

## **Informe en Derecho**

**Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración y su relación con la información entregada por particulares**

**Tomas Vial Solar**

**Diciembre 2010**

## Índice

|  |    |
|--|----|
| Introducción   | 4  |
| Parte I.        Constitucionalidad del Inciso 2° del Artículo 5°   | 5  |
| 1.        El Potencial problema constitucional: contradicción con el tenor del artículo 8° de la Constitución          | 5  |
| 2.        El artículo 8° y su interpretación.  | 5  |
| 3.        Chile como república democrática.  | 9  |
| 4.        El derecho de acceso a la información.   | 10 |
| 4.1       Derechos implícitos en el derecho constitucional chileno   | 10 |
| 4.2       Fundamentos del derecho de acceso a la información   | 13 |
| a.       En el derecho internacional de los derechos humanos   | 13 |
| b.       En nuestro derecho constitucional   | 15 |
| c.       Síntesis de las justificaciones del derecho   | 17 |
| 4.3       Contenido del derecho de acceso a la información   | 17 |
| a.       Normas de derecho internacional   | 17 |
| b.       Normas de derecho comparado   | 19 |
| c.       Contenido del derecho de acceso en la Ley de Transparencia  | 23 |
| 5.        Conclusiones a la primera parte  | 24 |
| 6.        Interpretación literal e jurisprudencia constitucional sistemática   | 25 |
| Parte II        Información Privada y Principio de Publicidad  | 30 |
| 1.        Determinación del problema   | 30 |
| 2.        Distinción entre información relativa a particulares e información garantizada por el derecho constitucional | 30 |
| 3.        Los casos de conflicto entre publicidad e información protegida constitucionalmente                          | 32 |
| 4.        Procedimiento para la determinación de que es publicable o mantenible en secreto o reserva                   | 34 |
| 4.1       Improcedencia constitucional   | 34 |
| 4.2       Improcedencia legal  | 36 |
| 5.        Criterios substantivos   | 37 |
| 5.1       No afectación de los derechos constitucionales de terceros   | 37 |
| 5.2       Ponderación y proporcionalidad   | 38 |
| 5.3       Ponderación, test del daño e interés público   | 41 |
| 6.        ¿Está limitada la información pública al ejercicio de las funciones públicas?                                | 42 |
| 7.        ¿Se transforma en pública la información personal por el sólo hecho de estar en manos de un sujeto obligado  | 43 |
| 8.        Conclusiones a la segunda parte  | 43 |
| Parte III.      La historia fidedigna de inciso segundo del artículo 5°.   | 46 |
| 1.        Primer trámite constitucional: el Senado   | 46 |

|                                       |  |    |
|---------------------------------------|--|----|
| 1.1                                   | Moción parlamentaria   | 46 |
| 1.2                                   | Segundo informe de la Comisión de Gobierno                     | 46 |
| 1.3                                   | Discusión en sala  | 46 |
| 2.                                    | Segundo trámite constitucional: la Cámara de Diputados         | 48 |
| 2.1                                   | Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia | 48 |
| 3.                                    | Comisión Mixta   | 49 |
| 4.                                    | Observaciones  | 49 |
| Parte IV. Análisis de jurisprudencia. |  | 51 |
| 1.                                    | Decisiones del Consejo de la Transparencia.                    | 51 |
| 1.1                                   | Decisiones.  | 51 |
| 1.2                                   | Conclusiones preliminares                                      | 54 |
| 2.                                    | Dictámenes de la Contraloría General de la República           | 54 |
| 3.                                    | Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones                    | 54 |
| 3.1                                   | Caso Fundación Futuro  | 55 |
| 3.2                                   | Caso OXXEAN  | 58 |
| Conclusiones Finales                  |  | 61 |

## **Introducción**

Se me ha solicitado por el Consejo para la Transparencia confeccionar un informe en derecho relativo a la publicidad de la información de particulares que esté en poder de la Administración Pública, revisando el alcance y constitucionalidad de la frase del artículo 5º, inciso segundo, de la Ley 20.285, “Toda información que obre en poder de los órganos de la Administración”.

A fin de llevar a cabo este cometido este trabajo se dividirá en cuatro partes. La parte I desarrolla si acaso la norma del inciso 2º es consistente con la Constitución, pese a extender la publicidad a aspectos que van más allá del texto del artículo 8º de la Norma Fundamental. Para ello estudiará el contenido del artículo 8º de la Constitución para luego analizar si acaso la norma legal posee otros fundamentos constitucionales plausibles.

La parte II analiza las diversas situaciones en que se puede encontrar la información de particulares que este en poder de la Administración, para luego revisar cómo debe entenderse constitucional y legalmente esa información y su relación con el principio de publicidad de la misma.

Luego, en la parte III se considerará la historia fidedigna de la norma. La parte IV sintetizará las conclusiones que se pueden extraer del estudio de la jurisprudencia del Consejo, de la Contraloría, el Tribunal Constitucional y de los Tribunales de Justicia.

Se finaliza con unas conclusiones.

## **Parte I**

### **Constitucionalidad del Inciso 2° del Artículo 5°.**

#### **1. El potencial problema constitucional: contradicción con el tenor del artículo 8° de la Constitución.**

La cuestión de la constitucionalidad de la norma del artículo 5° de la ley 20.285, en su segundo inciso, se puede producir porque ella agrega una situación de publicidad no contemplada en el artículo 8° de la Constitución. A fin de responderla, se examinará primero el sentido y alcance de la norma constitucional y luego los argumentos para fundar en la Constitución la norma en cuestión.

#### **2. El artículo 8° y su interpretación.**

Mediante la Ley N° 20.050 de 26 de agosto del 2005, se introdujo un nuevo artículo 8° en la Constitución Política de la República, cuyo texto señala que:

Artículo 8.º El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

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 éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Como se aprecia de lectura del texto lo que se declara público son:

- a. Los actos y resoluciones de los órganos del Estado;
- b. Sus fundamentos;
- c. Los procedimientos que se utilicen.

Como hemos señalado en otra ocasión<sup>1</sup> el uso de estos términos, en particular, la palabra acto, como se verá, ofrece dificultades de interpretación que pueden limitar gravemente el alcance del acceso a la información en manos del Estado. Esas dificultades derivan de haber entendido el acceso a la información, ya no respecto a la información que está en poder del Estado, sino que respecto a las acciones estatales. Como se apreciará, en esto la norma constitucional chilena se convierte en una excepción dentro del derecho comparado.

Sin embargo, es igualmente necesario definir qué se entiende por cada término, pues ello determina en forma muy relevante el alcance del principio de publicidad. En la discusión

---

<sup>1</sup> “El Nuevo Artículo 8°. Probidad antes que el Derecho a la Información. Principios y no Derecho”, en conjunto con Domingo Lovera, XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, U. de Valparaíso, EDEVAL (2006) p. 501.

sobre el proyecto de ley que modifica la Ley de Bases de la Administración (Nº Boletín 3773-06) iniciado por moción de los senadores Larraín y Gazmuri, en la sesión 38, del 4 de octubre del presente, se alegó por los senadores Zaldivar y Viera-Gallo que el término “acto” debía ser entendido de acuerdo a lo que se definía en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, Ley Nº 19.880. Esta ley, en su artículo 3º señala que son actos administrativos las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contengan declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Pese a que expresado en esta forma la palabra acto parece ser bastante comprehensiva, el inciso siguiente de la misma norma viene a reducir su alcance, pues señala que los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones. Si esta precisión se empleara para determinar el alcance del precepto constitucional, sin duda que ello reduciría en forma grave el acceso a la información en manos del Estado, pues es claro que hay mucha información que está en manos del Estado que no se expresa ni en decretos ni en resoluciones, ni tampoco puede ser incluida en los fundamentos de aquéllos. Así, por ejemplo, el Banco Central realiza constantemente estudios, los que bajo esta acepción no serían de acceso público por no haber sido necesariamente el fundamento de una resolución de ese órgano.

La situación puede no ser tan crítica si se toma en cuenta lo siguiente. Pese a que la antes mencionada fue la única acepción de acto administrativo que se propuso y discutió en ese debate, el mismo artículo 3º de la Ley de Procedimiento Administrativo, en su inciso sexto, amplía la definición de lo que es un acto a los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias. De esta manera, los términos legales aludidos parecen ser lo suficientemente amplios como para abarcar un amplio espectro de información. Así, se podría pensar que un informe fiscalizador de un funcionario, es una declaración de constancia, pues lo que hace es establecer un cierto estado de cosas, es decir, dejar constancia de ello. Lo mismo con cualquier estudio que se realice por un funcionario del Estado. Ellos constituyen declaraciones en las que se mezcla el juicio con la constancia.

Sin embargo, un término constitucional como éste debe ser definido primeramente, en relación y concordancia con el propio texto constitucional. Y en la Constitución numerosas veces se emplea el término actos, para referirse a diversas actuaciones de autoridades del Estado. Así, el artículo 7º, habla de los “actos” que contravengan los requisitos de validez de los actos del Estado serán nulos. De esto se sigue que hay actos que no necesariamente están juridificados en todos sus aspectos pero que aún así es un “acto del Estado”. Es decir, un acto de una autoridad pública que sea efectuado fuera de su competencia o sin las formalidades que la Constitución o la ley imponen aún son actos del Estado, sólo que es nulo. Y por ello genera responsabilidad.

Pero, para lo que nos preocupa, este acto nulo, en cuanto a su contenido y forma, aún irregular en la forma en que se gestó, es público. De hecho, es justamente este acceso amplio a los actos entendidos de esta forma lo que permitiría que se demostrara que el acto es nulo. La publicidad es por eso una herramienta esencial para fiscalizar el correcto desempeño de las autoridades. Alegar que un acto nulo no es un “acto del Estado” y, que

por consiguiente, no se tendría acceso a la información pertinente sería profitar del propio dolo o error.

El término resoluciones es más específico que el de actos y se debe entender como comprendido dentro de aquéllos, por lo que parece no ser más que una redundancia. No así la expresión procedimientos. Estos están relacionados con los actos. Si el término acto se entiende en un sentido amplio, la expresión procedimiento también lo debe ser, significando la forma, pasos, actuaciones, etapas, decisiones, documentos que formaron parte del proceso de toma de decisión. Respecto a los procedimientos en la misma sesión del Senado antes mencionada se señaló por parte del Senador Viera-Gallo que la publicidad de los mismos podía entenderse de dos formas. Una, que implicara que los ciudadanos tendrían derecho a estar presentes físicamente en todos los procedimientos de toma de decisiones. La otra, que la publicidad residiría en que se supiera cómo se decidió, alternativa ante la cual se inclinaba como la correcta. En esta materia parece que lo relevante, a fin de asegurar el control por un espectro amplio de los ciudadanos, es que la publicidad se refiera al conocimiento de cómo se realizaron los diversos actos del Estado. A este respecto, cabe decir que un derecho general a presenciar físicamente la toma de decisiones, aparte de engorroso, no conduce necesariamente a este objeto. Esto, sin perjuicio de que en ciertas instancias decisorias, particularmente aquellas integradas por representantes elegidos, se reconozca también la apertura de ellas a los ciudadanos, tal como hoy lo contempla el artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone que las reuniones del concejo comunal serán públicas.

Sin embargo, aún con la interpretación más generosa de estos términos es posible imaginar información, documentos, que no caen en ninguna de esas categorías. Por ejemplo, la información recolectada por la administración en procesos fiscalizadores antes que se dicte resolución alguna. Esa información puede permanecer en ese estado indefinidamente, pues perfectamente puede darse el caso de que no se resuelva hacer nada con ella. Sin embargo, ella está en manos de un organismo de la Administración.

Los casos en que la Administración puede recabar o recibir información de las personas son múltiples. En todos aquellos en que esa información no se relacione en forma más o menos directa con un acto o resolución surge entonces la duda de si el artículo 5º es consistente con la Constitución en permitir su publicación.

Ejemplo de esto son los casos de peticiones de información ante órganos de la Administración. Así, por ejemplo, en *Gonzáles Con Gendarmería*,<sup>2</sup> un caso producido a raíz de una petición de información que hace Felipe Gonzáles, como director del programa de interés público de la facultad de derecho de la Universidad Diego Portales a Gendarmería de Chile, la policía encargada de la custodia de las prisiones, a fin de obtener información necesaria para elaborar el informe anual de derechos humanos producido por la misma entidad académica.

---

<sup>2</sup> Gonzáles con Gendarmería, Sentencia del 31 de agosto del 2005, rol 12090/2004, decimosexto juzgado civil de Santiago.

La información solicitada consistía en:

- 1) Información estadística acerca del número de plazas con que cuenta el sistema penitenciario chileno y la población penal existente al primer semestre del año 2004, segregada por región, sexo y estado procesal de los reclusos (detenidos, procesados o imputados, condenados y bajo arresto nocturno)
- 2) Información acerca de los sumarios administrativos seguidos contra funcionarios de Gendarmería de Chile –iniciados y/o terminados en 2004– con indicación de las causas que los motivaron (respecto de aquello en actual tramitación) y los resultados verificados a su término (sanciones, absoluciones, medidas adoptadas, etc.) También, información respecto de la vía de inicio de tales sumarios (denuncias de reclusos, control disciplinario, fugas, etc.)
- 3) Información respecto de las acciones judiciales intentadas contra Gendarmería de Chile (recursos de protección, amparo, querellas criminales) en razón de la tutela de los derechos de los reclusos (derecho a la integridad física y síquica, a la salud, etc.)
- 4) Información estadística acerca del número de decesos de internos al interior de los recintos penitenciarios, con indicación de la causa de su muerte, diferenciado por región, durante los años 2003 y 2004.

De la lectura de la petición se puede concluir que parte de la solicitud estaba o se podía subsumir sin mayor dificultad dentro la definición de actos y resoluciones. Por ejemplo, aquella relativa a los sumarios administrativos. Pero la información estadística no sería fácil ni obvia para el peticionario relacionarla con un acto o una resolución específica.

En el caso en cuestión el tribunal dará lugar a la demanda señalando que la materia a que ella se refiere *constituye sin duda información con la que debe contar dicho órgano de la Administración para cumplir sus funciones de planificación, readaptación, tratamiento en el medio libre y con los planes y/ o programas que dicho ente debe ejecutar dentro del cumplimiento de sus tareas y funciones*”.

Como se puede apreciar, entonces, se pueden dar casos en que ninguno de los términos del artículo 8° de sustento constitucional a la información que está en manos del órgano de la Administración, por lo que ante una petición de información se puede llegar a cuestionar la base constitucional del inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia en razón de extender el principio de publicidad a casos no contemplados en la Constitución.

A fin de responder a este posible cuestionamiento será necesario revisar si acaso las normas de publicidad de rango legal poseen como único sustento el artículo 8° de la Constitución o si acaso ellas poseen un fundamento constitucional más amplio que esa norma. Dos, al menos, son las fuentes adicionales de rango constitucional de igual o, en verdad diríamos, mayor fuerza, que se pueden proponer. La primera es la definición sustancial de que Chile es una república democrática y la segunda es relativa al contenido propio del derecho a la información y su necesario reconocimiento y protección legal.

### 3. Chile como República Democrática.

El artículo 4º de la Constitución es el más breve de su texto pero sin duda uno de los más sustantivos, al afirmar que Chile es una república democrática.

Como señala la profesora Ángela Vivanco, la “república se caracteriza por los principios de efectividad, la periodicidad y la responsabilidad que alcanzan las autoridades que existen en el país”<sup>3</sup>. Respecto al concepto de democracia, que posee muchas definiciones, sin duda que la más comprensiva de ellas, como bien señala el profesor Alejandro Silva Bascuñán, es la dada por el presidente norteamericano Abraham Lincoln, como el “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.<sup>4</sup>

Tanto la una como la otra están fundadas y estructuradas en torno a una serie de derechos de carácter político. Así, no se puede hablar de democracia sin que ésta considere los derechos de la participación popular, tales como el derecho a votar y a ser elegido, y los derechos de asociación, reunión y expresión. Ambos conceptos presuponen necesariamente un ámbito de apertura, de publicidad de lo que el gobierno efectúa.

Así lo comprendió claramente la Corte Interamericana cuando en *Claude vs. Chile*, en su considerando 87, señala, que:

*“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. 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.”*

La estrecha relación entre el sistema político y el acceso a la información fue también claramente expuesta por el propio Tribunal Constitucional al decir, en su fallo Rol 634<sup>5</sup>, considerando 9º, para fundar el derecho de acceso, que:

*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*

<sup>3</sup> Ángela Vivanco, Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile (2006), p. 83.

<sup>4</sup> Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, (2º ed., 1997) p. 87.

<sup>5</sup> Requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 13 de la Ley Nº 18.575, presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa caratulada "Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas", Rol Nº 2336-06, seguida ante ese mismo Tribunal.

*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...” (Emilio Pfeffer Urquiaga. Reformas constitucionales 2005. Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 29).*

Habidas estas consideraciones, ¿Podría entenderse que las ideas de república y democracia sólo fundamentan una publicidad limitada a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, no a la información en general que el Estado posee? Una comprensión de lo público sólo acotado estrictamente a lo señalado en el artículo 8° dejaría una gran cantidad de actuaciones de los órganos del Estado sin posibilidad de escrutinio democrático. Es evidente que la democracia implica un conocimiento de las políticas, decisiones, actuaciones, que no están necesariamente enmarcadas dentro un acto formal de los órganos estatales, aunque normalmente puedan terminar manifestándose en uno. Las consecuencias para el ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información de una definición tan restrictiva serían, por lo mismo, severas.

La definición constitucional de república democrática sin duda que provee fundamentos para una legislación que establece el acceso no sólo a los actos y resoluciones, sino que también a aquello que el Estado hace y posee.

#### **4. El Derecho de Acceso a la Información.**

Un segundo fundamento de una normativa más amplia que la considerada expresamente en el artículo 8° de la Constitución está dado por la existencia de un derecho constitucional, cual es, el derecho de acceso a la información. Sin embargo, este derecho no está contemplado explícitamente en la Constitución. ¿Cómo podría ser entonces fundamento de una norma más extensa de acceso a la información?

Para responder esto es necesario indagar si acaso nuestro derecho constitucional contempla o considera la existencia de derechos implícitos y de si, en caso de hacerlo, se puede argumentar por un derecho de acceso a la información y definir su contenido.

##### **4.1 Derechos implícitos en el derecho constitucional chileno.**

Respecto a los derechos constitucionales, el profesor Cea ha argumentado que el catálogo constitucional no puede ser entendido como cerrado o taxativo<sup>6</sup> por las siguientes razones:

- a. Porque el artículo 19 de la Constitución no posee un carácter de enunciado exclusivo y excluyente. No dice que ellos son los únicos derechos asegurados. Ergo, pueden haber otros derechos fuera de aquél.

---

<sup>6</sup> José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 49.

- b. Por efecto del artículo 5° de la Constitución, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes complementan los derechos constitucionales.
- c. Porque los derechos sirven al desarrollo humano y ello no puede entenderse como un concepto detenido en el tiempo.

Esta opinión es también compartida por el profesor Alejandro Silva Bascañán, el que en su *Tratado de Derecho Constitucional*, señala que la “enumeración contemplada en el art. 19 no reviste carácter taxativo” razonando que el considerar el catálogo de derechos constitucionales como taxativo habría ido en contra del sentido del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, concluyendo, por lo tanto, que “El Estatuto Fundamental deja (...) abierto nuestro ordenamiento jurídico a la incorporación en él de todos aquellos derechos que vaya siendo necesario u oportuno explicitar dándoles el respectivo estatuto.”<sup>7</sup>. Por su parte el profesor Humberto Nogueira también ha argumentando que la Constitución contempla derechos implícitos.<sup>8</sup>

A estas razones de naturaleza doctrinal se puede agregar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido derechos implícitos en varias ocasiones. Así, en 1995, en su sentencia rol 226<sup>9</sup>, del 30 de octubre de 1995, al conocer del requerimiento en contra del proyecto de Ley de Prensa el Tribunal señaló que la disposición del artículo 19, n° 12, que sólo se refiere a la libertad de emitir opinión e información, implicaba también un derecho a recibir información. Así, en su considerado 19° dijo:

*“19) Que, si bien el texto definitivo de la Constitución de 1980 no recogió el referido inciso del anteproyecto constitucional que fue eliminado en el Consejo de Estado y, si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirven estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales.”*

Y, luego, en el considerando 25 señaló:

*“Cabe señalar que esta norma consagra un derecho de rango legal materia que puede ser abordada por el legislador puesto que universalmente tanto la doctrina como nuestra Constitución Política*

<sup>7</sup> Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile (2006) p. 26.

<sup>8</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”, *Ius Et Praxis*, año 9, N° 1, p 403, (2003).

<sup>9</sup> Requerimiento de Diputados respecto del artículo 1°, inciso tercero; artículo 9°, inciso primero; artículo 20, inciso segundo, y artículo 43, inciso segundo, del proyecto de ley sobre "Libertad de expresión, información y ejercicio del periodismo".

*reconocen la existencia de derechos aunque no estén consagrados en el texto constitucional, a menos que esta consagración implique una violación a las normas fundamentales.*

*Nuestra Carta Política en el artículo 5º, inciso segundo, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.*

*Esta última expresión significa que los hombres son titulares de derechos por ser tales, sin que sea menester que se aseguren constitucionalmente para que gocen de la protección constitucional.*

*Es así como bajo el texto de la Constitución de 1925 no estaba consagrado el derecho a la vida, derecho que jamás nadie se atrevió a negar” [subrayado nuestro].*

Y, más recientemente, el Tribunal reconocerá otro derecho fundamental no explícito en nuestra Carta Fundamental en su sentencia Rol 1340<sup>10</sup>, de 29 de septiembre de 2009, pues en su considerando 9º dirá:

*NOVENO: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental.*

*La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22º) [subrayado nuestro].*

---

<sup>10</sup> Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT N° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”.

Pero, en la cuestión que nos avoca en este informe, será directamente el Tribunal el que reconoce la existencia del derecho a la información como un derecho implícito. Así, en la sentencia 634, del 9 de agosto del 2007, en su considerando 9º dirá que:

*“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 éste 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” [destacado nuestro].*

Despejada la posibilidad de que en nuestro derecho se reconozcan derechos implícitos y de que el mismo derecho a la información sea uno de ellos es menester desarrollar las razones o justificación que se han dado para aquél. Esto es imprescindible a fin de determinar cuál es el contenido propio del derecho, lo cual nos será útil a fin de evaluar la constitucionalidad de la normas en estudio.

Con este propósito, analizaremos primero cómo se han entendido las razones o justificaciones en el derecho internacional de los derechos humanos y luego en nuestro derecho constitucional.

## **4.2 Fundamentos del Derecho de Acceso a la Información.**

### **a. En el derecho internacional de los derechos humanos.**

En materia de normas de derechos humanos sin duda que el pronunciamiento más claro ha sido el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude vs. Chile*. Hay que hacer presente que este fallo no sólo es el primero que reconoce este derecho a nivel del sistema interamericano sino que también a nivel internacional.

La Corte señala que su jurisprudencia le ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13<sup>11</sup> de la Convención, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social, de las cuales ha desprendido una serie de derechos que se encuentran protegidos en dicho artículo,

<sup>11</sup> El artículo 13 de la Convención Americana, en su numeral 1, dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

precisando 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”<sup>12</sup>. Agrega que, al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información. Y a continuación, en el que se puede estimar el párrafo central del fallo, dispone:

*“En lo que respecta a los hechos del presente caso, 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.”*<sup>13</sup> [Subrayado nuestro].

De esta forma, para la Corte Interamericana el derecho de acceso a la información es una manifestación o derivación de la libertad de expresión. Para entender el significado de esta relación es necesario citar lo que la misma Corte señala respecto a la relación entre libertad de expresión, democracia y derecho a la información. Al respecto, la Corte dijo que:

*“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 esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre*<sup>14</sup>.

*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*

<sup>12</sup> Cfr. *Caso López Álvarez*, supra nota 72, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, supra nota 72, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 72, párr. 108.

<sup>14</sup> 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.

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<sup>15</sup>. 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.* “[Subrayado nuestro].

Adicionalmente a lo señalado por la Corte Interamericana, la Relatoría de Libertad de Expresión de la OEA ha informado que “el acceso a la información tiene una función instrumental esencial. Solamente a través de una adecuada implementación de este derecho las personas pueden saber con exactitud cuales son sus derechos y que mecanismos existen para protegerlos”.<sup>16</sup>

Asimismo, la opinión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Expresión coincide en que el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que establece la libertad de expresión, incluye este derecho<sup>17</sup>, el cual ha sido constantemente informado como parte de las actividades del Relator a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

#### **b. En nuestro derecho constitucional.**

Los fundamentos del derecho de acceso a la información como derecho reconocido en nuestro ordenamiento fueron dados por el Tribunal Constitucional en su sentencia Rol 634, antes mencionada. Ya se ha hecho referencia a que el Tribunal encuentra una base para ello en la definición de república democrática. A este fundamento, en el mismo considerando 91° antes citado, agregará los siguientes:

*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*

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano” (2010).

<sup>17</sup> Ver Informe 2005 y anteriores, en la página del Alto Comisionado de Derechos Humanos, en <http://www.ohchr.org/spanish/issues/opinion/annual.htm>.

*de la Carta Fundamental, que asegura a toda persona “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 20°).*

*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. 5527-2001 y 5728-2001, considerando 9°).*

*[...]*

*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 30-31).*

*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 éste 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” [subrayado nuestro].*

De esta forma, el Tribunal, junto a la idea de república democrática y libertad de expresión como fundamentos del derecho de acceso a la información, agrega la importante referencia de que el derecho de acceso es también esencial para un adecuado ejercicio de otros derechos constitucionales. Este reconocimiento, como veremos, posee un importante efecto en la determinación del contenido propio de derecho de acceso.

### c. Síntesis de las justificaciones del derecho de acceso.

Parece necesario efectuar una recapitulación de los fundamentos del derecho de acceso a la información dados por estas diversas fuentes. Este derecho se puede señalar que está fundado o sirve a los siguientes valores y derechos constitucionales:

- i. Es esencial para un adecuado ejercicio de la libertad de expresión;
- ii. Constituye un instrumento propio de una sociedad democrática, al permitir el control y la participación ciudadana;
- iii. Es también un derecho instrumental al servicio de los demás derechos fundamentales.

### 4.3 Contenido del derecho de acceso a la información.

Los fundamentos anteriores justifican un cierto contenido del derecho, es decir, un derecho a algo, que implica, correlativamente, un deber por parte de los sujetos obligados a proveerlo. Como veremos, este contenido está precisamente definido tanto en la normativa internacional como en el derecho comparado.

#### a. Normas de derecho internacional.

Dentro del sistema interamericano la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en numerosas ocasiones había señalado que la libertad de expresión reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana incluía un derecho a solicitar información en manos del Estado. Así, en su Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión de Octubre 2000, señaló en su punto N° 4 que:

*“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas.”* [Subrayado nuestro].<sup>18</sup>

Luego, como se vio, la propia Corte Interamericana, en *Claude vs. Chile* afirmará que:

*“77 lo que respecta a los hechos del presente caso, 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*

<sup>18</sup> Ver en la página de la Relatoría de Libertad de Expresión [<http://www.cidh.oas.org/relatoria/showarticle.aspartID=26&IID=2>] (Visitado el 08.11.06).

las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.  
[Subrayado nuestro].

En estos pronunciamientos es claro que el derecho a la información es un derecho que se define como aquella *información que está en manos del Estado*. Es decir, es un derecho determinado de la forma más amplia, salvo las limitaciones propias, que son equivalentes a las que posee la misma libertad de expresión reconocida en el artículo 13 de la Convención Americana.<sup>19</sup>

A fin de precisar este contenido es iluminador uno de los principios desarrollados por la Relatoría de Libertad de Expresión, cual es el principio de máxima divulgación o de transparencia máxima. Según la Relatoría, esto implica crear un régimen “en el cual la transparencia y el derecho de acceso a la información sean la regla general sometida a estrictas y limitadas excepciones”.<sup>20</sup> Este principio, como se verá, está también acogido por la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información.

En Latinoamérica, a diferencia de Europa, no existe aún un convenio internacional que asegure específicamente el derecho de acceso. Sin embargo, lo más cercano a este es la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información<sup>21</sup> aprobada recientemente por la Asamblea General de la OEA, en junio del 2010, con lo cual se transforma en el estándar regional sobre esta materia.

Esta normativa, ya en su Preámbulo señala que “Que el derecho de acceso a la información se aplica en sentido amplio a toda la información en posesión de órganos públicos, incluyendo toda la información controlada y archivada en cualquier formato o medio”, lo que luego se reiterará en el artículo 1 (a) al indicar que “Información” se refiere a cualquier tipo de dato en custodia o control de una autoridad pública. Así también, respecto al término documento se especifica, en el mismo artículo, en su letra b) que “Documento” se refiere a *cualquier información escrita, independientemente de su forma, origen, fecha de creación o carácter oficial, de si fue o no fue creada por la autoridad pública que la mantiene, y de si fue clasificada como confidencial o no;*

---

<sup>19</sup> Estas están reconocidas en el artículo 13, número dos, que dispone:

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

<sup>20</sup> Relatoría, p. 3.

<sup>21</sup> Este proyecto de ley fue elaborado por un grupo de expertos en derecho de acceso y coordinado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, siendo aprobado en junio del 2010 por la Asamblea General de la misma este año. Ver documento AG/RES. 2607 (XL-O/10).

Similar criterio ha seguido el sistema europeo. De esta forma el Consejo de Europa, el año 2008 aprobó la Convención Europea de Acceso a Documentos Oficiales.<sup>22</sup> Este instrumento establece en su artículo 2 el derecho de acceso a los documentos oficiales mantenidos por las autoridades públicas.<sup>23</sup> El término “documentos” se define en el artículo 1, letra b) como *toda información registrada en cualquiera forma, producida o recibida y mantenida por una autoridad pública.*<sup>24</sup>

Asimismo, en materia medio ambiental, en el sistema europeo existe también la Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales (Arhuss Convention) del año 2008, que establece la obligación de las partes de poner a disposición del público la *información sobre el medio ambiente* que les soliciten (artículo 4.1).<sup>25</sup>

## **b. Normas de derecho comparado.**

La legislación relativa al acceso a la información ha crecido exponencialmente en los últimos años.<sup>26</sup> En la materia que nos convoca puede ser útil revisar legislación tanto de los países latinoamericanos, europeos, y de los países anglosajones.

De las leyes contemporáneas la más antigua es la Ley de Libertad de Información (*Freedom of Information Act* o FOIA) de los Estados Unidos, del año 1966. Esta ley, en su sección a)(3)(A)<sup>27</sup> señala que las agencias cubiertas por ella deberán entregar los *registros*

<sup>22</sup> Council of Europe Convention on Access to Official Documents adopted by the Committee of Ministers on 27 November 2008, at the 1042bis meeting of the Ministers’ Deputies.

<sup>23</sup> Article 2 – Right of access to official documents

1. Each Party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities.

2. Each Party shall take the necessary measures in its domestic law to give effect to the provisions for access to official documents set out in this Convention.

3. These measures shall be taken at the latest at the time of entry into force of this Convention in respect of that Party.

<sup>24</sup> b. “official documents” means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities.

<sup>25</sup> Ver <http://www.unecce.org/env/pp/>

<sup>26</sup> De acuerdo a Article 19, un organización dedicada a la protección de la libertad de expresión y el derecho a la información al año 2010 había más de 90 países con leyes de acceso a la información. Ver <http://www.article19.org/pdfs/press/rti-index.pdf>

<sup>27</sup> La sección a)(3)(A) de la *Freedom of Information*, dispone que:

(3)(A) Except with respect to the records made available under paragraphs (1) and (2) of this subsection, and except as provided in subparagraph (E), each agency, upon any request for records which (i) reasonably

(records) que se les soliciten, salvo las excepciones que ella misma contempla. Para tal efecto la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana ha determinado en *DOJ v Tax Analyst* (1989) un doble test para definir si un material es un “registro” (*agency record*). Primero es necesario ver si la agencia ha “creado u obtenido” el registro, debiendo estar en posesión del mismo al momento de la solicitud y, segundo, que el material llegó al poder de la agencia en el ejercicio legítimo de sus funciones oficiales.<sup>28</sup>

Adicionalmente, la ley, en su sección f(2)A define que “records” es cualquier información mantenida por una agencia a la cual se aplica la ley y en cualquier formato, incluido el electrónico.

En Latinoamérica sin duda que la ley más influyente ha sido la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México, del año 2002. Esta ley, en su artículo 1º dispone el acceso a la información como el propósito de ella.<sup>29</sup> Congruentemente, en su artículo 2º precisa que toda la *información gubernamental a que se refiere la ley es pública* y los particulares tendrán acceso a la misma en los términos que ésta señala. Luego, en el apartado V. del artículo 3 define información como la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título.

En el artículo 40, a su vez, dispone que cualquier persona o su representante podrá presentar, ante la unidad de enlace, una solicitud de acceso a la información mediante escrito libre o en los formatos que apruebe el Instituto (el Instituto Federal de Acceso a la Información o IFAI).

Para sólo dar otro ejemplo en América Latina, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Perú, del año 2003, dispone, en su artículo 1º, *que toda información que posea el Estado se presume pública*, salvo las excepciones expresamente previstas por el artículo 15 de la misma ley. Luego, el Artículo 7 señala que toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad de la Administración Pública. En ningún caso se exige expresión de causa para el ejercicio de este derecho. Especifica esto en su artículo 10 que ordena:

#### Artículo 10.- Información de acceso público

“Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la

---

describes such records and (ii) is made in accordance with published rules stating the time, place, fees (if any), and procedures to be followed, shall make the records promptly available to any person.

<sup>28</sup> Hammitt, Harry, et al, *Litigation Under the Federal Open Government Laws 2002*, EPIC (2002) p. 205.

<sup>29</sup> Artículo 1.

La presente Ley es de orden público. Tiene como finalidad proveer lo necesario para garantizar el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.”

En Europa una de las leyes relevantes es la Ley de Libertad de Información del Reino Unido (*UK Freedom of Information Act 2000*). Esta ley, en su sección 1, dispone un derecho de cualquier persona a *solicitar información que está en posesión de una autoridad a la cual se aplica la ley*. La misma ley, en su sección 3(2)<sup>30</sup> define que se entiende por información que posea una entidad obligada, señalando que lo es si está (a) en posesión de ella, salvo que lo esté a nombre de otra persona o (b) esté en manos de otra persona a nombre de la autoridad solicitada. Su sección 8(1)<sup>31</sup> regula el derecho de acceso, señalando que éste es a la información solicitada.

Por su parte la Ley de Libertad de Información de Irlanda (*Irish Freedom of Information Law 1997*) en su sección 6(1)<sup>32</sup> dispone el derecho de acceso a cualquier registro (records)<sup>33</sup> en manos de una autoridad pública.

---

<sup>30</sup> (2) For the purposes of this Act, information is held by a public authority if  
(a) it is held by the authority, otherwise than on behalf of another person, or  
(b) it is held by another person on behalf of the authority.

<sup>31</sup> Request for information.

8. (1) In this Act any reference to a "request for information" is a reference to such a request which-  
(a) is in writing,  
(b) states the name of the applicant and an address for correspondence, and  
(c) describes the information requested.

<sup>32</sup> Right of access to records.

6.—(1) Subject to the provisions of this Act, every person has a right to and shall, on request therefore, be offered access to any record held by a public body and the right so conferred is referred to in this Act as the right of access.

<sup>33</sup> La ley define por *records* por cualquier formato en datos puedan ser mantenidos. Así, dispone que:

"record" includes any memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work or other document, any photograph, film or recording (whether of sound or images or both), any form in which data (within the meaning of the Data Protection Act, 1988) are held, any other form (including machine-readable form) or thing in which information is held or stored manually, mechanically or electronically and anything that is a part or a copy, in any form, of any of the foregoing or is a combination of two or more of the foregoing and a copy, in any form, of a record shall be deemed, for the purposes of this Act, to have been created at the same time as the record;

La ley australiana, la Ley de Libertad de Información de 1982 (*Freedom of Information Act 1982*) por su parte, en su sección 11(1) señala también un derecho de acceso a documentos.<sup>34</sup> La ley, provee una definición amplia de los mismos, dada en sección 4, siendo relevante mencionar que los documentos a los que se da acceso son documentos que pueden haber sido *creados o recibidos por una autoridad*.<sup>35</sup>

Por su parte, la Ley de Acceso a la Información Canadiense, de 1982 (*Access to Information Act*) señala como uno de sus objetivos<sup>36</sup> el establecer un derecho de acceso a la información en registros bajo el control de una institución gubernamental. En la sección 3 se señalará que por registros se *entenderá documentos en cualquier formato*. Luego, en la sección 4(1)<sup>37</sup> se dispone que toda persona tiene derecho a tener acceso a cualquier registro bajo el control de una institución gubernamental.

---

<sup>34</sup> 11 Right of access

(1) Subject to this Act, every person has a legally enforceable right to obtain access in accordance with this Act to:

- (a) a document of an agency, other than an exempt document; or
- (b) an official document of a Minister, other than an exempt document.

<sup>35</sup> document includes:

- (a) any of, or any part of any of, the following things:
    - (i) any paper or other material on which there is writing;
    - (ii) a map, plan, drawing or photograph;
    - (iii) any paper or other material on which there are marks, figures, symbols or perforations having a meaning for persons qualified to interpret them;
    - (iv) any article or material from which sounds, images or writings are capable of being reproduced with or without the aid of any other article or device;
    - (v) any article on which information has been stored or recorded, either mechanically or electronically;
    - (vi) any other record of information; or
  - (b) any copy, reproduction or duplicate of such a thing; or
  - (c) any part of such a copy, reproduction or duplicate;
- but does not include:
- (d) library material maintained for reference purposes; or
  - (e) Cabinet notebooks.

*document of an agency* or *document of the agency* means a document in the possession of an agency, or in the possession of the agency concerned, as the case requires, whether created in the agency or received in the agency.

<sup>36</sup> Purpose.

2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that government information should be available to the public

<sup>37</sup> 4. (1) Subject to this Act, but notwithstanding any other Act of Parliament, every person who is

- (a) a Canadian citizen, or

Esta sintética y selectiva revisión de la legislación internacional y comparada permite observar lo siguiente:

1. Las normativas estudiadas, por regla general, lo que aseguran es un derecho de acceso a la información, y en algunos casos, a documentos o registros.
2. En todos los casos estos términos se definen en un sentido amplio.
3. En general, el acceso tanto a los documentos como a la información solicitada lo es a aquella que está en manos o en posesión por los entes obligados, *sin distinguir el origen de aquella*.
4. El contenido amplio del derecho de acceso regulado en estas legislaciones es congruente con el hecho de entender a este derecho como un derecho que sirve a múltiples propósitos. En particular, es consistente con la idea de que este emana o se funda en la libertad de expresión, la cual universalmente se entiende como un derecho a opinar y expresarse sobre cualquier asunto o materia.

**c. Contenido del Derecho de Acceso en la Ley de Transparencia.**

Un análisis del derecho de acceso regulado en la ley nacional nos muestra que éste también ha sido concebido en un sentido tan amplio como aquel que pudimos concluir de la revisión de la jurisprudencia nacional, de la normativa de derechos humanos y la regulación a nivel comparado. A este respecto, el régimen establecido en la Ley de Transparencia, el derecho de acceso está definido en su artículo 10º, de la siguiente manera:

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

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

A primera vista, esta norma podría entenderse como más restrictiva que la definición de “información pública” dispuesta en el artículo 5º, inciso segundo. Por de pronto restringe la información a “actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos”. Así entonces, es claro que el término “información” a secas, es más amplio ¿A qué tenemos acceso como derecho legal, entonces?

---

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the Immigration and Refugee Protection Act, has a right to and shall, on request, be given access to any record under the control of a government institution.

Para responder a esta pregunta hay que emplear una interpretación sistemática de la ley, y en particular, prestar atención a los principios que la informan. Dentro de ellos destacan el principio de relevancia (artículo 11, letra a) conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento; Principio de apertura o transparencia (artículo 11, letra b) conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas y, finalmente, el principio de máxima divulgación, (artículo 11, letra d) de acuerdo al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

Luego, cuando se regula el derecho de acceso propiamente tal, en el artículo 12, éste se establece como un derecho a la información, pues la letra b) de ese numeral señala que requiere la identificación clara de la “información” solicitada.

De este modo, resolviendo la aparente contradicción entre el artículo 10 y el artículo 5° vemos que los principios abogan por una interpretación amplia del derecho de acceso, entendida en la forma definida en el artículo 5°. Esta es, por lo demás la interpretación más pertinente con lo dispuesto en las normas constitucionales y de derechos humanos antes revisadas.

## **5. Conclusión a la Primera Parte.**

Luego de esta larga exposición se puede ofrecer una conclusión al problema de constitucionalidad presentado. Recordemos que éste consistía en cuestionar la constitucionalidad de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 5°, es decir, la frase “y toda otra información que obre en poder de la Administración”, por no ser de aquellos elementos dispuestos por el principio de publicidad contemplado en el artículo 8° de la Constitución. Para responderla era necesario analizar si el acceso a la información que ella contempla poseía otros fundamentos constitucionales más allá del tenor literal del artículo 8°. Si los había, la norma podía ser entendida como correcta constitucionalmente.

El argumento aquí desarrollado señala que los fundamentos constitucionales de un principio general de publicidad de la información en manos del Estado se encuentran en la definición de Chile como una república democrática contenido en el artículo 4° de la Constitución y en la protección y reconocimiento del derecho de acceso a la información, el cual, como se pudo observar, posee una base jurisprudencial tanto en el derecho nacional y comparado, como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Tanto la normativa comparada como la jurisprudencia internacional determinan que el derecho a la información es un derecho que se predica de las informaciones o documentos que están en manos de los sujetos a los cuales se les impone las legislaciones de acceso a la información. Y en ninguna de las normas descritas en este informe, y de otras consideradas por este informante, se establece que el derecho de acceso lo sea únicamente referente a los actos del Estado.

Si se entendiera que la publicidad se predica sólo de aquello que señala literalmente el artículo 8° de la Constitución, es decir, a los actos y resoluciones del Estado, sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen, la normativa chilena, hasta donde alcanza el conocimiento de este informante, pasaría a ser la más restrictiva en términos comparados en cuanto al acceso a la información. Y este efecto sería particularmente notorio si se le diera una interpretación restrictiva a la palabra actos, entendida como actos terminales de un procedimiento administrativo.

Esa comprensión de las normas de publicidad, tanto constitucionales como legales, que se fundaría en una interpretación literal y exclusiva del artículo 8° de la Constitución como base constitucional para la normativa de transparencia y acceso a la información, contravendría el principio de interpretación sistemática de la misma, y en particular, la debida protección del derecho de acceso a la información.

El contenido del derecho a la información, tal como se demostró antes, no es a un acto o resolución específica emanado del Estado. Con frecuencia lo solicitado se materializara en uno u otro, pero, como hemos visto, en muchos casos no será así. Para que los ciudadanos puedan afectivamente ejercer su derecho en una forma consistente con las justificaciones que lo fundamentan, es necesario que el objeto del derecho, aquello que se puede hacer con aquél, sea de un carácter amplio. Solo entendiendo el derecho de acceso como un derecho a la información, o a documentos o registros concebidos en forma amplia, es posible satisfacer su verdadero sentido y alcance como derecho fundamental.

## **6. Interpretación Literal y Jurisprudencia Constitucional Sistemática.**

Sin perjuicio de hallar en otras normas de la Constitución un fundamento constitucional al inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, desde un punto de vista constitucional es posible criticar de forma directa una interpretación del artículo 8° de la Constitución que permitiera argumentar que no son admisibles constitucionalmente otros casos de publicidad que aquellos explícitamente contemplados en el numeral antes dicho.

La verdad es que semejante conclusión sería un caso impecable de una interpretación literalista de la Constitución, que la doctrina y la propia jurisprudencia constitucional han rechazado, como se verá a continuación.

Al respecto, el pronunciamiento jurisdiccional paradigmático en esta materia por parte del Tribunal Constitucional es la sentencia Rol 33, sobre el Tribunal Calificador de Elecciones, de fecha 15 de noviembre de 1985<sup>38</sup>, la cual en su considerando 19, señaló que:

*“La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose aquella interpretación que conduzca a anular o privar de eficacia algún precepto de ella.”*

<sup>38</sup> Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones.

Como se recordará, en base a este criterio, el Tribunal consideró inconstitucional la norma del Proyecto de Ley Orgánica de Tribunal Electoral sometido a su control obligatorio, que se ajustaba exactamente en cuanto la fecha de inicio de ese órgano a lo dispuesto en la disposición transitoria décimo primera, que disponía que ese Tribunal debía entrar a regir con ocasión de la elección de senadores y diputados (es decir el año 1989). Pese al tenor literal de la norma constitucional, que el proyecto sólo repetía, el Tribunal Constitucional afirmará en base a un entendimiento sistemático de las normas sobre elecciones, que la Constitución debía entenderse como exigiendo que el Tribunal Electoral debía también entrar a operar para los plesbicitos, declarando, por lo tanto, inconstitucional las normas del proyecto que se ajustaban al tenor literal de las normas constitucionales.

El Tribunal Constitucional reiterará este criterio interpretativo en el caso *Restricciones Vehiculares*, Rol 325, del 25 de junio de 2001<sup>39</sup>, pues en su considerando 13 señaló que:

*13°. Que, una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes no reciben aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, "pues a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una superley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de derecho" (Lucas Verdú, Pablo, La Interpretación Constitucional, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, pág. 143). No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil"[subrayado autor].*

El fallo del TC referido al caso del Tribunal Calificador, ha servido como ejemplo paradigmático para hacer la crítica a una interpretación que se concentró sólo en el texto legal, la cual es denominada interpretación literalista. El profesor Patricio Zapata, citando al profesor español ENRIQUE ALONSO, definen a ésta como la "Corriente de interpretación que

<sup>39</sup> Requerimiento respecto del Decreto Supremo N° 20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia publicado en el Diario Oficial de 12 de abril de 2001.

estima que el lenguaje de la Constitución en sí mismo es lo único a lo que hay que atender”.<sup>40</sup>

Junto con los casos de reconocimiento de derechos implícitos, antes analizados con ocasión del derecho de acceso a la información, que ciertamente van más allá del texto literal de la Constitución, existe también otro precedente del propio Tribunal Constitucional que obliga a mirar el derecho a la información y a la publicidad en la Constitución de forma más amplia que lo estrictamente contemplado en el artículo 8°. Lo paradójico es que el caso se refiere a una limitación a ese derecho que reconoció el Tribunal Constitucional.

Así, en el fallo del Tribunal Constitucional, Rol 634, el Tribunal declaró conforme a la Constitución una norma objetada en su constitucionalidad que se encontraba en los incisos noveno y décimo primero del artículo 13 de la Ley orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, de acuerdo al texto refundido del DFL 1/19 65, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre del 2001. Este artículo, en su inciso undécimo, disponía lo siguiente:

“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 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 de órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Se objetaba por parte de los recurrentes que la frase “intereses de terceros” no era consistente con la norma del artículo 8° de la Constitución, que, como se recordará sólo permite limitar la publicidad cuando ésta afectare el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, de los derechos de terceros, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Al respecto, el Tribunal Constitucional resolvió que:

**VIGÉSIMO:** *Que en la línea de razonamiento expresada, la Constitución reconoce la existencia de intereses que merecen protección jurídica como, por ejemplo, en el artículo 19 N° 23, que contempla la posibilidad de imponer limitaciones o requisitos a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes si así lo establece una ley de quórum calificado, por razones de “interés nacional”; o en el numeral 24, inciso segundo, del mismo artículo, cuando se define el ámbito de la función social de la propiedad precisando que comprende “cuanto exijan los intereses*

<sup>40</sup>

Patricio Zapata, *Justicia Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile (2008), p. 179.

*generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”; o, finalmente, en el numeral 24, inciso séptimo, cuando se afirma que “la concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento”.*

*Podrá sostenerse que todas estas referencias dicen relación con intereses supraindividuales. No obstante, una interpretación finalista, como la que tradicionalmente ha propiciado esta Magistratura Constitucional, debe llevar a la conclusión de que la primacía de la persona, unida al principio de servicialidad del Estado, tal y como se consignan en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, permite que el ordenamiento jurídico reconozca y regule la protección de intereses individuales legítimos que resulten acordes con los valores y principios constitucionales.”*

**VIGESIMOPRIMERO:** *Que, en este contexto, si el Estado debe “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto “derecho”. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana;*  
[...]

*En consecuencia, si se sostuviera que la Carta Fundamental protege exclusivamente los derechos –entendidos como derechos subjetivos- no sólo se estaría interpretando restrictivamente el artículo 1º, inciso cuarto, de la misma sino que, aún más, se estaría desconociendo el respaldo constitucional de un sinnúmero de normas legales que, como las que se han recordado precedentemente, consagran la protección jurídica de los intereses, sin perjuicio de aquélla que se brinda a los derechos en un sentido estricto;*

**VIGESIMOTERCERO:** *Que, de esta manera, puede colegirse que, al establecer el inciso segundo del artículo 8º de la Constitución, las causales de reserva o secreto que exceptúan la plena aplicación del principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen, entre las cuales se incluye que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, la expresión “derechos” 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.*

*Al tenor de lo afirmado, y en lo que respecta al recurso de apelación que constituye la gestión pendiente en estos autos, la norma del inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, en cuanto permite denegar la información solicitada al Director Nacional de Aduanas, fundada en que su entrega afecta “los intereses de una persona sujeta a la fiscalización del Órgano Administrativo”, no se declarará inaplicable en estos autos, por estimarse que no contraviene el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental” [subrayado nuestro].*

De esta forma, es claro que para el Tribunal, el artículo 8° no debe entenderse de una forma literal, al menos en cuanto a las restricciones que éste impone, y que en materia de régimen de acceso hay que emplear una interpretación sistemática y finalista. De ahí que sería extraordinario que ella fuera aplicable para establecer limitaciones al derecho de acceso y no para asegurarlo.

## Parte II

### Información Privada y Principio de Publicidad

#### 1. Determinación del Problema.

Se produce la duda, que es de naturaleza mixta, constitucional y legal, respecto a que sucede con la información proporcionada por privados, que se denomina información privada, y el principio de publicidad, y en particular, respecto al inciso segundo del artículo 5° de la Ley de Transparencia, material de este estudio.

Al respecto, se podría argumentar que la información privada, por el solo hecho de ser entregada a los órganos de la Administración no pierde su calidad de tal, por lo que no sería accesible por terceros vía la Ley de Transparencia.

También que en los casos en que la publicidad de la información privada no sirva a los fines de la probidad, la rendición de cuentas o el control social de los ciudadanos de los actos del Estado, esa información no puede ser divulgada.

Y, tercera consideración, que por el hecho de ser una información privada proporcionada por terceros, no sería esta pública, por lo que no correspondería entrar a analizar si se aplican o no causales de reserva.

Las dudas planteadas pueden analizarse, a lo menos, desde dos perspectivas. La procedimental y la sustantiva. Desde la perspectiva procedimental se busca definir la forma correcta constitucional y legal en que se deben resolver las situaciones en las cuales existe una petición de información que diga relación con información sobre particulares. Sustantivamente, esto implica definir cuáles serían los criterios constitucionales y legales aplicables a estas situaciones, y en particular cuándo una información privada podrá ser pública.

A fin de responder a estas cuestiones es necesario hacer algunas precisiones. Una respecto a cuál es la información constitucionalmente relevante y la otra en relación a los casos en los cuales se puede producir un conflicto entre información relativa a particulares y la publicidad.

#### 2. Distinción entre Información Relativa a Particulares e Información Garantizada por un Derecho Constitucional.

Como se verá al momento de analizar la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones al fallar recursos de ilegalidad, se emplea en ciertos casos la expresión “información privada” o “información proveniente de particulares” para referirse a aquella información que por poseer esas características no debiera ser publicada o incluida dentro de la información pública.

La verdad es que términos como esos son vagos y no poseen un correlato en nuestro derecho. Ciertamente no lo poseen en la misma Ley de Transparencia ni en la Ley de

Protección de Datos Personales, Ley 19.628, que, en cambio, emplea los términos datos personales y datos sensibles.<sup>41</sup>

Ahora bien, en cuanto a las informaciones relativas a una persona, que denominaremos *información personal*, ellas pueden estar en diversas situaciones. El hecho de que una información diga relación con una persona determinada no significa *per se* que ella sea información privada, entendida por esta aquella en la cual la persona posee un poder de control sobre quienes pueden conocerla. Esto es así porque como la misma ley de Protección de Datos Personales en su artículo 4º lo señala no se requerirá autorización del titular para recolectar datos personales (es decir aquellos en los cuales se puede identificar una persona) cuando la información provenga de fuentes asequibles al público o (más discutiblemente) sean de naturaleza económica, financiero, bancario o comercial. Es decir, para esa ley, no todo dato sobre un individuo es un dato o información privada.

Es evidente que con mucha frecuencia las personas entregan información que dice relación sobre ellas, información personal en los términos antes definidos, en registros que siempre se han entendido como públicos. Un ejemplo es el del registro de propiedad o los registros de gravámenes. Es claro que la información sobre si se posee un bien inmueble o una hipoteca, son informaciones relativas a una persona, información personal (datos personales en los términos de la Ley de Protección de Datos). Pero ello nunca la ha hecho privada.

Por consiguiente, desde un punto de vista constitucional, en particular de los derechos fundamentales y para los efectos de la Ley de Transparencia, la información relativa a una persona que es relevante jurídicamente es aquella que puede ser reconducida o está protegida por un derecho constitucional, como el derecho a la vida privada, 19, n° 4, a las comunicaciones privadas, 19, n° 5, o los derechos de carácter económico, como el de libertad económica, 19, n° 21, o el de propiedad, 19, n° 24, y no toda o cualquier información personal.

Sobre el derecho de propiedad sobre la información sólo una breve acotación, sin perjuicio de lo que se afirmará inmediatamente. El hecho de que una información sea relativa a una persona individual, información personal, como el nombre, la edad, lugar de nacimiento, por solo dar algunos ejemplos simples, no puede dar automáticamente a esa persona un derecho de propiedad sobre ella. De ser así, en todos los casos en que se quisiera hacer referencia a algún aspecto de otro ser humano, cualquier fuera ese, habría que pedir autorización al sujeto en cuestión. Claramente no es el caso ni en Chile ni el derecho comparado. Entender que las personas poseen un derecho de propiedad sobre toda la

---

<sup>41</sup> La ley define estos términos en su artículo 2º letras f) y g) disponiendo que son:

f) Datos de carácter personal o datos personales, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.

g) Datos sensibles, 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, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

información que diga relación con ellas haría impracticable el tráfico humano, para no hablar del ejercicio de libertades como la de expresión. Distinto, por supuesto, es el tipo de usos que otros pueden hacer de la información sobre una persona.

Por consiguiente, entender o subsumir la categoría de información relativa a una persona con el derecho de propiedad sobre esa información parece una comprensión excesivamente expansiva del derecho de propiedad, que requiere importantes calificaciones.

Excedería con mucho el propósito de este informe definir cuál información personal puede o no ser garantizada por alguno de esos derechos, cosa que por lo demás ni la jurisprudencia ni la doctrina nacional o comparada ha definido con precisión.

Por lo tanto, para efectos de avanzar en la clarificación de las cuestiones presentadas en este informe parece más claro hacer una distinción entre aquella información personal que diga relación con un derecho constitucional, que llamaremos *información protegida constitucionalmente* y la información individual a secas, o *información personal*.

### **3. Los Casos de Conflicto entre Publicidad e Información Protegida Constitucionalmente.**

Definido el problema de esa forma es necesario avocarse a las situaciones en la cuales la publicidad que impone la ley puede afectar o aplicarse a información cubierta por un derecho constitucional.

La cuestión objeto de este informe se ha planteado respecto al inciso segundo del artículo 5º, es decir, a la norma que indica que será pública la información que esté en manos de los órganos de la Administración. Pero la verdad es que el potencial conflicto entre información protegida constitucionalmente y el principio de publicidad que la ley encarna no se produce sólo, y en verdad probablemente ni siquiera principalmente, cuando se haga una solicitud de información en razón del inciso 2º del artículo 5. Esto porque la información de carácter personal protegida constitucionalmente puede estar, y con frecuencia lo está, envuelta en varias de las circunstancias que la ley regula, tanto en los casos de transparencia activa como pasiva. Algunos ejemplos ayudan a ilustrar esta aseveración, comenzando por la primera.

La Ley de Transparencia, en su artículo 7º, impone la obligación de colocar ciertos tipos de información en las páginas web de los organismos a los que ésta se aplica. Dentro de ellas se señala en su letra d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones. La remuneración de una persona normalmente se ha entendido que es información cubierta por el derecho a la privacidad. La ley la ha hecho pública, pero esta circunstancia, por sí sola, desde un punto de vista constitucional, no justifica la infracción a la privacidad, pues perfectamente se podría, erróneamente a juicio de este informante, cuestionar la validez constitucional de esas normas. Lo que las hace constitucionales son los motivos o razonamientos constitucionalmente correctos que fundan la norma en cuestión, como lo son el necesario control de la actividad pública, la probidad, etc. Son esas justificaciones, que en un balance de razones, haciendo uso del principio de proporcionalidad, permiten concluir que la norma es correcta constitucionalmente, pese a

que hace pública información que normalmente sería privada, como lo son las remuneraciones.

Lo mismo sucede con la letra e) del artículo 7º, relativa a las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso. En todos estos casos la información que se publica es información que normalmente podría ser reconducida a uno u otros derechos de carácter económico. Ciertamente las cláusulas de un contrato entre una persona y otras son normalmente parte de la información relevante económicamente y protegida, en principio, por la garantía de la libertad económica. Pero lo que sucede es que en el caso de los contratos con la Administración, por razones similares a las antes señaladas respecto a las remuneraciones, hay justificaciones que proveen fundamento constitucional para la publicidad.

En ambos casos de transparencia activa se ha publicado en forma automática información personal que está protegida constitucionalmente. El legislador, haciendo un balance de razones, ha concluido que los motivos por la publicidad pesan más que las razones para la protección del derecho o derechos constitucionales afectados.

En el caso de la transparencia pasiva en todos los casos de artículo 5º también se pueden producir conflictos entre publicidad e información constitucionalmente protegida. Así, es evidente 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, con frecuencia contienen información de personas individuales que dicen relación con algún derecho de ellas. Ello se puede producir porque esa información fue solicitada por la autoridad o fue entrega por el particular a fin de obtener el resultado buscado o simplemente quedó en poder del órgano administrativo.

Un sumario sanitario, una licencia médica, los procedimientos policiales y fiscalizatorios en general, contienen necesariamente información de las personas afectadas o sujetas a ellos. Por ejemplo, una calificación de las Comisiones de Medicina Preventiva o Invalidez (COMPIN) cuando califican la discapacidad de una persona (Artículo 13 de la Ley 20.422, sobre Normas de Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad) sin duda que necesariamente debe contener, ya sea el acto mismo, o sus fundamentos, información que sin duda dice relación con la salud de la persona y, por lo tanto, claramente cubierta por el derecho a la vida privada.

También la publicidad de información creada con presupuesto público, que es una definición de una amplísima extinción, con frecuencia implica información de personas que puede estar cubierta por un derecho constitucional.

Por lo tanto, el conflicto entre información protegida constitucionalmente y la publicidad que impone la ley es, por así, decirlo, inherente a la misma, y no algo particular del inciso segundo del artículo 5º. Y esto es tan claro que la misma ley ha suplido el procedimiento

para resolver este conflicto en todos los casos de transparencia pasiva y no sólo cuando se aplique el inciso segundo del artículo 5°.

#### **4. Procedimiento para la Determinación de que es Publicable o Mantenable en Reserva o Secreto.**

En los casos en que se presenta una petición de acceso a la información y esa petición recaiga sobre información relativa a un individuo, información personal, se podría pensar que la autoridad a la que se ha hecho llegar la petición podría por sí denegarla, en razón de lo que señala el mismo artículo 5° de la ley respecto a que la publicidad no se aplica a los casos de excepción contemplados en ella, entre los que se incluye los derechos de terceros. Siguiendo está lógica, no correspondería siquiera analizar si se aplica o no una causal de reserva debiendo rechazarse la petición *ad limite* y no se seguiría con el procedimiento regulado por la ley de consulta a los terceros potencialmente afectados.

La verdad es que una interpretación como la enunciada sería errónea desde el punto de vista de la ley y además inconstitucional. Comencemos por lo último.

##### **4.1 Improcedencia constitucional.**

La determinación por parte de la autoridad solicitada de rechazar una petición de acceso en razón de que ella implica información sobre individuos supone que la autoridad por sí y ante sí, sin conocer la opinión de los terceros titulares de la información ni, tampoco las razones que pudieran haber para la divulgación, decidiría que se puede conocer o no.

Respecto a los terceros titulares de la información esto equivaldría a reemplazar su juicio por el de la Administración, pues ellos no serían consultados en forma alguna sobre si la información los afectaba o no y si estarían dispuestos a que se hiciera pública.

En esta materia, el Tribunal Constitucional, en sentencia Rol 634, del 9 de agosto del 2007, claramente se ha pronunciado en contra de que sea la autoridad administrativa por sí la que deniegue la información en razón de que ella afecta a terceros. Esta fue justamente una de las materias sujetas al conocimiento de ese Tribunal con ocasión de la inaplicabilidad interpuesta contra el inciso undécimo del artículo 13 de la 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, ocasión en la que, como se ha señalado antes, el Tribunal reconocerá el derecho de acceso a la información como derecho constitucional. Ese inciso disponía lo siguiente:

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 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.

Lo que en esa ocasión se cuestionó constitucionalmente por los requirentes fue la inclusión en la ley del término “intereses” de terceros como causal de denegación de una petición de acceso y la calificación hecha por el jefe superior de órgano requerido, en ese caso del Director de Aduanas, que la información afectaba a los terceros. Como ya se hizo referencia antes, el Tribunal Constitucional validará la existencia del interés legítimo de terceros como causal de denegación. Pero, respecto a que fuera el jefe de servicio el que denegaba la petición si se afectaba los derechos o intereses de terceros, el Tribunal hará ver, en su considerando vigésimoquinto, que:

*“Que, sobre el particular, el mero cotejo de la redacción de la norma del inciso segundo del artículo 8° de la Constitución, introducida por la reforma constitucional de 2005, con aquélla contemplada en el inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, permite observar que, entre las causales de secreto o reserva autorizadas constitucionalmente, sólo se encuentra el que “la publicidad afectare ... los derechos de las personas”, sin confiar esta calificación a la determinación del jefe superior del órgano requerido, como lo hacía previamente la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado;”.*

Para luego, citando la historia fidedigna del artículo 8°, en su considerando vigésimoseptimo, afirmará:

*“Que, como puede observarse, la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado anulara la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general, llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva.*

*Confirmando que el Constituyente de 2005 no quiso dejar entregada a los propios órganos del Estado la determinación de la concurrencia de las causales constitucionales de secreto o reserva, debe recordarse que, tal y como lo expresó el Senador Juan Hamilton, durante el mismo debate parlamentario de esa reforma, “en general, todos los documentos son públicos, excepto que esté comprometido el derecho de las personas, la seguridad de la Nación o el debido funcionamiento del servicio, **pero no queda al arbitrio del funcionario público el negar la información. Si éste la niega, debe fundar su negativa en alguna de estas causales y si el reclamante no concuerda, se prevé un procedimiento breve y expedito para que el juez resuelva**”. (Ibidem);”[negritas del original]*

Luego, en su considerando vigésimo noveno, el Tribunal hará mención a los incisos sexto, séptimo y octavo del mismo artículo 13, que establecían el procedimiento de consulta a los terceros afectados, señalando en su considerando trigésimo que:

*“Que las normas recordadas sí resultan compatibles con la redacción que el Constituyente de 2005 introdujera al artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución que, como se expresó, sólo confió a la ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcances de las causales de reserva o secreto de la información que se requiera a los órganos del Estado, evitando, de esta forma, que tal determinación quede entregada al mero criterio del jefe superior del servicio respectivo.”*[destacado nuestro].

Para terminar concluyendo, en el mismo considerando:

*“Por esta razón, la aplicación del inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575 en la gestión pendiente que ha dado origen a esta acción de inaplicabilidad, en la parte que faculta al jefe superior del órgano requerido, esto es, al Director Nacional de Aduanas, para efectuar una calificación fundada acerca de si la divulgación de los documentos o antecedentes solicitados afecta sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, resulta contraria al artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución, y así se declarará.”*

De lo anterior es claro que el Tribunal considera inconstitucional que sea la autoridad administrativa la que decida por sí misma aquello que es o no público, expandiendo con ello el secreto o reserva. No es la autoridad solicitada “por su mero criterio” la que debe determinar si se da la afectación de los derechos de terceros. Al contrario, el Tribunal validará el procedimiento establecido en la ley 18.575, de estructura similar al contenido en la actual Ley de Transparencia, como la forma constitucionalmente correcta de determinar cuando se da o no una afectación de los derechos de terceros. Y ese procedimiento requiere la consulta a los terceros afectados.

#### **4.2 Improcedencia legal.**

Desde el punto de vista de la Ley de Transparencia, la negativa de la autoridad de entregar la información solicitada una vez presentada una solicitud en razón de que esta implicara información sobre terceros sin duda infringiría el procedimiento regulado en la misma ley para determinar si una información afecta o no los derechos de terceros.

Definir si se aplica o no una causal de reserva en el caso de los particulares es algo que son los titulares de esa información los que deben decidirlo y no la autoridad. Ese es el propósito del procedimiento de consulta a los terceros afectados. Si la autoridad pudiera decidir sin más que algo no es público en razón de que la información ha sido entregada por los particulares todo el sistema de consulta estaría de más. La ley, en su artículo 20, claramente ha establecido qué debe hacer la autoridad cuando hay una información que

afecte a terceros, y esto es notificar por carta certificada a éste o éstos dentro del plazo de dos días hábiles.

Por todo lo anterior es que tanto desde un punto de vista constitucional como de la correcta apreciación de la Ley de Transparencia no correspondería que la autoridad administrativa decidiera por sí y ante sí que es lo público o no en el caso de una petición de información que implicara información entregada por terceros.

Despejado el procedimiento que se debe seguir para resolver casos en que se pueda solicitar información personal es necesario entregar algunas consideraciones sobre cómo se deben resolver los eventuales conflictos entre esas peticiones y la información constitucionalmente protegida.

## **5. Criterios Substantivos.**

### **5.1 No Afectación de los Derechos Constitucionales de Terceros.**

¿Puede la publicidad de la información en manos de los sujetos obligados afectar derechos constitucionales? Esta circunstancia podría darse si se entendiera que la publicidad de la información en manos del Estado implica una automática y completa publicación de la información de origen privado que está en manos de la administración del Estado.

Así, por ejemplo, podría pensarse que la información que una empresa ha entregado al SAG relativa al lugar y tipo de cultivos transgénicos, que imaginemos no se relaciona con un determinado acto o resolución de un órgano de la Administración, y que fuera solicitada en virtud del derecho de acceso que establece la ley, fundado en el artículo 5° inciso segundo, debiera ser necesariamente entregada sin mayor argumento.

Pero la verdad es que esta circunstancia no se da, ni en ese caso ni tampoco en el del inciso segundo del mismo artículo 5°, pues en ambas circunstancias la misma ley ha previsto que la publicidad posee como límite las excepciones que establece la ley, entre las cuales, en su artículo 21, n° 2, se encuentran los derechos de terceros.

De este modo, en el caso del artículo 5° el legislador expresamente ha señalado que la publicidad posee como límite, entre otros, los derechos de terceros. Esto no sólo es consecuente con el artículo 8° de la Constitución, que establece expresamente ese límite, sino que también coherente con el debido balance y armonía que debe haber entre los diversos principios y derechos constitucionales en juego, como lo son el principio de publicidad, el derecho a la información, el derecho a la vida privada y los derechos económicos. Aún si no hubiera mención en la Constitución o la ley de ese límite este se entendería implícito en razón del principio de la supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de la Constitución y en el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales impuesto por el artículo 5° de la Constitución.

¿Significa lo anterior que en ningún caso información cubierta por un derecho constitucional podrá ser divulgada? Responder afirmativamente implicaría entender las causales de reserva que dispone la ley como causales absolutas, es decir, que ellas

prohibirían en todos y cualquier caso la divulgación de información. Pero lo anterior supondría que los derechos de los terceros, y también las otras causales de reserva que contempla la ley, en caso de conflicto con el derecho a la información de peticionario tendrían una supremacía absoluta sobre ese derecho.

Esa interpretación sería claramente contraria a como se entienden las limitaciones a los derechos constitucionales, y en concreto, al mismo derecho a la información. Como lo ha dispuesto claramente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, analizando las limitaciones al derecho de acceso, éstas, para ser coherentes con la Convención Americana, deben cumplir tres requisitos: a) estar dispuestas en la ley, b) “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” (párrafo 90) y, finalmente, c):

*91. 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 aquélla 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<sup>42</sup>.*

El tercer requisito descarta de plano una prelación absoluta de una limitación al derecho de acceso a la información, imponiendo, en cambio, un juicio de proporcionalidad o ponderación entre las limitaciones, que claramente pueden ser otros derechos constitucionales, y el derecho de acceso.

Entonces, para avanzar en la respuesta a las situaciones en que se solicite información cubierta por un derecho constitucional es imprescindible una breve referencia a cómo se deben resolver los conflictos entre principios y derechos constitucionales.

## **5.2 Ponderación y Proporcionalidad.**

Cuando se da un conflicto entre derechos constitucionales, tales como privacidad y libertad de expresión, o principios y derechos, como el de publicidad y la libertad económica, la jurisprudencia ha desarrollado lo que se denomina el juicio de proporcionalidad o ponderación. Este es un método de solución de los conflictos entre principios o derechos constitucionales empleado por las cortes constitucionales y apoyado por, se puede estimar, parte predominante de la doctrina nacional y comparada.

---

<sup>42</sup> Cfr. *Caso Palamara Iribarne*, *supra* nota 72, párr. 85; *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 72, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 72, párrs. 121 y 123; y Opinión Consultiva OC-5/85, *supra* nota 72, párr. 46.

Según el profesor español Luis Prieto Sanchís, “ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. En consecuencia, la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto.”<sup>43</sup>

Tal como dijo el Tribunal Constitucional español “*No se trata de establecer jerarquías de derechos o prevalencias a priori, sino de conjugar,, desde la situación jurídica dada, ambos derechos y libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia reciproca*”.<sup>44</sup>

Esto produce un resultado que es relativo a los conflictos precisos que se presentan, es decir, al caso concreto.

Para ello son necesarios los siguientes pasos, de acuerdo a la doctrina desarrollada en el Tribunal Constitucional español:

- a. Que la medida o acción sirva a algún fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia.

De esta forma, el TC español ha dicho, en su STC 55/1996, que resulta imposible ensayar cualquier ponderación “si el sacrificio de la libertad que se impone persigue la preservación de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente irrelevantes.”

- b. La adecuación de la medida al principio o valor que la funda.

Si la medida no es adecuada al fin alegado como su fundamento, la restricción del derecho amagado pasa a ser inconstitucional.

- c. Que la afectación del derecho o valor afectado sea necesario.

Esto implica “que no existe otra medida que, obtenida en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva”.<sup>45</sup>

De esta forma, si la consecución del fin constitucionalmente legítimo se puede alcanzar por otros medios menos gravosos para el bien o derecho amagado, se debe preferir eso.

---

<sup>43</sup> Prieto Sanchís, Luí, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta (2003), p. 189.

<sup>44</sup> Idem, p. 190.

<sup>45</sup> Idem., p. 191.

d. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Esto es un juicio normativo, no de adecuación o necesidad. Así se trata de “valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia y urgencia de otro, y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión”.<sup>46</sup>

Estos pasos han sido también recogidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la que en el caso *Ricardo Canese* (2004), en su párrafo 96, así lo sintetizó:

*“El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”* Caso *Ricardo Canese*, párrafo 96. También en la opinión consultiva OC-5, párrafos 46 y 79.<sup>47</sup>

Estos criterios también han sido recogidos por el Tribunal Constitucional chileno. Así en la sentencia Rol 1710, sobre inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933 (Ley ISAPRES) el Tribunal entenderá el juicio de razonabilidad o ponderación que debe presidir el análisis de las diferencias o desigualdades, como siguiendo estos pasos, señalando en su considerando centésimo que “para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”.

Y luego, en su considerando centesimocuatragésimosegundo:

*“Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de*

<sup>46</sup> Idem, p. 202.

<sup>47</sup> Véase jurisprudencia e informes en sitio web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en <http://www.corteidh.or.cr>.

*inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos”.*

Entonces, lo que corresponde, en el caso de que exista información constitucionalmente protegida en manos de una autoridad a la que se aplique la ley, es realizar este juicio de proporcionalidad o ponderación a fin de evaluar si acaso las razones por la publicidad superan las razones para la protección de los otros derechos.

### **5.3 Ponderación, Test de Daño e Interés Público.**

La ponderación implica efectuar un balance tanto en los casos en que se quiera hacer público algo como en aquellos en que se declara la reserva. Este balance, en última instancia lleva a considerar de que forma se favorece mejor el interés público, si acaso con la publicidad o con el secreto.

Y la verdad es que este balance es una característica propia de las regulaciones de acceso a la información. El estudio más amplio sobre el tema ha sido efectuado por los especialistas del University College London (UCL), Megan Carter y Andrew Bouris, los que en *Freedom of Information. Balancing the Public Interest*,<sup>48</sup> luego de analizar las legislaciones de los países del common law<sup>49</sup> señala que aquellas requieren a los autoridades decisorias el efectuar ese balance, en los casos en las cuales las legislaciones no establezcan las que se denominan excepciones absolutas de publicación.<sup>50</sup> Agregan que ninguna de las legislaciones define que es interés público. Pero afirman también que, como se señaló en el famoso caso australiano *Eccleston*<sup>51</sup>, que dentro de esas jurisdicciones es quizás el caso líder en la definición de que se entiende por interés público, que “Existe claramente un interés público en el acceso a la información gubernamental *per se*”.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Megan Carter y Andrew Bouris, *Freedom of Information. Balancing the Public Interest*, The Constitution Unit, School of Public Policy, University College London (2006).

<sup>49</sup> El estudio analiza la legislaciones del Reino Unido, Escocia, Irlanda, Australia (federal), estados australianos de Queensland, New South Wales, Nueva Zelanda, Canadá (federal) y las provincias canadienses de Ontario, Columbia Británica y Alberta.

<sup>50</sup> Megan Carter, ob. Cit, p. 1.

<sup>51</sup> Re *Eccleston and Department of Family Services and Aboriginal and Islander Affairs* (1993) 1QAR Queensland Information Commissioner, citado por Megan Carter, p. 166 y siguientes.

<sup>52</sup> *Idem*, p. 3.

Al respecto, el Comisionado Británico de Libertad de Información ha señalado que algo está en el interés público cuando, simplemente, sirve el interés del público. En esos casos la autoridad pública decide en el caso particular si acaso los intereses del público se sirven mejor con la publicidad o con la reserva.<sup>53</sup>

Como lo dirá correctamente el propio Consejo para la Transparencia en la resolución A45-09, en su considerando 8º:

“Que para determinar lo señalado en los considerandos precedentes se hace necesario aplicar, en este caso, lo que la doctrina comparada denomina un *test de daño*, consistente en realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación.”<sup>54</sup>

Entonces, para concluir, en casos de que exista información constitucionalmente protegida, es decir, cubierta por un derecho constitucional y haya una petición de información que implique esa información lo correcto legal y constitucionalmente es seguir el procedimiento de consulta a los terceros afectados dispuesto por la ley. Si éste da como resultado la negativa justificada de ellos, corresponde efectuar un balance entre los derechos y principios en juego, buscándose determinar qué resolución favorecerá mejor el interés público, si la publicidad de la información o su reserva.

Si lo anterior se estima como correcto, corresponde ahora responder algunas dudas que se pueden producir en cuanto a lo público y lo privado.

## **6. ¿Está limitada la información pública al ejercicio de las funciones públicas?**

Se puede levantar la duda de que la información a la que se tiene acceso en virtud del inciso segundo del artículo 5º es sólo aquella que tenga relación con el ejercicio de la función pública. Es decir, que permitiera el control o fiscalización de cómo los órganos del Estado adoptan y llevan a cabo sus decisiones.

Se puede responder a esta cuestión tanto a nivel constitucional como legal, y en ambos casos la respuesta es negativa.

Constitucionalmente la información que debe asegurarse al público va mas allá que aquella estrictamente relacionada con el ejercicio de una función pública, pues el parámetro de este

---

<sup>53</sup> “In effect something “in the public interest” is simply something which serves the interests of the public. When applying the test, the public authority is simply deciding whether in any particular case it serves the interests of the public better to withhold or to disclose information”. Freedom of Information Act, Public Awareness Guidance N° 3, Information Commissioner’s Office (2007), p. 2.

<sup>54</sup> Este balance también se empleando en numerosas otras resoluciones del Consejo de Transparencia. Por solo nombrar algunas: A86-09. [20 de mayo de 2010]; C190-10. [10 de agosto de 2010], A355-10 [20 de agosto de 2010].

acceso es la existencia del derecho de acceso a la información, que como hemos apreciado posee una variedad de propósitos y fines que exceden el solo control y fiscalización de las actuaciones de los órganos del Estado. El derecho de acceso que justifica la Constitución se vería injustamente limitado con una interpretación como la que se analiza.

Y desde el punto de vista de la Ley de Transparencia la respuesta es la misma, pues como la misma ley lo señala en su artículo 1º, ella regula, junto al principio de transparencia, el derecho de acceso a la información. Por consiguiente, restringir lo público sólo a los motivos de control del ejercicio de la función pública implicaría desconocer uno de los fundamentos básicos de la normativa en cuestión, cual es el ejercicio del derecho de acceso a la información.

### **7. ¿Se transforma en pública la información personal por el hecho de estar en manos de un sujeto obligado?**

En verdad que una información posea el carácter de pública o privada solo *prima facie* y muy relativamente depende de donde se encuentre. Más relevante es el tipo de información, su naturaleza, en particular si ella está protegida por un derecho constitucional. Es obvio que los sujetos individuales poseen información pública. Y también que los entes estatales administran información privada. El hecho de que estos últimos reciban información de los individuos, cosa que hacen constantemente por un sin número de razones, no la transforma, *ipsu jure* en pública. Y la Ley de Transparencia lo deja claro cuando establece las limitaciones a la publicidad expresadas en el artículo 5º de esa norma.

Pero lo que sucede es que en el caso de la información protegida por un derecho constitucional en manos de la Administración pueden *haber razones que demanden su publicación*. Estas son las razones que dispone la Ley de Transparencia, expresadas en los diversos motivos o justificaciones de la ley, como lo son el debido control de la actividad pública, la defensa de la probidad o el ejercicio del derecho de acceso a la información. Esas razones deben ser necesariamente ponderadas con la debida protección de los derechos de terceros por medio del procedimiento que dispone la misma ley.

### **8. Conclusiones a la Segunda Parte.**

El análisis desarrollado en las páginas anteriores sobre la situación de la información de particulares en manos de la Administración y su relación con la publicidad de la misma permite ofrecer las siguientes conclusiones:

1. Es necesario efectuar una distinción entre información relativa a una persona particular, que hemos denominado *información personal*, e información cubierta por un derecho constitucional como la privacidad, libertad económica y propiedad, que hemos denominado *información constitucionalmente protegida*. La primera no necesariamente posee relevancia jurídica, al menos para efectos de la Ley de Transparencia. La segunda sí.
2. Los casos de conflicto potencial entre publicidad y información constitucionalmente protegida se producen en varias de las normas de la Ley de

Transparencia, pero, en principio, hay razones constitucionales suficientes para justificar la publicidad de la información. Esto es más claro como regla general respecto a la transparencia activa. En el caso de la transparencia pasiva es algo que depende de las circunstancias concretas del caso, como se verá. En todo caso respecto a la información entregada por particulares y a la publicidad de ellas ese potencial conflicto se puede producir en todos los casos de publicidad contemplados en el artículo 5° y no sólo respecto a la norma de inciso segundo objeto de este informe.

3. Cuando existe una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida es necesario distinguir aspectos procesales como criterios sustantivos para su solución.
4. Procedimentalmente cuando existe una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida lo que corresponde es seguir el procedimiento de consulta de la ley a los terceros afectados. Lo anterior en razón de que son ellos los titulares de la información, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 634, por lo que sólo ellos pueden decir si quieren o no su publicación. Y es también la correcta interpretación legal, pues la Ley de Transparencia no autoriza a la autoridad cuestionada a eliminar ese paso, reemplazando su juicio al de los terceros afectados.
5. Debe descartarse, entonces, que la autoridad, por sí y ante sí, decida que es público o privado en el caso de información constitucionalmente protegida.
6. Desde un punto de vista sustantivo el principio de publicidad reconoce como límite, entre otros, el respecto a los derechos constitucionales de los terceros afectados. Ese es el tenor literal del artículo 5° de la Ley de Transparencia, justificado además constitucionalmente por el artículo 8° de la Constitución y los principios de supremacía constitucional y de respeto y promoción de los derechos fundamentales que imponen los artículos 6° y 5° de la Constitución, respectivamente.
7. Pero ni los derechos de terceros ni ninguna de las otras causales de reserva pueden entenderse como absolutas, pues eso implicaría que respecto al derecho de acceso a la información habría límites absolutos. Al contrario, como lo señala la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, la imposición de esos límites está sujeto al juicio de ponderación o proporcionalidad.
8. Este juicio, que es el procedimiento universalmente aceptado por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre derechos, implica hacer un balance entre los diversos costos que existen para los derechos en juego.

9. Dentro de ese balance se debe considerar el interés público presente en la publicidad o en el secreto. Este aspecto, como se demostró, es una característica universal de las normativas de acceso a la información.
10. De lo anterior se puede concluir también que el hecho de que los particulares entreguen información a la Administración no cambia la naturaleza de ésta. Pero tampoco implica que esa información, aún si esta protegida constitucionalmente, no pueda ser eventualmente publicada si hay razones suficientes.
11. Tampoco es correcto suponer que la publicad de la información sólo se justifique cuando ella esté relacionada con la función pública, pues eso olvida el alcance del derecho de acceso a la información, que es más amplio.

### Parte III

#### La Historia Fidedigna de Inciso Segundo del Artículo 5°.

Para analizar el sentido y alcance de la norma bajo análisis y su constitucionalidad es útil adentrarnos en cómo ella fue estudiada en el Congreso Nacional. Para ello, en lo que sigue pasaremos a revisar la historia fidedigna del establecimiento de la disposición en análisis, revisando el desarrollo que tuvo en cada uno de sus distintos trámites legislativos de discusión en el Congreso Nacional.

#### 1. Primer Trámite Constitucional ante el Senado.

##### 1.1 Moción Parlamentaria.

El proceso legislativo se inicia con una moción de los Senadores Jaime Gazmuri Mujica y Hernán Larraín Fernández, de fecha 4 de enero del 2005. Esta, en lo que nos interesa señala:

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al D.F.L. N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado: 1. Agrégase en el inciso segundo del artículo 13, como párrafo final:

“En virtud del principio de la transparencia de la función pública, *toda información que obre en poder de la Administración del Estado es por principio pública*. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir la información de cualquier órgano de la administración del Estado. Este derecho de información también comprende el derecho a acceder a las informaciones contenidas en actas y expedientes, y la posibilidad de formular consultas a las entidades y personas ya señaladas”.

Como se apreciará, desde el origen de la norma se contempló que la publicidad abarcaba toda la información en manos de la Administración del Estado.

##### 1.2. Segundo Informe de la Comisión de Gobierno.

En el segundo informe se dispuso que:

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al D.F.L. N° 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado:

1. Agrégase en el inciso segundo del artículo 13, las siguientes oraciones finales:

“En virtud del principio de la transparencia de la función pública, *toda información que obre en poder de la Administración del Estado es por principio pública*. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley. Este derecho de acceso a la

información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como en toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales. Asimismo, comprende la facultad de formular consultas a las entidades señaladas, la que a falta de procedimiento expreso, se ejercerá de conformidad con las disposiciones de la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos.”.

### **1.3 Discusión en la Sala.**

Para efectos de la mejor comprensión se transcriben los debates relevantes:

El señor Senador Hernán Larraín.- “[...] Señor Presidente, sólo quiero informar acerca del contenido del texto que nos ocupa, pues el señor Secretario efectuó una relación bastante completa respecto de lo aprobado por la Comisión de Gobierno.

El proyecto que presentamos con el Honorable señor Gazmuri fue acogido en lo fundamental por ese órgano técnico. Se le introdujo una cantidad importante de modificaciones que –creo– lo han mejorado. Y hemos tenido a la vista, fundamentalmente, la aprobación del nuevo artículo 8° de la Constitución, que incorporó conceptos bastante precisos sobre esta materia. Por lo tanto, se realizó toda una adecuación normativa, que se tradujo en las disposiciones que los miembros de la Comisión, otros señores Senadores y el propio Ejecutivo incorporaron mediante indicaciones.

De un lado, se establece qué se entiende por información pública. A la vez, se contempla el principio que ha estado en discusión a propósito del artículo 2°, que recoge –reitero– lo que dice la Constitución, y, también, lo que plantea hoy la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que no ha provocado ninguna dificultad [...]

El señor José Antonio Viera-Gallo.- “[...] Señor Presidente, éste es un tema muy de fondo, como lo señaló el Honorable señor Andrés Zaldívar. Y tal vez, cuando aprobamos la reforma constitucional, no fuimos suficientemente precisos en la interpretación. Para la historia fidedigna de la ley, estimo importante dejar constancia al menos de mi criterio. No sé cuál será el de los demás colegas.

Cuando se dice que algo tiene que ser público, significa que ese algo ha de ser conocido; que no puede ser secreto o estar escondido. Ello no implica necesariamente que deba tenerse conocimiento directo del acto por su naturaleza, sino que simplemente, a diferencia de la República Veneciana, cualquier persona pueda conocer una resolución administrativa, judicial o legislativa que le afectará en su vida cotidiana. Por eso se dice que la ley se presume conocida. Es pública. Entonces, en primer término, al señalar que algo es público estamos diciendo que no es secreto. En segundo lugar, es obvio que ello también rige para los fundamentos y los documentos, tal como se indica en el proyecto.

## 2. Segundo Trámite Constitucional: La Cámara de Diputados.

### 2.1 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

En ella se dispuso que:

Artículo 5°.- Este artículo, primero del Título II que trata de la Publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, señala que 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 sirven de sustento o complemento directo, esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son por principio públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Su inciso segundo agrega que asimismo, se presume pública toda 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.

Esta norma fue objeto de una indicación substitutiva que proponía lo siguiente:

4.- Por la cuarta sustituyen en el inciso segundo las expresiones “se presume” por la forma verbal “es”.

Respecto de esta indicación, la Diputada señora Turrez señaló que se trataba de dar concordancia a los incisos primero y segundo, por cuanto si el primero señalaba que los actos y resoluciones son públicos y el segundo solamente presumía tal publicidad, la expresión “Asimismo” que encabezaba el segundo inciso parecía contradictoria toda vez que denotaba la idea de continuidad y no de diferencia.

El Diputado señor Burgos objetó la indicación por cuanto por el hecho de haber excepciones a la publicidad, ésta sólo debía presumirse. La supresión del contenido jurídico propio de la presunción, daría lugar a situaciones controversiales frente a diversas situaciones.

El Diputado señor Ceroni estuvo por rechazar la indicación, toda vez que las materias tratadas por ambos incisos no eran las mismas sino que distintas. En efecto, el primero se refería a las resoluciones y documentos que servían de sustento a los actos públicos, los que serían públicos y, el segundo, en cambio, se refería a las informaciones que pueden encontrarse en poder de la Administración y que, incluso, podrían provenir de otros organismos distintos de la Administración. Respecto de esta información solamente podría presumirse su publicidad, opinión con la que coincidió el Diputado señor Bustos [destacado nuestro].

Los representantes del Ejecutivo apoyaron esta última opinión por cuanto el artículo 8° de la Constitución, se refiere a los actos y resoluciones de los órganos del Estado a los que declara públicos y que son los que menciona el artículo en análisis. El inciso segundo se

refiere al resto de la información en poder de la Administración, de la que solamente puede presumirse su publicidad. [destacado nuestro].

Se rechazó la indicación por mayoría de votos (6 votos en contra y 4 a favor).

Y, finalmente, se presentó como indicación, lo siguiente:

5.- Por la quinta agregan al final del inciso segundo la siguiente oración: “Se considerará, además, como información pública, cualquier tipo de documentación financiada con presupuesto público, salvo las excepciones legales.”.

La Comisión, siguiendo la opinión del Diputado señor Bustos, estimó que el contenido de esta indicación ya estaría comprendido en el inciso segundo propuesto por el Ejecutivo, procediendo, en consecuencia, a rechazarla por mayoría de votos (6 votos en contra y 4 a favor). Puesto en votación el artículo, se lo aprobó por mayoría de votos, sin otra enmienda que la indicación acogida (6 votos a favor y 4 en contra).

### **3. La Comisión Mixta.**

El Informe de la Comisión Mixta señaló que el Título II de la Ley de Transparencia contenida en el proyecto de la Honorable Cámara, comprensivo de los artículos 5° y 6°, regula la publicidad de la información de los órganos de la Administración.

El primero de estos preceptos -artículo 5°- declara que en función de la transparencia, las actuaciones de la Administración, sus fundamentos, los antecedentes que les sirvan de sustento o complemento esencial y los procedimientos para su implementación son públicos, salvo las excepciones que establezca una ley de quórum calificado.

Además, presume pública la información que tenga la Administración, cualquiera sea su forma, origen, soporte, fecha o clasificación, con las mismas excepciones precedentemente previstas. [subrayado nuestro]

Este precepto fue aprobado unánimemente por la Comisión Mixta, con dos enmiendas:

La primera, a sugerencia del Honorable Senador señor Núñez, consiste en reemplazar las expresiones “se presume”, consignada en el inciso segundo, por la forma verbal “es”, y la segunda, a proposición del Honorable Senador señor Larraín, revive una norma del texto aprobado por el Senado en el primer trámite constitucional de este proyecto, que declara pública toda información elaborada con presupuesto público, que se incorporó también al inciso segundo del artículo en examen. [subrayado nuestro]

### **4. Observaciones.**

De acuerdo a lo revisado en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, en sus distintos trámites constitucionales, en lo que concierne concretamente a la historia de la instauración del inciso segundo, parte segunda,

del artículo 5º que reza: “...y de toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración...”, cabe formular los siguientes comentarios:

1.- No hubo, ni se registró en el seno de la deliberación parlamentaria, ninguna duda o cuestionamiento sobre la eventual inconstitucionalidad de tal precepto, o al menos dudas en lo que concierne a su futura aplicación y la eventual afectación de intereses o derechos de los privados, así como tampoco respecto a supuestos usos discrecionales del articulado por parte de los requirentes de información pública estatal.

2.- Es más, quedó constancia en la actas parlamentarias que tal enunciado forma parte de un principio más amplio de transparencia de la función pública.

3.- Por otra parte, tal principio tendría pleno soporte constitucional según lo manifestado por uno de los redactores del proyecto, el Senador don Hernán Larrain, quien expuso en las Cámaras del Congreso que “[...] (se tuvo) a la vista, fundamentalmente, la aprobación del nuevo artículo 8º de la Constitución, que incorporó conceptos bastante precisos sobre esta materia. Por lo tanto, se realizó toda una adecuación normativa, que se tradujo en las disposiciones que los miembros de la Comisión, otros señores Senadores y el propio Ejecutivo incorporaron mediante indicaciones...”. Lo cual fue reafirmado y complementado por el representante del Ejecutivo en la discusión parlamentaria, el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia Señor José Antonio Viera-Gallo, quien dijo: “...Cuando se dice que algo tiene que ser público, significa que ese algo ha de ser conocido; que no puede ser secreto o estar escondido. Ello no implica necesariamente que deba tenerse conocimiento directo del acto por su naturaleza, sino que simplemente, a diferencia de la República Veneciana, cualquier persona pueda conocer una resolución administrativa, judicial o legislativa que le afectará en su vida cotidiana. Por eso se dice que la ley se presume conocida. Es pública. Entonces, en primer término, al señalar que algo es público estamos diciendo que no es secreto. En segundo lugar, es obvio que ello también rige para los fundamentos y los documentos, tal como se indica en el proyecto...”

4.- Por último, cabe decir que todo lo anterior es posible corroborarlo, desde el momento que no se introdujeron modificaciones sustantivas al enunciado. Y las que se efectuaron en sus distintos trámites –lo cual consta en actas–, se refirieron concretamente a otros ítems normativos del artículo. Por lo tanto, el enunciado se mantuvo incólume, desde su génesis como moción, hasta su aprobación y publicación como Ley de la República.

## **Parte IV**

### **Análisis Jurisprudencial.**

#### **1. Decisiones del Consejo para la Transparencia.**

Una revisión no exhaustiva de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia sobre esta materia permite encontrar varios casos que dan la tónica de cómo el Consejo ha resuelto situaciones en las cuales se solicita información que, eventualmente, podría afectar intereses y derechos de terceros particulares.

##### **1.1 Decisiones.**

**a. Decisión amparo rol A247-09 [22 de enero de 2010].** Denegación de información concerniente a certificados de grados y títulos académicos de algunos funcionarios públicos. Los funcionarios requeridos se opusieron alegando la trasgresión de la causal de reserva contemplada en el art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. El Consejo estimó que la esfera de la vida privada de un funcionario público es más restringida que la de un particular, pues los primeros desempeñan una función pública que debe ejercerse con transparencia. Que, además, la supuesta afectación de la honra de los funcionarios sancionados no puede ser fundamento suficiente para reconocer que la publicidad de tal información toda vez que las personas involucradas, en cuanto funcionarios públicos, poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen. **Acogido**, no cabe admitir la causal de secreto o reserva del art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia.

**b. Decisión de amparo rol C610-10 [26 de noviembre de 2010].** Denegación de entrega de información en lo que respecta a una base de datos de todas las patentes emitidas por el municipio de Viña del Mar, incluyendo los siguientes datos: a) Ciudad; b) Nombre del contribuyente o razón social; c) Dirección, incluyendo calle y número; d) Giro comercial. **Acogido.** El Consejo estableció que a las personas jurídicas no les es aplicable la Ley N° 19.628, por lo que la publicidad de las patentes municipales a su respecto, envuelve o autoriza la divulgación de los datos que son de interés del reclamante. En lo que respecta a la información privada de contribuyentes personas naturales, únicamente reviste relevancia sobre las siguientes dos cuestiones, a saber: a) El cumplimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad que se autoriza por medio de la patente; b) Los ingresos que se perciben por concepto de patentes municipales. Que en atención a lo antes expuesto se concluye que, en este caso, la reserva de los datos personales que interesan al reclamante podría ceder en beneficio de su publicidad, por el manifiesto interés público que revisten, por tanto se acoge el amparo.

**c. Decisión de amparo rol C472-10 [29 de septiembre de 2010].** Denegación de información respecto a) Desglose de los montos cobrados por el Municipio de Las Condes a la empresa Johnson's S.A., por concepto de patente comercial y derechos de aseo. b) Monto del capital en que se basó el cálculo de los derechos referidos, en cada uno de los semestres solicitados. El organismo requerido se fundó para ello en que tal información solicitada es de carácter comercial o económico y que no se encuentra mencionada como susceptible de entregar en el artículo de la Ley N° 19.628. Estimando, además, que se

infringía la reserva prevista en el art. 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. **Acogido.** El Consejo resolvió que no existió una adecuada fundamentación ni detalle de las razones legales de la oposición y no se explicitó cómo se afectaron los derechos. Que el capital social constituye información pública de acuerdo al procedimiento mismo de constitución de sociedades comerciales. De igual manera, el capital propio de una empresa, sobre el cual se realiza el cálculo semestral para el pago de patente comercial, se encuentra impreso y detallado en la misma. Por tanto, no existe perjuicio de intereses y derechos de terceros involucrados por la entrega de información.

**d. Decisión amparo N° C190-10. [10 de agosto de 2010].** Nora Burgos Yáñez solicitó a la Corporación Municipal de Educación de Talagante que le entregara copia de los siguientes documentos empleados en el concurso público para proveer el cargo de Director de la escuela F-653: a) Informe psicológico; b) Planillas de puntuación e instrumentos de evaluación empleados por la Comisión Calificadora en la resolución del concurso; y c) Copia del reglamento del concurso. **Acogido parcialmente.** [...] El Reglamento de concursos docentes empleado por la Corporación de Educación Municipal de Talagante posee el carácter de información pública [...] Considerando 12°. *“Respecto al informe psicológico solicitado, se debe tener presente que este Consejo ya se ha pronunciado sobre el tratamiento que se le debe brindar a dichos instrumentos en la decisión de las reposiciones de los amparos A29-09 y A35-09, en la que se resolvió que la evaluación descriptiva de atributos y la conclusión de un informe sicolaboral, tienen el carácter de reservados. Todo ello configura en este caso la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia. Por otro lado, aplicando un test de daño el beneficio público resultante de conocer esta información es inferior al daño que podría causar su revelación, como se ha señalado a través de las decisiones de los amparos A186-09, A348-09, RA29-09, C561-09, C614-09 y C91-10, resultando del todo aplicable a la especie, razón por la cual, se deberá rechazar el amparo deducido por la Sra. Burgos en lo relativo a la negación de la copia del informe psicológico solicitado”*. [destacado nuestro].

**e. Decisión de amparo N° A86-09. [20 de mayo de 2010].** Denegación de información acerca de la fecha de salida del territorio nacional por el paso fronterizo Jeinimeni, del señor David Ibar Muñoz Guzmán (de nacionalidad mexicana) e ingreso al territorio nacional por el Paso Cardenal Samoré, entre los meses de octubre y noviembre del año 2007 y viceversa. **Denegado.** Considerando 7°: *Que, por otra parte, al constituir lo requerido datos personales referentes a una persona natural hay que realizar un balance entre ambos derechos fundamentales, esto es, el derecho a la vida privada y el derecho fundamental de acceso a la información pública. Realizando dicho test se puede establecer que no se ha acreditado qué interés público reviste la información solicitada en este caso.* Considerando 8°: *“...el motivo por el cual ingresó al territorio nacional una persona, así como las actividades que tiene permitidas realizar en nuestro país son parte de la situación migratoria de una persona física identificada, la cual es un dato personal confidencial...”*. [destacado nuestro].

**f. Decisión de amparo rol A91 – 09 [14 de agosto de 2009]:** Pedro Anguita Ramírez solicitó a la Subsecretaría de Carabineros los reclamos o denuncias presentados por ciudadanos con motivo u ocasión de una actuación o diligencia policial que hubiese recibido dicha Subsecretaría durante el año 2008, con las siguientes menciones: a)

—Nombre completo de la persona que interpuso el reclamo o la denuncia; b) —El motivo que originó la presentación del reclamo o la denuncia; c) —La indicación en cada reclamo, si fue presentada por carta, teléfono, correo electrónico u otra vía ; d) —La indicación si el reclamo fue remitido o reenviado y por qué vía —carta, correo electrónico o teléfonos a la Dirección General de Carabineros; y e) —La sugerencia recomendada en cada reclamo o denuncia remitida a la Dirección General de Carabineros. **Acogido parcialmente.** Considerando 4º: Denuncias y reclamos a subsecretarías son públicos. Aplicación del principio de relevancia respecto de los nombres completos de las personas que han efectuado denuncias o reclamos con motivo u ocasión de diligencia policial. Considerando 6º: el nombre de una persona natural es un dato personal del cual ella es titular, además de un atributo de su personalidad. Como dato personal se encuentra amparado por la Ley N° 19.628 [...] este Consejo reconoce que la divulgación o entrega de los nombres de todos los denunciados o reclamantes solicitados por el requirente podría inhibir futuras denuncias o reclamos ante la Subsecretaría de Carabineros. Considerando 10º: c) reclamos o denuncias presentados por autoridades públicas, o por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o función pública, no puede sostenerse que la revelación de sus identidades fuese a causarles algún perjuicio. d) Tratándose de los reclamos o denuncias presentados por particulares la Subsecretaría de Carabineros deberá comunicarles, en caso que considere que la revelación de su identidad podría afectar sus derechos, la solicitud mediante carta certificada señalándoles la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de su identidad, en conformidad con el artículo 21 N° 2 y el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

g. **Decisión amparo rol C455-09 [09 de abril de 2010].** El objeto de la solicitud de información acerca de los documentos que den cuenta de las actividades de perfeccionamiento de los docentes directivos pertenecientes a los establecimientos comunales de Curacaví, especificando los cursos, años, sedes, por cada establecimiento municipal. **Acogido.** Se trata de información pública que debe obrar en poder del reclamado, de acuerdo al art. 5 de la Ley de Transparencia, ejerciéndose en la especie el derecho de acceso a la información pública como mecanismo de control social y verificación de los requisitos para ejercer cargos docentes directivos en establecimientos educacionales municipales. Considerando 15º no se advierte de qué modo la divulgación de la información pedida afecte o pudiera afectar la esfera de la vida privada o salud de los mismos. Tampoco existen antecedentes concretos que la imagen profesional, a la vida privada e integridad pudiera afectarse con la divulgación de la información pedida, por cuanto ésta da cuenta del perfeccionamiento de los funcionarios aludidos en la solicitud.

h. **Decisión de amparo 355-10 [20 de agosto de 2010].** Solicitud a Municipalidad de Recoleta de copia de una carta en la cual se hace referencia a supuestas conductas que mancillan calidad profesional y honra del solicitante. Agrega el solicitante que dicha carta habría sido esgrimida como fundamento principal de su salida de la Institución. El Consejo dictaminó que por aplicación del art. 5 de la Ley de Transparencia, la información materia del presente amparo sería en principio pública, en atención a que se trata de información que obra en poder de un órgano de la Administración [...] Sin embargo, habiendo oposición de un tercero, como acontece en este caso, es indispensable verificar el daño que éste sufriría de entregarse la información y aplicar lo que en doctrina se ha llamado un “test de interés público”, a efectos de determinar si existe un interés público que justifique la

divulgación de la información o si, por el contrario, debe prevalecer su reserva para resguardar los derechos del tercero que se opuso [...] cabe entender que la publicidad, comunicación o conocimiento de la información contenida en la carta solicitada puede afectar derechos de terceros[...] en cuanto al interés público que podría representar la publicidad del documento solicitado, de los antecedentes tenidos a la vista, este Consejo considera que no se encuentra suficientemente acreditado el hecho de que la carta escrita por la postulante en referencia constituya el fundamento de la decisión de poner término al contrato que mantenía el solicitante con la Municipalidad de Recoleta [...] que atendiendo las particulares circunstancias del caso en estudio, se estima reservada la información solicitada, por lo que no cabe acoger el reclamo, ni requerir a la Autoridad reclamada que dé acceso a dicho documento. [Subrayado nuestro].

## **1.2. Conclusiones preliminares.**

Sin efectuar un estudio más completo y acabado de la jurisprudencia del Consejo lo que se puede concluir preliminarmente hasta ahora es lo siguiente:

- a. El Consejo ha empleado la norma de inciso segundo de artículo 5°, es decir, ha considerado, en principio, como pública una información por el hecho de estar en manos de la Administración.
- b. En los casos en que se ha solicitado ese tipo de información con frecuencia ella es objetada por una parte afectada, alegándose una de las causales de reserva del artículo 21 de la ley.
- c. El Consejo ha resuelto que corresponde a la parte que alega la causal el probar que hay una afectación de un derecho.
- d. Aunque esta condición se cumpla el Consejo efectúa un balance entre el interés del derecho y el interés público en la publicidad.
- e. Para el Consejo, entonces, las causales de reserva no se entienden como absolutas sino que están sujetas al juicio de ponderación. Luego, se ha encargado de velar por los intereses y derechos de los privados cuando éstos se han visto afectados.

## **2. Dictámenes de Contraloría.**

Al respecto cabe informar que no se han encontrado dictámenes de la Contraloría General de la República que digan relación con la norma bajo estudio.

## **3. Jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones al conocer del Recurso de Ilegalidad.**

A objeto de este informe es necesario analizar lo que las Cortes de Apelaciones han resuelto en casos conociendo el recurso de ilegalidad de que dispone la Ley de Transparencia cuando se ha solicitado información en virtud del artículo 5°, inciso 2°.

### 3.1 Caso Fundación Futuro.

Al respecto, el caso más relevante es el producido a raíz del Amparo A309-09, relativo a la Fundación Futuro.

En este caso la señora Francisca Skoknic solicitó a la Subsecretaría de Justicia acceso a las memorias, balances y actas del Directorio de la Fundación Futuro. A esta petición este organismo estatal realizó la comunicación al tercero afectado, la Fundación, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Transparencia. La Fundación Futuro se opuso a la entrega de la información, alegando que la información no era de las informaciones que contemplaba el artículo 10 de la ley y que estaba cubierta por las causales de secreto de la ley. En virtud de esta negativa el servicio deniega la petición de información. Ante esto la peticionaria interpone el recurso de amparo ante el Consejo para la Transparencia. Luego de escuchadas a las partes el Consejo por mayoría de sus miembros resolvió conceder el amparo señalando que la información solicitada era pública en virtud del artículo 5° de la Ley de Transparencia que se refiere a que los es toda la información en manos de la Administración y que no se apreciaba como la divulgación de la información solicitada afectaba un derecho de la Fundación.

Ante esta resolución la Fundación decide interponer el recuso de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta, con fecha 7 de octubre del 2010 falla el reclamo, sólo acogéndolo en aquello relativo a las actas del directorio. Se transcriben los considerandos fundamentales para sus comentarios:

*8°.- Que si bien la lectura del artículo 5° de la Ley de Transparencia, ya reseñado, permite concluir, en un primer análisis, que la información que está en poder de los órganos del Estado es pública, a menos que exista una causal específica de reserva, tal afirmación necesita, en opinión de estos sentenciadores, matizarse en función de la naturaleza, origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa.*

*Así, por ejemplo, no es lo mismo lo que sucede con la información producida por el Estado, incluso en sus labores de fiscalización, que aquella recibida por algún organismo en procesos de concurso, en que se puedan –o deban- entregar datos personalísimos; lo que ilustra la diferencia que se quiere resaltar, sin perjuicio de la concurrencia de alguna causal de reserva consagrada por la ley.*

*9°.- Que, así las cosas, parece evidente que la información relativa a las memorias y balances de una entidad sin fines de lucro sometida a la supervisión de la autoridad –en concreto, la Fundación Futuro- es siempre necesaria para el adecuado ejercicio de esta función pública, porque da –o debería dar- cuenta sistemática, periódica y rigurosa de la labor de la institución fiscalizada; sin que suceda lo mismo con las actas*

*de su directorio o asamblea, que dan cuenta de etapas deliberativas o resolutivas propias de la vida del ente colectivo que no necesitan ser conocidos por la autoridad, a menos que se trate de algunas específicas – como podría ser la de reforma de estatutos o de constitución de poderes-, que debieran estar consignadas en algún ordenamiento objetivo y general, o cuya entrega haya sido ordenada en el ejercicio de la actividad fiscalizadora, a propósito de alguna irregularidad.*

*10°.- Que, por lo dicho, no es posible aceptar, de manera lisa y llana, que toda información proveniente de particulares, que está en poder del Estado, sea obligadamente pública, a menos que se configure alguna de las excepciones expresamente consignadas en la ley; pues, ateniéndose a un enfoque lógico del problema, 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 éstas o porque se ha expresado en actos administrativos directos*

Por otra parte merecen transcribirse las consideraciones disidentes de la abogada integrante señora Regina Clark, que estuvo por rechazar íntegramente el reclamo porque:

*“en su concepto la información, que estando en poder de los órganos del Estado y participando de su carácter público por disposición legal, se pretende discriminar, es parte consustancial de las decisiones que se consignan en la memoria y balance de la reclamante, constituyendo por ende, a su juicio, fundamentos considerados por la Subsecretaría de Justicia como necesarios para el ejercicio de la facultad fiscalizadora estatuida en la norma legal pertinente, 36 del Decreto Supremo N° 110 de 1979 del Ministerio de Justicia, lo que se evidencia, además, de la obligación que tienen estas entidades -Fundaciones y Corporaciones- de presentar a dicha secretaría de estado sus memorias y balances semestrales (junio y diciembre de cada año) y copias de actas de asambleas y de elección de su directorio, como fluye de los antecedentes e informes emitidos acompañados al proceso.*

*Que, asimismo, a su parecer, no se advierte en la tramitación del presente reclamo, que la información solicitada y contenida en las actas en cuestión, pueda afectar los derechos de las personas, su salud o la esfera de su vida privada, para que pueda operar la reserva que estatuye la ley.*

[...]

*Que, a su vez, es preciso anotar que la existencia de expresión e información libre es objetivamente valiosa para una sociedad y por lo mismo, como lo ha sostenido la doctrina, se ha configurado una "posición preferente" respecto de otros derechos fundamentales, ratificándose que*

*la libertad de información no es sólo un valor en sí mismo sino que es esencial para el ejercicio de otros derechos.*

*Que en consecuencia, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho positivo a buscar y a recibir información, "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", como se consigna, también, en los tratados internacionales sobre la materia (Convención Americana, Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).*

*Que de esta manera, esta disidente estima como fundamento de su decisión, que los límites a este derecho están expresamente determinados por la ley en términos de excepcionalidad, debiendo tal restricción fundarse en una cláusula limitativa -de reserva o secreto, que, además, debe ser interpretada restrictivamente."*

De lo resuelto por la Corte, tanto en su voto mayoritario, como en el de minoría y a la luz de lo expuesto antes en este informe se puede observar lo siguiente:

1. La consideración de que lo público está limitado sólo a aquello que se relaciona directamente con el ejercicio de una función pública no posee base en la misma ley, pues ésta no se limita a asegurar el conocimiento de la información en razón de esa función sino que, como lo señala el mismo artículo 11, al ejercicio del derecho de acceso a la información.
2. Justamente esta interpretación del voto de mayoría restringe el alcance de ese derecho de una forma tal que no posee base en el texto de la ley ni en la jurisprudencia constitucional o de derechos humanos estudiada, que establecen un derecho a la información amplio, que sirve a diversos propósitos, tal como claramente lo expone, por lo demás, el voto disidente en el fallo en comento.
3. Lo señalado por el voto de mayoría respecto a que no se puede aceptar que por el hecho de que la información privada se entregue a la administración sea obligatoriamente público no es algo que haya sido alegado en el caso ni tampoco posee base en la ley. Como se ha señalado en este informe, la entrega de la información por sí sola no cambia la naturaleza de ésta, sin perjuicio de que puedan haber razones para su publicación.
4. El fallo de mayoría no distingue entre tipos de información entregada por particulares, asumiendo que toda ella necesariamente está bajo un control del particular por el hecho de ser proveniente de un particular. Como se ha argumentado en este informe, sólo información que pueda reconducirse a un derecho posee la calidad de constituirse en límite al derecho de acceso a la información.

5. La ley expresamente deja fuera esa información, cuando ella pueda ser protegida por un derecho constitucional, por medio de las causales de reserva. Distinto, y no es algo analizado por la Corte, que las causales de reserva puedan ser, a fin de cuentas, dejadas de lado a favor de la publicidad por existir un interés público mayor a favor de la publicidad.

### 3.2 Caso OXXEAN S.A

Este caso se produce a raíz del recurso de ilegalidad interpuesto por la empresa OXXEAN en contra de la resolución C580-09 del Consejo para la Transparencia. El Consejo, en esa ocasión falló en contra de la resolución de la Dirección General del Territorio Marítimo de negar la petición de información presentada por la Pesquera San José, a acceder al estudio de maniobrabilidad de OXXEAN S.A. Esta empresa alegó que no se trata de una información ya producida, por lo que no tiene el carácter de pública, pues aquella se refiere a los actos terminales de los órganos de la Administración del Estado; y atendido a que la información solicitada por Pesquera San José afecta gravemente los derechos de carácter comercial y económicos de su representada, es que solicita a la Corte su rechazo.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 6 de enero del presente acogerá el recurso argumentando:

*“1.- Que para la acertada resolución del recurso habrán de tenerse presente las disposiciones del artículo 8° de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 5° de la ley 20.285 sobre acceso a la información pública, señalando esta última norma, en su inciso primero que: “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”; de donde resulta, en lo pertinente, que serán públicos los documentos que sirvan de sustento o complemento directo o esencial, que se utilicen, que se empleen, que sirvan para la dictación de resoluciones de los órganos de la Administración. A contrario sensu, no tendrán el carácter de públicos aquellos documentos que, no obstante haberse acompañado al órgano, para que sirvan de sustento en la dictación de la resolución requerida, aún esta resolución o acto administrativo según el caso, no se dicta o lleva a cabo.[destacada nuestro]*

*2.- Que en la especie no hay un pronunciamiento definitivo del órgano administrativo, pues ocurre que la Dirección del Territorio Marítimo y Mercante, DIRECTIMAR, devolvió a la requirente el estudio para que se le efectuaran ciertas correcciones y observaciones, por lo que no estando aún resuelto en definitiva lo solicitado, debe entenderse que la solicitud respectiva está actualmente en tramitación.*

3.- *Que, el mismo artículo 5° de la ley 20.285, en su inciso segundo, señala que “...es pública la información elaborada con presupuesto público....”, por lo que, siempre a contrario sensu, será privada la información obtenida con fondos privados, como es precisamente el caso sub lite, lo que no hace aplicable al caso, en consecuencia, la normativa referida a la información pública. [destacada nuestro]*

[...]

5.- *Que, desde el punto de vista del dominio de la información contenida en la documentación acompañada, debe entenderse que esta es de dominio del requirente de un acto o resolución del órgano administrativo, y que para efectos de estudio y análisis por parte de dicho órgano, es que el dueño de tal información, cosa inmaterial, se desprende solamente de la facultad de uso que tiene sobre el bien, permaneciendo la cosa en su patrimonio, es decir continúa siendo de dominio privado; lo que hace que ésta, naturalmente, no sea de dominio público. Sólo procederá el cambio del dominio, pasando a ser un bien nacional, en los términos del artículo 589 del Código Civil, es decir, aquellos bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda, una vez que el órgano de la Administración del Estado haya realizado el acto o emitido la resolución de que se trate; pues sólo en tal caso está obligado dicho órgano a hacer públicos los documentos en los cuales basó su actuación. Este cambio de dominio tiene su fuente en la ley, y por ende será únicamente a partir del momento en que se perfeccione el acto o resolución, que la cosa, sea un estudio o documento en particular, pierde su carácter de cosa privada y pasa a ser bien nacional, lo que permitirá como consecuencia su uso por todos los habitantes de la República. [destacado nuestro].*

6.- *Que, resulta evidente el dominio privado de la cosa específica que significa un estudio o trabajo acompañado a una solicitud que se presente a un órgano de Administración del Estado, pues la propia ley 20.285, en su artículo 21 N° 2 permite como causal de secreto o reserva que habilita para denegar el acceso a la información, “Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas.....” y el artículo 582 del Código Civil, al definir el derecho real de dominio, dice que: “El dominio ( que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.” Y el artículo siguiente, el 583, indica que “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad.” Es por ello que, constituyendo los documentos que se acompañen a un requerimiento del órgano administrativo, el carácter de bienes privados, significación que conservan hasta en tanto no pasen a ser bienes nacionales en virtud de la resolución del órgano, su uso no puede estar permitido sino exclusivamente al órgano administrativo encargado de su estudio, y una vez que se pronuncie dicho órgano sobre la solicitud respectiva a la cual se*

*hubiese acompañado tal documentación, recién y sólo entonces ésta documentación tendrá el carácter de pública.* [destacada nuestro].

El fallo en comento permite varias observaciones.

1. La Corte aplica un criterio expansivo de dominio de la información. Para ella todo documento emanado de un privado está cubierto por esa garantía. Como se señaló antes excede con mucho el propósito de este informe determinar el exacto contenido del derecho de dominio sobre la información. Pero, sin embargo, también se señaló que de seguirse ese criterio absolutista se producirían problemas graves en la actividad diaria de las personas y, por cierto, para la publicidad. Sin ir más lejos la Corte estima que sólo cuando se dictare el acto terminal se producirá el traspaso a dominio público de la información. Pero si la información fuera realmente cubierta por el derecho de propiedad eso implicaría que la dictación del acto administrativo por el cual se entregó la información sería un acto expropiatorio, que requeriría la correspondiente indemnización. Tamaña consecuencia ya advierte de lo problemático de atribuir propiedad a la información de un particular sin efectuar, al menos, importantes calificaciones.
2. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte no considera la norma básica del inciso final del artículo 5º, que estima como pública la información por el sólo hecho de estar en manos de la Administración. Esta norma posee por cierto el límite de los derechos de terceros, pero de haberlos, y en el caso se puede estimar que si, se requiere efectuar el correspondiente balance de daño. La Corte simplemente hace primar el derecho de propiedad, como si este fuera un límite absoluto a la publicidad, lo que, de acuerdo a las consideraciones anteriores expresadas en este informe, no corresponde constitucionalmente.

## Conclusiones Finales

El trabajo antes desarrollado permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El principio de publicidad en la Constitución no se funda única ni exclusivamente en el artículo 8°. Aún si esta disposición no existiera se podría deducir de varias otras normas constitucionales.
2. Los fundamentos de la publicidad se pueden encontrar en la definición política esencial de que Chile es una república democrática, contenida en el artículo 4° y en la garantía de la libertad de expresión, del artículo 19, n° 12. Este razonamiento se funda en la interpretación de estas normas, dada tanto por la Corte Interamericana como por el Tribunal Constitucional chileno.
3. El contenido público que justifican estas normas es más amplio que la definición de actos y resoluciones del Estado, y sus fundamentos, que contiene el actual artículo 8°.
4. Lo anterior es particularmente claro en el caso del contenido del derecho de acceso a la información, si se toman en consideración las diversas razones que llevan a estimarlo como un derecho implícito en nuestra Constitución. Entre ellas destaca la libertad de expresión, que es un derecho de contenido amplio. Si el derecho de acceso a la información es un derecho instrumental a aquélla, su contenido deber ser congruente.
5. Tanto la normativa comparada como la jurisprudencia internacional determinan que el derecho a la información es un derecho que se predica de las informaciones o documentos que están en manos de los sujetos a los cuales se les imponen las legislaciones de acceso a la información. En ninguna de las normas descritas en este informe, y de otras consideradas por este informante, se establece que el derecho de acceso lo sea a los actos del Estado.
6. Respecto a la información de particulares en manos de la Administración es necesario efectuar una distinción entre información relativa a una persona particular, que hemos denominado *información personal*, e información cubierta por un derecho constitucional como la privacidad, libertad económica y propiedad, que hemos denominado *información constitucionalmente protegida*. La primera no necesariamente posee relevancia jurídica, al menos para efectos de la Ley de Transparencia. La segunda sí.
7. Los casos de conflicto potencial entre publicidad e información constitucionalmente protegida se producen en varias de las normas de la Ley de Transparencia, pero, en principio, hay razones constitucionales suficientes para justificar la publicidad de la información. Esto es más claro como regla general respecto a la transparencia activa. En el caso de la transparencia pasiva es algo que depende de las circunstancias concretas del caso, como se verá. En todo

caso respecto a la información entregada por particulares y a la publicidad de ellas ese potencial conflicto se puede producir en todos los casos de publicidad contemplados en el artículo 5° y no sólo respecto a la norma de inciso segundo objeto de este informe.

8. Cuando existe una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida es necesario distinguir aspectos procesales como criterios sustantivos para su solución.
9. Procedimentalmente cuando se da una petición de información que diga relación o abarque información constitucionalmente protegida lo que corresponde es seguir el procedimiento de consulta de la ley a los terceros afectados. Lo anterior en razón de que son ellos los titulares de la información, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en su fallo Rol 634, por lo que sólo ellos pueden decir si quieren o no su publicación. Y es también la correcta interpretación legal, pues la Ley de Transparencia no autoriza a la autoridad cuestionada a eliminar ese paso, reemplazando su juicio al de los terceros afectados.
10. Debe descartarse, entonces, que la autoridad, por si y ante si, decida que es público o privado en el caso de información constitucionalmente protegida.
11. Desde un punto de vista sustantivo el principio de publicidad reconoce como límite, entre otros, el respecto a los derechos constitucionales de los terceros afectados. Ese es el tenor literal del artículo 5° de la Ley de Transparencia, justificado además constitucionalmente por el artículo 8° de la Constitución y los principios de supremacía constitucional y de respeto y promoción de los derechos fundamentales que imponen los artículos 6° y 5° de la Constitución, respectivamente.
12. Pero ni los derechos de terceros ni ninguna de las otras causales de reserva pueden entenderse como absolutas, pues eso implicaría que respecto al derecho de acceso a la información habría límites absolutos. Al contrario, como lo señala la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Claude v. Chile*, la imposición de esos límites está sujeto al juicio de ponderación o proporcionalidad.
13. Este juicio, que es el procedimiento universalmente aceptado por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre derechos, implica hacer un balance entre los diversos costos que existen para los derechos en juego.
14. Dentro de ese balance se debe considerar el interés público presente en la publicidad o en el secreto. Este aspecto, como se demostró, es una característica universal de las normativas de acceso a la información.
15. De lo anterior se puede concluir también que el hecho de que los particulares entreguen información a la Administración no cambia la naturaleza de ésta. Pero

tampoco implica que esa información, aún si está protegida constitucionalmente, no pueda ser eventualmente publicada si hay razones suficientes.

16. Tampoco es correcto suponer que la publicidad de la información sólo se justifique cuando ella este relacionada con la función pública, pues eso olvida el alcance del derecho de acceso a la información, que es más amplio.
17. La historia legislativa de la disposición bajo análisis demuestra que desde un principio la intención del legislador fue el asegurar un acceso amplio a la información, no restringido a la definición del artículo 8° de la Constitución. Y esa historia demuestra que la norma, que estaba incorporada desde la primera moción presentada por los senadores Larraín y Gazmuri, nunca fue objetada en su constitucionalidad.
18. La jurisprudencia del Consejo para la Transparencia ha aplicado en numerosos casos el principio de que la información que se puede pedir va más allá de la definida expresamente en el artículo 8° de la Constitución, pero que ella está limitada, como no podía no estarlo, por las excepciones que contempla la ley. Esa jurisprudencia ha también consistentemente empleado el criterio del interés público al efectuar el balance entre el derecho de acceso a la información y las causales de reserva.
19. Respecto a la jurisprudencia de la Contraloría, no se han hallado dictámenes pertinentes a la materia en consulta. Y en cuanto a los fallos de los Tribunales de Justicia, en el caso de la Fundación Futuro, este es criticable en cuanto limita el acceso a la información a lo relativo a la función pública, olvidando los otros fundamentos del acceso a la información contemplados en la misma ley, paradigmáticamente el derecho de acceso a la información de los ciudadanos. Y respecto al caso de OXXEAN, es criticable que la Corte olvide el principio de publicidad de la información en manos de la Administración é estime que los derechos de terceros funcionan como una causal absoluta de reserva. Adicionalmente, que emplee un concepto de derecho de propiedad de la información que de seguirse traerá consecuencias jurídicas de enorme relevancia, sin que se consideren adecuadamente estas.

Es todo cuanto puedo informar a usted.

Tomas Vial Solar