencia citada. Las referencias a las sentencias se harán al pie de página, y harán indicación de las partes en cursiva, al año de la sentencia entre paréntesis y, seguido de dos puntos, del tribunal que la haya dictado junto con la fecha de su dictación.

Se sugiere indicar el tipo de acción y procedimiento correspondiente y, si es el caso, la identificación de la sede de edición en que ha sido publicada la sentencia bajo su título completo y las indicaciones de volumen, número o sección, año y página. Las sentencias se deberán ordenar cronológica y alfabéticamente por el nombre de las partes. En su defecto, se deberá señalar a lo menos el tribunal que la haya dictado o su sigla, el rol y la fecha.

Asimismo, se deberá considerar al final del trabajo, en un listado, todas las referencias jurisprudenciales bajo el título de “Jurisprudencia citada”.

Ejemplo:

-*Tamaya con Atocha* (1999): Corte Suprema, 6 de abril de 1999 (acción de nulidad de concesión minera), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 96 (1999), II, sección 7ma, pp.65-73.

-ICA de Santiago, Rol 2275-2010, 23 de noviembre del 2010.

5. En referencia a resúmenes y palabras clave:

5.1. El resumen debe contener la información básica del documento original y, dentro de lo posible, conservar la estructura del mismo. No debe sobrepasar las quince líneas. El contenido del resumen es más significativo que su extensión.

5.2. El resumen debe empezar con una frase que represente la idea o tema principal del artículo, a no ser que ya quede expresada en el título. Debe indicar la forma en que el autor trata el tema o la naturaleza del trabajo descrito con términos tales como estudio teórico, análisis de un caso, informe sobre el estado de la cuestión, etcétera.

5.3. Debe redactarse en frases completas, utilizando las palabras de transición que sean necesarias para que el texto resultante sea coherente. Siempre que sea posible deben emplearse verbos en voz activa, ya que esto contribuye a una redacción clara, breve y precisa.

5.4. Las palabras clave deben ser conceptos significativos tomados del texto que ayuden en la indexación del artículo y a la recuperación automatizada. Debe evitarse el uso de términos poco frecuentes, acrónimos y siglas.

ACTIVIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO 2010-2011

ACTIVIDADES 2010

1. Charla “responsabilidad penal de la persona jurídica

El 13 de enero, se realizó la charla sobre el tema “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, la que estuvo dirigida a ex alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae y que fuera dictada por el decano, profesor Miguel Schweitzer.

2. Charla “desafíos para la transparencia en el cambio de mando”

El 22 de marzo, se realizó la charla “Desafíos para la transparencia en el cambio de mando”, dirigida principalmente a abogados de instituciones públicas y privadas, donde expuso Juan Pablo Olmedo, Presidente del Consejo para la Transparencia. Fue inaugurada por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

3. Curso de Licenciatura

El 1ª de abril, se inició el Curso de Licenciatura dirigido a ex alumnos, con el objeto de prepararlos para rendir su examen de grado.

4. Magíster en Derecho Público

El 6 de abril, se inició la primera versión del “Magíster en Derecho Público”, dirigido a abogados que se desempeñen en cargos públicos y municipales con rango de jefatura o directivo y abogados vinculados al sector público. Su objetivo es entregar bases teóricas, normativas y prácticas, para un adecuado cumplimiento de los principios y normas conducentes al ejercicio de las funciones públicas, sometiéndose a los estándares imperantes de probidad y transparencia. Revisar el marco constitucional y legal aplicable en esta materia, en el ámbito económico y de las acciones judiciales tendientes a determinar las responsabilidades políticas, civiles, penales y administrativas. Fue inaugurado por Ramiro Mendoza Z., Contralor General de la República y el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

5. Seminario “Nueva Ley de Propiedad Intelectual”

El 6 de mayo, se realizó el seminario “Nueva Ley de Propiedad Intelectual”, el que estuvo dirigido principalmente a abogados que ejercen o asesoran en el área de propiedad intelectual. Expusieron Jorge Mahú, Director de Estudios de la Sociedad Chilena de Derechos de Autor; Rodrigo León, abogado asociado de Silva & Cía., y Rodrigo Velasco, socio de Alessandri y Compañía.

6. Seminario “quién responde por los daños en el Terremoto”

El 11 de mayo, se llevó a cabo el seminario “Quién responde por los daños en el Terremoto”. Fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, donde expusieron Fernando Pérez, Jefe de la División Protección del Asegurado de la Superintendencia de Valores y Seguros; Germán Concha, socio de Schweitzer y Cía., y Rodrigo Barcia, profesor de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae. Los participantes tuvieron oportunidad de hacer preguntas a los expositores y debatir sobre los temas tratados.

7. Diplomado en financiamiento de la empresa

El 1 de junio, se dio inicio, por segundo año consecutivo, el diplomado en “Financiamiento de la empresa”, orientado a abogados, contadores, ingenieros comerciales y, en general, a todo profesional ligado al mundo de las finanzas que se desempeñe tanto en el ámbito legal como en bancas de inversión y gerencias de finanzas. Su objetivo es proporcionar a los alumnos un marco conceptual y práctico altamente especializado del financiamiento de la empresa, combinando las perspectivas normativas tributarias y de negocios.

8. Diplomado en Litigación Oral

El 6 de julio, se dio inicio a la tercera versión del diplomado en Litigación Oral, con mención en Procesal Penal, Familia y Laboral. El objetivo principal es que sus alumnos se preparen adecuadamente para actuar en juicios orales, incrementando significativamente sus posibilidades de éxito al momento de litigar ante los Tribunales de Justicia. Fue inaugurado con una clase magistral, dictada por el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, profesor Miguel Schweitzer.

9. Diplomado en Propiedad Intelectual

El 13 de julio, se dio inicio a la tercera versión del diplomado en Propiedad Intelectual, dirigido a abogados, consultores, funcionarios de instituciones públicas y privadas que ejerzan o asesoren en el área de la

propiedad intelectual, derechos de autor, patentes, marcas, derechos de la competencia y transferencias de tecnología. Su objetivo es formar ejecutivos y profesionales con un alto nivel de conocimiento en propiedad intelectual, entregándoles herramientas necesarias para desarrollar actividades de investigación, docencia, análisis y evaluación, además de brindarles una formación más profunda y actualizada a aquellos profesionales que deseen ampliar conocimientos en la materia y deseen tener perspectivas laborales relacionadas que les permitan fortalecer su formación académica. Fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

10. Diplomado en Derecho Aduanero

El 2 de agosto, se dio inicio a la primera versión del diplomado en “Derecho Aduanero”, el que está orientado a abogados de áreas vinculadas con el desarrollo del Derecho Aduanero, tales como negocios internacionales, comercio exterior, materia penal, ámbito tributario y, en especial, a aquellos profesionales que desempeñan o que desempeñarán funciones en el marco de la nueva justicia tributaria aduanera ya vigente en nuestro país, ya sea como litigantes o bien como funcionarios de los órganos públicos que ahí intervienen. El objetivo es formar profesionales con un alto grado de especialización en materia de derecho aduanero, capacitándolos para desempeñarse con éxito en el ámbito del actual y del nuevo procedimiento, tanto desde el punto de vista de la judicatura como de la litigación y ejercicio en general de esta materia. Fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, y el director académico del diplomado, el profesor Rodrigo Ríos.

11. Revista de Derecho N° 13

El 18 de agosto, se realizó la presentación de la Revista de Derecho N° 13, dedicada a temas de Derecho Civil. La publicación, de carácter monográfico, contiene estudios de Derecho de Filiación, Derecho de la Ancianidad y Jurisprudencia. La Revista fue coordinada por Fabiola Lathrop Gómez, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

12. Seminario “Situación de las Isapres, después del fallo del Tribunal Constitucional”

El 30 de agosto, se llevó a cabo el seminario “Situación de las Isapres, después del fallo del Tribunal Constitucional”. Fue inaugurado por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, y contó con la participación de los siguientes expositores:

Luis Romero, Superintendente de Salud; Jorge Burgos, diputado; Hernán Doren, Presidente de la Asociación de Isapres, y Rodrigo Barcia, profesor e investigador de la Universidad Finis Terrae. Los asistentes tuvieron oportunidad de formular preguntas y debatir sobre el tema.

13. Concurso proyecto de ley

El 28 de septiembre y por séptimo año consecutivo, la Facultad de Derecho, en conjunto con la Facultad de Educación y Ciencias de la Familia y el Departamento de Admisión, organizaron el concurso “Presenta tu proyecto de ley al Congreso”, donde se invitó a participar a alumnos de tercero y cuarto medio. El tema de este año fue “Los incentivos para la solidaridad en la reconstrucción”. Los proyectos seleccionados se presentaron ante un jurado integrado por Nicolás Cubillos, rector de la Universidad Finis Terrae; Enrique Barros, Presidente del Colegio de Abogados; Francisco Huidobro, asesor legislativo del diputado Felipe Salaverry, y por los decanos de Derecho y Educación y Ciencias de la Familia, Miguel Schweitzer y Luz María Budge, respectivamente.

14. Seminario “Derecho Tributario y Económico de Familia”

El 7 de octubre, se realizó el seminario “Derecho Tributario y Económico de Familia”, dirigido a ex alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, donde expusieron José Manuel Tejerizo, abogado de la Universidad de Salamanca y doctor en Derecho de la Universidad de Bolonia, y Rodrigo Barcia, abogado y doctor en Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, y profesor de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae.

15. Inauguración sala de Litigación Oral

El 26 de octubre, se inaugura la sala de “Litigación Oral”, la que fue bendecida por el padre Patricio Hernández, L.C., contando con la presencia de autoridades de la universidad, alumnos y exalumnos de la Facultad de Derecho.

16. Seminario “Energía y medio ambiente”

El 15 de noviembre, se realizó el seminario “Energía y medio ambiente”, inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, y el profesor de Derecho Ambiental, Fernando Molina. Expusieron Marcelo Tokman, Vicepresidente para Sudamérica de Vestas; Ricardo Katz, Director Gerente de Gestión Ambiental Consultores; Bernardo Larraín, Gerente General de Colbún; Arturo Brandt, abogado grupo Vial y representante para América Latina TFS Green; Mauricio Llamas, profesor Universidad de Anáhuac, socio de Environ Law y Kevin Jones, profesor de Vermont Law School.

17. Charla “Chile y la Santa Sede en el año del Bicentenario”

El 23 de noviembre, se realizó la charla “Chile y la Santa Sede en el Año del Bicentenario”, donde expuso Pablo Cabrera, Director de la Academia Diplomática de Chile. En la ocasión, se presentó el libro “Derecho Diplomático, Consular y de las Organizaciones Internacionales” de Ana María Maklouf.

ACTIVIDADES 2011

1. Presentación libro “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege - Homenaje a grandes penalistas chilenos”

El 17 de marzo, se realizó la presentación del libro “Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege”, obra coordinada por Miguel Schweitzer W. El motivo que se tuvo a la vista, fue rendir tributo a una generación de profesores de Derecho Penal ya fallecidos, que con sus trabajos, investigaciones y labor docente, dieron trascendencia y categoría a esta rama del derecho

El “Libro de Homenaje” convocó a un grupo de profesores de Derecho Penal, quienes contribuyeron con artículos sobre distintos tópicos que hubiesen estudiado, para reunirlos en una publicación que sirviera de reconocimiento de la academia a este grupo de meritorios penalistas ya fallecidos: Álvaro Bunster B., Juan Bustos R., Luis Cousiño Mac Iver, Francisco Grisolia C., Gustavo Labatuf G., Eduardo Novoa M., Sergio Politoff L., Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Miguel Schweitzer S., Sergio Yáñez P., Julio Zenteno V.

Los autores que colaboraron con sus artículos en esta publicación: Vivian Bullemore G.: “La relación médico paciente como integrante de la lex artis”; Raúl Carnevali R. y Eva Källman: “La importancia de los grupos en el comportamiento juvenil”; Enrique Cury U.: “Sobre el dolo eventual como forma básica del dolo en general”; Alfredo Etcheberry O.: “Consideraciones sobre el error”; Álvaro Fernández D.: “Miguel Schweitzer Speisky: Penalista”; Mario Garrido M. y Álvaro Castro M.: “Delincuencia medioambiental en Chile: Alcances de una normativa inaplicable”; Carlos Künsemüller L.: “Societas delinquere non potest” “Societas delinquere potest”; Jean Pierre Matus A.: “Sergio Yáñez, obra e influencia en la dogmática chilena actual”; Jaime Náquira R.: “¿Autoría y participación en el delito imprudente?”; Enrique Navarro B.: “Principios que rigen en materia de derecho administrativo sancionador reconocidos por la jurisprudencia constitucional chilena”; Guillermo Oliver C.: “¿Constituye un orden de prelación el listado de causas

de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del Código Procesal Penal?"; Luis Ortiz Q.: "Dolo y conciencia del injusto en la ley penal chilena"; Juan Ignacio Piña R.: "La función del Derecho Penal. Breves consideraciones sobre un problema clásico"; y Miguel Schweitzer W.: "El eterno conflicto entre libertad de expresión y el derecho a la privacidad y el honor de las personas".

2. Curso de Licenciatura

El 4 de abril, se inició el Curso de Licenciatura dirigido a exalumnos, con el objeto de prepararlos para rendir su examen de grado.

3. Magíster en Derecho Público

El 5 de abril, se inició la segunda versión del "Magíster en Derecho Público". La relevancia que ha tomado el Derecho Administrativo en los últimos años, en cuanto a la profesionalización de la política y los cargos de alta administración pública, la probidad y transparencia en el ejercicio de la función administrativa, la regulación de los servicios públicos y de los monopolios naturales, hacen necesario crear un espacio para la especialización en estos temas, aportando en la formación teórica y práctica de quienes quieran ejercer o ejerzan su profesión, ya sea directamente o en calidad de asesor en alguna de estas áreas. Fue inaugurado por el Contralor General de la República, Ramiro Mendoza Z., y el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

4. Seminario internacional "Los derechos fundamentales de las personas mayores, evaluación y perspectivas"

EL 12 de mayo, la Facultad de Derecho en conjunto con SENAMA organizaron el seminario internacional: Los derechos fundamentales de las personas mayores, evaluación y perspectivas. Fue inaugurado por Nicolás Cubillos, rector de la Universidad Finis Terrae; con la participación de Rosa Kornfeld, Directora Nacional del Servicio Nacional del Adulto Mayor; Ernesto Silva, diputado y miembro de la Comisión Adulto Mayor; Claudio Valdivia, Director de la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana, y Miguel Schweitzer, decano Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae. Los tres módulos del seminario contaron, además, con los relatores Iadya Maio, abogada, fiscal de Brasil; Ángela Arenas, directora del Instituto de Bioética de la Universidad Finis Terrae; Rodrigo Barcia, profesor investigador de la Facultad de Derecho Universidad Finis Terrae; Elizabeth Carrasco, abogada y docente de la Clínica Jurídica Universidad Finis Terrae, y Francisco Arce, egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Tania Mora, encargada de la unidad jurídica del SENAMA, expuso sobre el programa de maltrato Senama; Carola Ahengo, mayor de Carabineros, se

refirió a la protección de la familia de Carabineros, y Cornelio Villarroel, Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, expuso sobre maltrato a la persona mayor y Tribunales de Justicia.

Ana María Correa, asistente social y Directora Ejecutiva de CENFA, presentó el postítulo y diplomado en Mediación Adulto Mayor.

Los asistentes tuvieron oportunidad de formular preguntas a los expositores y debatir sobre los puntos tratados.

5. Seminario “Proyecto de Ley de Reforma al Régimen de Sociedad Conyugal”

El 19 de mayo, se realizó el seminario “Proyecto de Ley de Reforma al Régimen de Sociedad Conyugal”, el que fue inaugurado por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, actividad dirigida principalmente a los ex alumnos de la Facultad y donde expusieron Francisca Jünemann, asesora legal del Servicio Nacional de la Mujer; Juan Andrés Celis y Juan Andrés Orrego, profesores de Derecho Civil de la Universidad Finis Terrae, y Rodrigo Barcia, profesor investigador Universidad Finis Terrae. Posteriormente, se realizó una mesa redonda.

6. Diplomado “Probidad y transparencia en la Administración del Estado”

El 24 de mayo, se dio inicio a la tercera versión del diplomado en “Probidad y transparencia en la Administración del Estado”. El objetivo es proporcionar a los alumnos un marco teórico, normativo y práctico de los principios y normas aplicables en el servicio y la gestión pública. Esto les permitirá profundizar las competencias necesarias para asesorar, tomar decisiones y desempeñarse responsablemente en el ejercicio cotidiano de la función pública. Todo lo anterior, de acuerdo a los criterios imperantes de probidad y transparencia.

7. Seminario “Minería y medio ambiente”

El 26 de mayo, se realizó el seminario “Minería y medio ambiente”, el que trató temas como minería sustentable, cambio climático y legislación. Fue inaugurado por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, con la participación de Ricardo Irrázabal, subsecretario del medio ambiente; Jaime Orpis, senador de la República, y Gustavo Pössel, gerente de medio ambiente Antofagasta Minerals. Los asistentes tuvieron la oportunidad de formular preguntas a los expositores.

8. Diplomado Derecho Aduanero

El 7 de junio, se dio inicio a la segunda versión del diplomado en Derecho Aduanero, el cual fue inaugurado por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, y el director académico del programa, Rodrigo Ríos.

9. Diplomado “Litigación Oral con mención en Derecho Procesal Penal y Laboral”

El 5 de julio, se inició por cuarto año consecutivo el diplomado “Litigación Oral” con mención en Derecho Procesal y Laboral, debido al interés y necesidad de preparación técnica y jurídica de los abogados que litigan oralmente, tanto en los tribunales de justicia como en los Tribunales Superiores. Un módulo inicial en destrezas técnicas de expresión y comunicación oral precede a los que profundizan en los dos ámbitos jurídico-procesales señalados. El cuerpo docente del diplomado lo integran profesores de amplia y conocida trayectoria en el ámbito judicial, así como fiscales, defensores, jueces y ministros de nuestro Poder Judicial, quienes instruirán y guiarán a los alumnos en el arte de litigar.

10. Curso preparación del recurso de casación

El 19 de julio, se inició el curso “Preparación del recurso de casación” especialización gratuita para los exalumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, el que se realizó en cinco sesiones de tres horas cronológicas cada una de ellas, contando con un destacado cuerpo docente. El decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer, dio la bienvenida a los participantes.

11. Seminario “Derechos del consumidor. ¿Hasta dónde puede llegar el Sernac?”

El 8 de septiembre, se llevó a cabo el seminario “Derechos del consumidor. ¿Hasta dónde puede llegar el Sernac?”, donde actores relevantes en esta materia expusieron sobre las limitaciones, implicancias y gestión del Servicio Nacional del Consumidor, como también las dificultades que se deben enfrentar cuando la defensa se realiza por medio de los mismos consumidores y no existe un abogado en los juicios. Expusieron Juan Antonio Peribonio, director del Servicio Nacional del Consumidor; Cristián García Huidobro, secretario general de la Cámara de Comercio de Santiago, y Sergio Villalobos, juez de Policía Local de Vitacura. El seminario fue inaugurado por Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

12. Diplomado en evaluación ambiental de proyectos y derecho ambiental

El 20 de septiembre, se dio inicio a la primera versión del “Diplomado en evaluación ambiental de proyectos y derecho ambiental”.

Las recientes modificaciones introducidas a la legislación vigente y a la institucionalidad ambiental, sin duda, implicarán nuevos requerimientos y desafíos a la gestión de la empresa privada, así como a las autoridades llamadas a implementar y aplicar estas nuevas disposiciones.

En este marco, resulta indispensable conocer y analizar los principales instrumentos de gestión ambiental vigentes en Chile. En vista de lo anterior, y reconociendo que el SEIA es sólo uno de los instrumentos de gestión ambiental incorporados por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, dada su importancia e impacto en la empresa privada, se propone el presente diplomado.

El diplomado fue inaugurado por el decano de la Facultad, Miguel Schweitzer, y el director académico del diplomado, Juan José Eyzaguirre.

13. Presentación libro “Tratamiento legal de las ganancias ilícitas en Chile”

El 27 de septiembre, se realizó la presentación del libro “Tratamiento legal de las ganancias ilícitas en Chile”, de los autores Pablo Ortiz y Rodrigo Ríos, profesores de la Universidad Finis Terrae. La obra fue presentada por Ximena Chong, fiscal jefe de la Fiscalía de Delitos Económicos, y funcionarios de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte, donde, además, expusieron Rodrigo Aldoney, doctor en Derecho por la Universidad Albert Ludwing de Friburgo de Brisgovia, y Gonzalo Medina, doctor en Derecho por la Universidad Albert Ludwing de Friburgo de Brisgovia.

14. Segunda Jornada de Derecho Civil

El 20 de octubre, se llevó a cabo la “Segunda Jornada de Derecho Civil”, con la participación de alumnos de Derecho de universidades, donde presentaron ponencias en el área de Derecho Privado, particularmente, Civil y Comercial.

El primer lugar, lo obtuvo el alumno Iván Castro Pinochet de la Universidad Finis Terrae.

15. Concurso presenta tu proyecto de ley al Congreso

El 24 de octubre y por octavo año consecutivo, la Facultad de Derecho, la Facultad de Educación y Ciencias de la Familia y el Departamento de

Admisión, organizaron el concurso “Presenta tu proyecto de ley”, donde se invitó a participar a alumnos de tercero y cuarto medio. El tema de este año fue “Energía y medio ambiente. Incentivos para la conservación del patrimonio medioambiental”. Los proyectos seleccionados se presentaron ante un jurado integrado por Enrique Barros, presidente del Colegio de Abogados; Francisco Huidobro, asesor legislativo de la Cámara de Diputados; Nicolás Cubillos, rector de la Universidad Finis Terrae, y Miguel Schweitzer, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

El primer lugar lo obtuvo el alumno Javier Molinos del Colegio Apoquindo Masculino.

16. Presentación libro “Los dos mundos del Nuevo Mundo”

El 7 de noviembre, tuvo lugar la presentación del libro “Los dos mundos del Nuevo Mundo” del profesor emérito de Boston University y La Trobe University, Claudio Véliz. La obra fue comentada por la historiadora y cientista política Lucía Santa Cruz, por el historiador Joaquín Fernandois, por el dramaturgo y director de la Escuela de Literatura de la Universidad Finis Terrae, Marco Antonio de la Parra, y por el decano de la Facultad de Derecho, Miguel Schweitzer.

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

TRANSPARENCIA
Y ACCESO A LA INFORMACIÓN