

INFORME EN DERECHO

NUEVA CONSTITUCION POLITICA:
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA
Y ACCESO A LA INFORMACION

ENRIQUE NAVARRO BELTRAN

Santiago, diciembre de 2020

RESUMEN EJECUTIVO

El presente Informe en Derecho aborda las perspectivas del proceso constituyente y su alcance respecto del estatuto jurídico y atribuciones del Consejo para la Transparencia ("CPLT"); a la vez que el perfeccionamiento del derecho de acceso a la información.

Para efectos de lo anterior, en primer lugar, se analizará el régimen jurídico aplicable al CPLT.

En tal sentido, se analizará los distintos sistemas establecidos en el derecho comparado en relación a la institucionalidad de defensa de acceso a la información. De esta manera, se aludirá a sistemas en los cuales el ente tiene un estatuto jurídico de carácter constitucional (México) mientras que en otros casos lo es de rango legal (España).

En vinculación con lo anterior, se recordará los sistemas de autonomías constitucionales y cómo han sido recogidos en el derecho comparado, a la vez que en Chile (situación aplicable al Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Tribunal Calificador de Elecciones, Banco Central o Municipios).

Del mismo modo, se citará la sentencia del Tribunal Constitucional ("TC") en que se analiza la naturaleza jurídica del CPLT y su sujeción a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

De igual forma, el alcance de sus atribuciones esencialmente respecto de la Administración del Estado, no alcanzando a otros entes (Congreso Nacional o Tribunales) a la vez que las limitaciones en materia de fiscalización respecto de las empresas públicas y los diversos proyectos de ley establecidos en esta materia.

A su turno, como consecuencia de lo anterior, la necesidad de perfeccionar el régimen institucional del CPLT, otorgándole jerarquía constitucional, precisando también su alcance en relación a otros órganos del Estado.

Por su parte, en lo referente al régimen jurídico aplicable a los consejeros se ha planteado la necesidad de que sus consejeros tengan una dedicación exclusiva, lo que debe traer aparejado una evidente mejoría en las remuneraciones, considerando cargos de similar naturaleza e importancia.

Adicionalmente, se han planteado inhabilidades posteriores al ejercicio del cargo, asociados al ingreso a cargos de la administración o vincularse con entes fiscalizados, en concordancia con otras autoridades similares.

En relación al procedimiento contencioso administrativo seguido ante el CPLT y las Cortes de Apelaciones, en general, se trata de modificaciones o perfeccionamientos que pueden incorporarse en la legislación; sin perjuicio de que pudiera establecerse los principios generales en la Constitución Política de la República ("CPR").

En la segunda parte del Informe se analizará los perfeccionamientos que corresponde realizar en relación al derecho fundamental de acceso a la información.

Para efectos de los anterior, en primer lugar, se recordará el derecho comparado, teniendo en consideración la existencia de Cartas Fundamentales en las cuales se ha consagrado especialmente dicha garantía a nivel constitucional.

En el caso chileno, la primera jurisprudencia del TC la relacionó directamente con la libertad de información y como un derecho implícito y vinculado a ella.

A su vez, se recordará las principales afirmaciones formuladas por la jurisprudencia del TC en relación al alcance del principio de publicidad y a las limitaciones que surgen del mismo.

Por último, como consecuencia de lo anterior, se aconsejará la conveniencia de que se consagre expresamente el derecho de acceso a la información como una garantía de carácter constitucional, siendo aplicable a todas las entidades que conforman el Estado.

PRIMERA PARTE

**CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA
COMO ÓRGANO GARANTE DE LA TRANSPARENCIA
Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.**

ESTATUTO DEL CPLT

REGIMEN JURIDICO DE LOS CONSEJEROS

PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

CAPITULO PRIMERO **ESTATUTO DEL CPLT**

I. MODELOS EN EL DERECHO COMPARADO

De acuerdo a estudios doctrinarios existen diversos modelos en el derecho comparado.¹

Así, en algunos países (Suecia, Finlandia, Dinamarca o Austria), existe un sistema de garantías judiciales basados esencialmente en recursos administrativos, sin que se establezca propiamente una institución específica de control.

En otros casos, como en Chile, se han creado instituciones especializadas destinadas de manera exclusiva a garantizar el acceso a la información (Francia, Canadá, Italia, Portugal, Bélgica y EEUU).

Hay otros sistemas en los que existe una institución especializada tanto en relación al acceso a la información como en la protección de datos personales (Alemania, Reino Unido, Suiza o México).

En España, por su lado, existe un ente especializado tanto en acceso a la información como en el buen gobierno.

Finalmente, existen países en los que existe un Defensor del Pueblo (Irlanda, Nueva Zelandia, Costa Rica o Perú).

La Ley Modelo de la OEA establece la creación de una Comisión de Información, encargada de la implementación de la Ley, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía.²

Como se ha destacado por ciertos autores³, el análisis de las Leyes de Transparencia, ha puesto de manifiesto que las fórmulas empleadas por el legislador estatal y los legisladores autonómicos se pueden reconducir a tres modelos, a saber: 1) una autoridad administrativa independiente; 2) un órgano adscrito a la Administración o al Parlamento autonómico; y 3) la autoridad de transparencia vinculada al Defensor del Pueblo.

¹ EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO, *El control de la transparencia en perspectiva comparada*, RDUFT 5 N° 1, 2017; p. 61-62

² Artículo 53 de la Ley Modelo de la OEA

³ ENDRIUS COCCIOLO, *La arquitectura administrativa de la transparencia en España*, Rev. Investig. Const., Curitiba, vol. 6, n. 3, set/diez. 2019; p. 531

En todo caso se resalta la concurrencia de tres características esenciales: independencia, especialización y carácter colegiado.⁴

Sus miembros usualmente provienen de: 1) representantes de las administraciones y/o de organismos públicos; 2) representantes de grupos parlamentarios; 3) expertos; y 4) representantes de la sociedad civil.⁵

Existen sistemas en los cuales la entidad de control tiene rango constitucional, como es el caso de México, con el Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos:

*"La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley. El organismo autónomo previsto en esta fracción, se regirá por la ley en materia de transparencia y acceso a la información pública y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, en los términos que establezca la ley general que emita el Congreso de la Unión para establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho. En su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad"*⁶

En otros casos, como en España, tienen solo rango legal:

"1. Se crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Estará adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

*2. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. Actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines"*⁷

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Artículo 6.A. Fracción VIII Constitución de México

⁷ Artículo 33 Ley de Transparencia y Buen Gobierno

II. **AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES**

1. **Derecho comparado**

En España, siguiendo las tesis de Manuel García Pelayo, puede precisarse que los órganos constitucionales autónomos poseen las siguientes características: a) configuración inmediata por la propia Constitución Política de la República; b) componente fundamental de la estructura constitucional; c) participación en la dirección política del Estado; d) la paridad de rango y las relaciones de coordinación; y e) autonomía (orgánica, funcional o presupuestaria).⁸

En general, se ha sostenido que los órganos constitucionales autónomos se caracterizan por contar con las siguientes notas: 1) autonomía orgánica e independencia funcional; 2) mecanismos de integración no provenientes del Poder Ejecutivo -generalmente determinados en y por el Poder Legislativo- y un estatuto para que sus titulares cuenten con imparcialidad y con ello se fortalezcan las condiciones de objetividad del propio órgano; 3) apoliticidad porque se entienden como órganos técnicos y no políticos; 4) inmunidades para que realicen sus funciones sin presiones indebidas; 5) responsabilidades frente a los ciudadanos y al Poder Legislativo; 6) transparencia para que en su funcionamiento se eviten actos de corrupción; 7) intangibilidad porque se consideran órganos permanentes y no coyunturales -para ser derogados se exige el cumplimiento reforzado o cualificado que se pide para las reformas constitucionales y en ocasiones superior al procedimiento de reforma constitucional ordinario-; y 8) funcionamiento interno apegado al Estado de derecho para evitar cualquier tipo de mandarinato o de excesos tecnocráticos al interior de ellos.⁹

Por su parte, el mexicano Jorge Carpizo señaló que las características de los órganos constitucionales autónomos son: 1) estar establecidos en la Constitución, la que debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes; 2) realizar funciones públicas que corresponden al Estado y que tienen por prioridad el interés público; 3) no depender políticamente de ninguno de los tres poderes, con los cuales guardan una relación de coordinación no de subordinación; 4) gozar de autonomía técnica y funcional, su presupuesto debe estar asegurado y ser suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones; 5) sus titulares son responsables y los órganos constitucionales autónomos deben rendir cuentas; 6) realizar labores técnicas altamente especializadas; 7) su actuación debe estar alejada de

⁸ GARCÍA PELAYO, MANUEL, *El status del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, núm. 1, 1981, p. 11-34

⁹ CÁRDENAS GRACIA, JAIME, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, 2012, pp. 251 y 252

consideraciones políticas o partidistas; 8) sus actos deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley; 9) sus titulares deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como estabilidad en el encargo, remuneración adecuada y responsabilidad; 10) sus decisiones están sujetas al control de constitucionalidad, y 11) intangibilidad, si los órganos constitucionales autónomos fuesen suprimidos se lesionaría gravemente al Estado democrático de derecho.¹⁰

La CS de México ha expresado que *“los órganos constitucionales autónomos forman parte del Estado mexicano sin que exista a su favor una delegación total de facultades de otro cuerpo del Estado, sino que su función es parte de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco para evitar el abuso en el ejercicio del poder público; no obstante, debe advertirse que cuentan con garantías institucionales, las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales; de forma que no podría llegarse al extremo de que un poder público interfiera de manera preponderante o decisiva en las atribuciones de un órgano constitucional autónomo pues, de lo contrario, se violentaría el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 de la Constitución Federal”*.¹¹

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado.

¹⁰ CARPIZO, JORGE, versión estenográfica de la conferencia: *¿Por qué la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación debe ser un órgano constitucional autónomo?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 18 de agosto de 2009, en el marco del Seminario Autonomía Constitucional de la Auditoría Superior de la Federación, pp. 4 y 5. Citado en JAIME CÁRDENAS GRACIA, *Soberanía popular vs. órganos constitucionales...*

¹¹ Tesis: 2a. CLXVI/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 48, noviembre de 2017, t. I, p. 603. En JOSÉ ROLDAN XOPA, *La autonomía constitucional de los órganos reguladores. hacia una reconstrucción conceptual*

3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades totales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.¹²

De esta manera: 1) Persiguen un fin constitucional. 2) poseen autonomía de tipo político-jurídica en el sentido de que los órganos constitucionales autónomos gozan de cierta capacidad normativa que les permite crear normas jurídicas sin la participación de otro órgano estatal. 3) Del mismo modo, autonomía administrativa que significa que tienen cierta libertad para organizarse internamente y administrarse por sí mismos sin depender de la administración general del Estado. 4) Adicionalmente, autonomía financiera o de gasto, para disponer de sus fondos con plena libertad, la cual implica que los órganos constitucionales autónomos pueden determinar, en primera instancia, sus propias necesidades materiales mediante un anteproyecto de presupuesto que es sometido a la aprobación del Poder Legislativo. 5) Se deben establecer, de forma precisa, las competencias propias y exclusivas de los entes u órganos. 6) Deben elaborar sus políticas, planes y programas respecto de las funciones a su cargo. 7) Deben contar con capacidad para autoorganizarse; lo que trae aparejado que dicho ente u órgano seleccione a su personal, establezca medidas disciplinarias, designe a sus autoridades y tengan un servicio civil de carrera. 8) Debido a su carácter técnico, el ente u órgano no debe tener influencia proveniente de las fuerzas políticas. 9) Sus titulares tienen un estatuto jurídico especial que los resguarda de la presión o influencia que pudieran recibir de otros órganos o fuerzas políticas, lo cual se traduce en garantías de nombramiento o designación, inamovilidad, remoción, duración, remuneración suficiente, etcétera. 10) Para integrar el órgano se realizan convocatorias para seleccionar a personas de reconocido prestigio y con experiencia acreditada en la materia de que se trate. 11) Para asegurar

¹² Tesis de jurisprudencia P./J. 20/2007, Órganos constitucionales autónomos. Notas distintivas y características, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1647

la imparcialidad de sus integrantes, éstos deben estar sujetos a un marco de incompatibilidades, es decir, no podrán desarrollar actividades de carácter público o privado, con excepción de las no remuneradas en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. En algunos casos estas incompatibilidades subsisten durante cierto tiempo después de la expiración de su cargo. 12) Deben tener derecho de iniciativa de ley o legislativa para proponer actualizaciones o reformas a la ley de su competencia. 13) Las decisiones más importantes son tomadas de forma colegiada. 14) Los órganos tienen que presentar informes y realizar comparecencias ante el Poder Legislativo. 15) El órgano no debe estar sujeto a las instrucciones del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial o del Poder Legislativo. 16) Finalmente, tienen un régimen laboral muy bien determinado.¹³

2. **Doctrina en Chile**

En nuestro país, Silva Cimma, al referirse a los órganos constitucionalmente autónomos, señala que: *"se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado, puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, haría inconciliable con ellas la subordinación..."*.¹⁴

En palabras del administrativista Pantoja Bauzá *"no puede dejar de llamar la atención ese conocido tema de esquivada definición que plantean esos dos grandes organismos nacionales que son la Contraloría General de la República y el Banco Central. Pese a estar consultados como organizaciones constitucionalmente autónomas, esto es, configurando lo que en derecho comparado se llaman autoridades independientes dentro del Estado, la Ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado los incluyó en su artículo 1º como formando parte de la Administración del Estado o Administración Pública, en un notorio esfuerzo por contraer el ámbito institucional al esquema de los tres poderes del Estado e impedir la existencia de autoridades que pudieron tener una posición legítima sin ajustarse al tradicional enfoque de un diseño estatal tripartito"*¹⁵

¹³ SUSANA THALÍA PEDROZA DE LA LLAVE, *Los órganos constitucionales autónomos*; p. 217 a 219

¹⁴ SILVA CIMMA, ENRIQUE: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 170-1

¹⁵ ROLANDO PANTOJA BAUZA, *Derecho Administrativo*, Ed. Jurídica, 1996; p. 103

El mismo autor resalta que dichas autonomías presentan como características: a) nacen de la Constitución Política de la República; b) se rigen por las disposiciones en ella contenidas y por sus LOC o estatutos; c) están al margen de los vínculos jurídico administrativos establecidos por la doctrina clásica, escapando a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos facultades de supervigilancia o tutela; de modo que se autodeterminan funcional y administrativamente, siendo sus directivos autoridades inamovibles.¹⁶

Cea Egaña ha detallado las características de esta categoría constitucional: *"Esencialidad para la existencia del Estado Nación, aunque pueden ser sustituidos por otro; posición máxima, supremo o en el vértice superior de la organización estatal; calidad de independencia recíproca y de igualdad o paridad con los demás órganos constitucionales; control o fiscalización ejercido, como freno y contrapeso, únicamente por órganos de la misma jerarquía y jamás por otros de posición inferior; participación en el ejercicio de las funciones inherentes al Poder o Soberanía; formando la voluntad estatal y dirigiéndola al cumplimiento de los objetivos permanentes y superiores; autonomía organizativa, es decir, creación, estructura, competencia, funcionamiento y funcionamiento trazado, de manera inmediata y directa, por la propia Carta Fundamental, debiendo la ley regular tales bases, rasgos y formalidades esenciales del órgano respectivo"*¹⁷

¹⁶ Ibid

¹⁷ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS, *Derecho Constitucional Chileno*, Edit. Universidad Católica, Santiago, 2004, pág. 40- 42.

III. **Autonomías constitucionales en Chile**

El Profesor Francisco Zúñiga recuerda que "para las funciones clásicas administrativas (Administración local), jurisdiccional electoral y de control (control de legalidad y de auditoría de la Administración), el Poder Constituyente utiliza las "autonomías constitucionales", a saber: Municipalidades, Justicia Electoral (Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales) y Contraloría General de la República, y en lo concerniente a las funciones o subfunciones nuevas el Poder Constituyente originario o derivado también utiliza las autonomías para el Banco Central, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público. Incluso más el Consejo Nacional de Televisión es dotado de autonomía para velar por el "correcto funcionamiento" del medio de comunicación (artículo 19 N° 12 C.P.R.), encomendando su regulación a la ley de quórum calificado (Ley N° 18.838). Tal autonomía constitucional posee tres dimensiones: normativa, institucional y organizatoria, independiente de la personificación o no de tales organismos. En armonía con las "autonomías constitucionales" la Constitución en la cláusula de competencia legislativa segmentada (artículos 63 y 66 C.P.R.), le encomienda la regulación de la organización, funcionamiento y competencia de los organismos autónomos al legislador orgánico constitucional (artículos 108, 92 y 84 de la Constitución y los cuerpos legales orgánico constitucionales correlativos: Ley N° 18.840, Ley N° 17.997 y Ley N° 19.640).¹⁸ En definitiva, "La Constitución, directamente, de forma explícita o implícita, con mayor o menor densidad normativa iusfundamental, dota de autonomía constitucional al Consejo Nacional de Televisión, al Ministerio Público, a la Contraloría General de la República, al Banco Central; Tribunal Constitucional y a las Municipalidades, no pudiendo ser privadas de dicha nota de identidad por la ley u otra norma jurídica infraconstitucional, sin que pueda dejar de tacharse tal precepto de contrario a la Carta Política."¹⁹

En palabras de Cordero Vega: "La Constitución Política de 1980 estableció una nueva categoría de órganos públicos, y en consecuencia un nuevo sistema de organización administrativa. Las autonomías. Este 'status' se les aplicó a los órganos de rango constitucional que ellas misma creó con esas características, como una categoría diametralmente distinta a los organismos descentralizados. Siendo así, bien puede sostenerse que son órganos autónomos para la Constitución los organismos que presentan especiales caracteres de independencia de frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos sólo a la

¹⁸ FRANCISCO ZUÑIGA, *Autonomías constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la «democracia constitucional»)*, Revista Ius et Praxis 13 N° 2; p. 226

¹⁹ Ibid. p. 231

*Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones.*²⁰

Como destaca el actual Ministro del Tribunal Constitucional, Miguel A. Fernández, atribuir autonomía a un órgano estatal implica siempre dotarlo de mayor flexibilidad e independencia en sus actuaciones, cuando aquel carácter es atribuido por la ley se le asigna a un órgano que integra la Administración del Estado. Más cuando tal autonomía proviene de la Constitución, implica excluir al órgano de la Administración.²¹

²⁰ CORDERO VEGA, LUIS, *La autonomía constitucional*, La Semana Jurídica Nº 34, 2 al 8 de julio de 2001, p. 5

²¹ MIGUEL A FERNANDEZ G., *Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos*, RDP 65; p.227

IV. **Sentencia del TC y órganos autónomos**

Al Tribunal Constitucional le correspondió revisar la constitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley N° 20.285.²² Especialmente, en relación a leyes orgánicas constitucionales de ciertas instituciones.

Así, por ejemplo, debe destacarse que dicho tribunal dejó expresamente a salvo el control amplio de legalidad que le corresponde a la Contraloría General de la República.²³

En la referida sentencia resaltó que la autonomía se proyecta en una triple dimensión. "**organizativa, institucional y normativa**". La referida autonomía implica, precisamente, *"que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva"*.²⁴

De igual forma, señaló que no le resulta aplicable a dicho órgano el reclamo ante el Consejo de Transparencia²⁵ y, por lo mismo, no son vinculantes las normas generales que dicte dicho consejo.²⁶

En relación al Banco Central, como órgano autónomo, se declara que tampoco le resulta aplicable el artículo octavo en cuanto establece un reclamo ante el referido Consejo para la Transparencia.²⁷

Idéntico razonamiento se efectúa respecto de Ministerio Público²⁸, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones, *"por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa– implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de*

²² TC Rol N° 1051/2008

²³ Ibid., consid. 34

²⁴ TC, Rol 1051/2008, c. 37

²⁵ Ibid., consid. 37

²⁶ Ibid., consid. 38

²⁷ Ibid., consid. 41. Cabe tener presente que se declaró inconstitucional la normativa que obligaba al Banco Central a "adoptar" las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, al estimar que dichos términos imperativos afectaban su autonomía constitucional (consid. 54)

²⁸ La Corte Suprema, en queja, acogida, ha señalado que respecto del Ministerio Público debe reclamarse directamente ante la Corte de Apelaciones respectiva (Rol N° 6787-2010, 6 de diciembre de 2010)

la función ejecutiva".²⁹ Por lo mismo, tampoco resultan aplicables a dichos órganos las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia.³⁰

Adicionalmente se establece que no resulta procedente el reclamo de legalidad respecto del Tribunal Constitucional y de los tribunales electorales, *"toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales, contenidos en los capítulos VIII y IX de la Constitución, respectivamente, por lo cual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema"*. Por consiguiente, *"no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones"*. Por lo demás, se concluye *"el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el artículo 8º de la Constitución se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer, en los términos que contempla el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, que el mismo ARTÍCULO NOVENO del proyecto en examen hace aplicable a esos órganos"*.³¹

²⁹ Ibid., consid. 44

³⁰ Ibid., consid. 48

³¹ Ibid., consid. 46

V. Consejo para la Transparencia

El CPLT se inspiró en el órgano mexicano (Instituto Federal de acceso a la información pública y protección de datos) así como en el inglés. Durante el debate se plantearon dudas acerca de la conveniencia de consagrarlo como un ente con rango constitucional o legal.³² Algunos los califican como "Administraciones Independientes".³³

La autonomía del CPLT se trata de obtener en primer lugar a través del mecanismo de designación de sus miembros (Presidente de la República, con acuerdo del Senado). Corresponde a una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se trata, además, de un órgano que tiene potestad para dictar sus propios reglamentos e instrucciones generales.³⁴ Además, tiene facultad para solicitar al Presidente de la República y al Congreso Nacional para solicitar la dictación de normativa.³⁵

Como ha señalado el propio CPLT: "*(...) el Consejo para la Transparencia, si bien es un órgano dotado de autonomía, comparte la naturaleza de ser un órgano administrativo de control, lo que importa es que su función es velar por la aplicación y el mantenimiento del orden normativo en materia de transparencia, y eventualmente, en el ejercicio de dichas funciones la posibilidad de sanciones para preservar dicho orden, es decir, técnicamente ejerce labores de control, denominadas funciones de policía administrativa, para lo cual, no se puede perder de vista que el actuar del órgano está sometido a dos principios básicos del derecho administrativo, en especial el sancionatorio, que son el de legalidad del artículo 2 de la ley de bases de la administración y el*

³² JOSÉ ANTONIO VIERA-GALLO QUESNEY, *El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública*, RDUFT 1, 2013; p. 190

³³ RAJEVIC, ENRIQUE (2010). "*El Consejo para la Transparencia como Administración Independiente*". En *Transparencia en la Administración Pública*. Santiago: Abeledo Perrot, pp. 231 a 247.

³⁴ El artículo 41 de la Ley dice "*Los estatutos del Consejo establecerán sus normas de funcionamiento. Los estatutos y sus modificaciones serán propuestos al Presidente de la República por, a lo menos, una mayoría de tres cuartos de sus miembros, y su aprobación se dispondrá mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia*". A su vez, el artículo 33 d) indica que podrá "*Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a estos para que se ajusten a sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación*".

³⁵ Artículo 33 f) indica que el CPLT tiene la facultad de "*Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional las normas, instrucciones y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información*".

*principio del racional y justo procedimiento administrativo, conforme al artículo 18 de la Ley N° 18.575”*³⁶

*Se ha señalado que “Este organismo técnico es de aquellos que pertenece a la Administración del Estado, no obstante, tener un especial tratamiento, en cuanto a que goza de una autonomía reforzada, en relación a la toma de decisiones (necesaria para el cumplimiento de sus funciones y atribuciones) y de una autonomía presupuestaria imperiosa para llevar a cabo su correcto desempeño”*³⁷

El TC ha señalado que se trata de un órgano que forma parte de la Administración.³⁸

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado: “A idéntica conclusión se arriba si se considera que el artículo 2 transitorio de la Ley en referencia, al modificar el artículo 21 de la LBGAE y, a pesar de que no hace aplicable al Consejo las disposiciones del Título II de dicho cuerpo legal, reconoce por ende que se trata de un órgano que forma parte de la Administración”.³⁹

³⁶ CPLT, Amparo N° A71-09, 4.8.2009

³⁷ MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VALDIVIA, *Consejo para la Transparencia: su verdadera naturaleza jurídica y autonomía*, 2012; p.31

³⁸ TC Rol N° 1051/2008

³⁹ JORGE BERMUDEZ SOTO, *Derecho Administrativo General*, p. 548

VI. **CPLT y control a órganos autónomos**

En tal sentido, se ha planteado modificaciones a normativas legales para hacer aplicable la transparencia a otros poderes del Estado. Esto último ha generado crítica de cierta doctrina.⁴⁰

En tal sentido, se ha expresado:

Como ya se señaló previamente, el CPLT no tiene competencia sobre ellos, lo que genera un disímil ejercicio del derecho de acceso y su protección. Así ha sido señalado por la Corte Suprema (31.7.2018, rol 15083-2018) por una reclamación por acceso a la información contra el Ministerio Público, señalando que no es de competencia del CPLT ya que un organismo de la administración pública no puede controlar una autonomía constitucional y el competente sería la Corte de Apelaciones. Lo anterior genera que para estos organismos no haya una protección en sede administrativa del derecho de acceso a la información pública, lo que obstaculiza su ejercicio, dado que es más costoso y más complejo acudir a tribunales ordinarios que a un ente administrativo, con un proceso simplificado y donde no se requiere asistencia legal.⁴¹

En tal sentido, debe destacarse una ley propuesta por el Ejecutivo para seguir avanzando en crear una cultura de transparencia sólida que vaya profundizando el camino recorrido durante estos diez años por las instituciones de la Administración del Estado, ampliándolo de forma transversal a todos los órganos del Estado, razón por la cual se establecen obligaciones de transparencia y acceso a la información respecto del Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Banco Central, Servicio Electoral, Tribunal

⁴⁰ De acuerdo a un autor, "la omisión por parte del legislador respecto a la no regulación del derecho de acceso en el poder legislativo y el poder judicial la verdad es que carece de explicación, constituyendo una grave desprotección del derecho de acceso. Ella es también inexplicable si se compara con que todos los demás órganos del Estado si están sujetos a las obligaciones de transparencia pasiva.11 La (débil) aplicación de la transparencia activa no supe las múltiples situaciones que en que los ciudadanos pueden estar interesados en recibir información sobre las actuaciones de los poderes del Estado". (TOMAS VIAL: *La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública: Esquema general y regulación del derecho de acceso a la información*, Anuario de Derecho Público UDP; p. 118 y 119).

⁴¹ TRANSPARENCIA, ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA Y GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN EN EL ESTADO: Centro de Estudios Públicos / Chile21 / Espacio Público / Libertad y Desarrollo; p. 10

Calificador de Elecciones y de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.⁴² Ello ha sido criticado por ciertos autores.⁴³

Dicha iniciativa legal extiende el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia a las corporaciones y asociaciones municipales. Asimismo, se someterán a la aplicación de la Ley de Transparencia el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Servicio Electoral, el Tribunal Calificador de Elecciones y la Corporación Administrativa del Poder Judicial. En definitiva, la aplicación de la Ley de Transparencia se extenderá, sólo en cuanto a poner a disposición del público cierta información, a las personas jurídicas sin fines de lucro que reciban transferencias de fondos públicos que asciendan en su conjunto a una cantidad igual o superior a 1.500 unidades tributarias mensuales, representativas de, al menos, un tercio de su presupuesto anual del año calendario inmediatamente anterior y a las entidades receptoras de fondos públicos que se encuentren inscritas en conformidad a las disposiciones de la ley N° 19.862.

Por ejemplo, por moción parlamentario⁴⁴, se ha propuesto modificar la LOC del Congreso Nacional N° 18.918, para hacer aplicable el procedimiento de la Ley de Acceso a la Información al Congreso Nacional. En el proyecto se destaca el rol que le ha correspondido al CPLT.⁴⁵ En tal sentido, se recuerda el reenvío a las normas reglamentarias que se contempla en esta materia.⁴⁶

⁴² Mensaje N° 108-366, 24 de agosto de 2018

⁴³ En consecuencia "hoy, por una parte, no existe procedimiento legal alguno para "solicitar" información ni para "reclamar" por su denegación cuando este derecho sea ejercido ante el Congreso Nacional, el conjunto de empresas ligadas al Estado, los tribunales que forman parte del Poder Judicial y otros tribunales especiales; y, por otra parte, no existe procedimiento legal para "reclamar" por la denegación de acceso a la información que efectúen el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. En estos casos, la ausencia de un procedimiento legal que asegure la efectiva tutela del derecho fundamental de acceso a la información es incompatible con el deber de todos los órganos del Estado de respetar, garantizar y promover el ejercicio de los derechos fundamentales". (C. TELLO, M. CERNA y A. PAVON, *Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo para la Transparencia*, en Anuario de Derechos Humanos 2009, p. 201 y 202)

⁴⁴ Boletín N° 12318-07. Moción del Diputado Raúl Soto Mardones.

⁴⁵ Se expresa, al efecto, que "en nuestro país ha dado pasos relevantes en esta materia. La Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, conocida como Ley de Transparencia, constituye un salto cualitativo en relación al estado anterior en esta materia. El rol del Consejo para la Transparencia ha resultado fundamental para ajustar las prácticas de los órganos de la Administración del Estado, en aras de generar una cultura de la transparencia, transversal a los diferentes servicios".

⁴⁶ Sin perjuicio de ello, y en una decisión que, mirada en retrospectiva resulta inentendible, la Ley sobre Acceso a la Información Pública dejó importantes aspectos fuera de su alcance, entre ellos, lo relativo al Congreso Nacional. En efecto, la Ley 18.918 Orgánica Constitucional

La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública⁴⁷ en su N° 4 establece:

*"La presente ley se aplica a toda autoridad pública perteneciente a todas las ramas del Gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y en todos los niveles de la estructura gubernamental interna (central o federal, regional, provincial o municipal); se aplica también a los órganos, organismos o entidades independientes o autónomos de propiedad del Gobierno o controlados por el mismo, bien actuando por facultades otorgadas por la Constitución o por otras leyes, y se aplica asimismo a las organizaciones privadas que reciben fondos o beneficios públicos sustanciales (directa o indirectamente) o que desempeñan funciones y servicios públicos, pero solamente con respecto a los fondos o beneficios públicos recibidos o a las funciones y servicios públicos desempeñados. Todos estos órganos deberán tener su información disponible de acuerdo con lo previsto en la presente Ley"*⁴⁸.

De acuerdo al derecho de acceso a la información genera obligaciones para todas las autoridades públicas de todas las ramas del poder y de los órganos autónomos, de todos los niveles de gobierno. Este derecho también vincula a quienes cumplen funciones públicas, presten servicios públicos o ejecuten, en nombre del Estado, recursos públicos. Respecto de estos últimos, el derecho de acceso obliga a suministrar información exclusivamente respecto al manejo de los recursos públicos, la satisfacción de los servicios a su cargo y el cumplimiento de las funciones públicas mencionadas.⁴⁹ En este sentido, reiterando la jurisprudencia existente, la resolución del Comité Jurídico Interamericano

del Congreso Nacional, contiene referencias a la Ley de Transparencia, reenviando a los reglamentos de las respectivas Cámaras la regulación de los procedimientos relativos al acceso a la información pública, asignando a la Comisión de Ética y Transparencia de la Cámara y del Senado, la misión de resolver, en única instancia, las reclamaciones que se presenten sobre esta materia. Actualmente, solo el Reglamento del Senado contempla un procedimiento específico para la reclamación ante denegación de información, pero con un estándar por debajo del exigible a los órganos del Estado sujetos al imperio de la Ley de Transparencia, estableciendo que, contra la resolución de la Comisión de Ética y Transparencia, no procede recurso alguno. En tanto, el Reglamento de la Cámara de Diputados no dedica ningún tratamiento específico a un procedimiento de reclamación por denegación de información solicitada, solo contiene enunciaciones generales respecto de las funciones de la Comisión de Ética y Transparencia en relación con materias vinculadas

⁴⁷ la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos, celebrada el 8 de junio de 2010.

⁴⁸ OEA. Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10.pdf

⁴⁹ OEA, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 30.12.2009

sobre los "Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información"²² precisa, en su principio 2, que "el derecho de acceso a la información se extiende a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas".⁵⁰

En razón de lo expuesto, se propone modificar el artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, a fin de hacer aplicable la Ley sobre Acceso a la Información Pública a ambas ramas del Congreso, como también respecto de sus servicios comunes, otorgando competencia al Consejo para la Transparencia (CPLT) para conocer de las reclamaciones que se presenten y, a la Corte de Apelaciones respectiva para conocer de los reclamos que se ejerzan en contra de lo que el CPLT pueda resolver.

Artículo Único: Para modificar el inciso cuarto del artículo 4° de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional en el siguiente sentido:

Eliminar la frase "en única instancia".

Sustituir lo dispuesto a continuación del punto seguido y hasta el punto aparte por la siguiente disposición "Sin perjuicio de lo anterior, el Congreso Nacional y sus servicios comunes, quedarán sujetos al procedimiento regulado en los artículos 24 a 30 y lo dispuesto en el artículo 33, todos de la Ley N° 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública"

⁵⁰ Comité Jurídico Interamericano. Resolución 147 del 73° Período Ordinario de Sesiones: Principios sobre el Derecho de Acceso a la Información. 7 de agosto de 2008. Punto resolutivo 2.

VII. **FISCALIZACION A EMPRESAS**

Del mismo modo, se ha propuesto la Ley de Acceso a la Información de modo de incorporar a las empresas públicas a las entidades sujetas al procedimiento de acceso a la información⁵¹ En tal sentido, se recuerda las dificultades para fiscalizar las referidas empresas.⁵²

Por lo mismo se expresa:

Creemos que excluir a las empresas públicas de este marco regulatorio general de la administración del Estado es atentatorio de los principios que inspiran el acceso a la información, dejando margen para la interpretación y con ello a eventuales distorsiones en el manejo de una empresa del Estado.

Con el presente proyecto de ley pretendemos corregir la situación ambigua en la que habrían quedado las empresas del Estado en relación a la entrega de información, toda vez que en derecho público sólo se puede hacer lo que expresamente se encuentra permitido.

A su vez, por moción parlamentaria⁵³ se presentó otro proyecto referido a la regulación del acceso a la información pública de las empresas, con motivo de ciertas fiscalizaciones a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, en atención a que solo le resultan aplicables las normas de transparencia activa⁵⁴ -y no la pasiva⁵⁵- a pesar de que el

⁵¹ Boletín 6578-07

⁵² *En relación a lo anterior, hubo muchas dificultades para que organismos como la Cámara de Diputados fiscalizara el actuar de las empresas públicas, lo que incluso derivó en un juicio de mera certeza en la Contraloría General de la República, solicitando a este órgano de control se pronunciara al respecto.*

⁵³ Boletín N° 6.602-06 Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Cantero, Horvath, Orpis, Prokurica y Romero,

⁵⁴ De esta manera, indica el Proyecto, *“la competencia del Consejo para la Transparencia sobre las empresas públicas creadas por ley está radicada y restringida a la promoción, fiscalización y sanción de las referidas normas sobre transparencia activa. En definitiva, el Consejo declaró su incompetencia para conocer de las reclamaciones de amparo al derecho de acceso a la información en contra de las resoluciones denegatorias emanadas de EFE, y en tal sentido, de las resoluciones denegatorias de todas las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. Sin perjuicio de lo anterior, de ninguna manera puede entenderse que las empresas públicas creadas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, se encuentran excluidas de la aplicación del principio de la transparencia pública”.*

⁵⁵ *Por lo tanto, hoy nos encontramos en una situación en que, si bien las normas sobre transparencia activa y pasiva se aplican a las empresas públicas, en el caso que aquéllas denieguen la entrega de información a los ciudadanos, no existe la posibilidad de reclamar ante un órgano autónomo, como es el Consejo para la Transparencia, conforme a un*

principio de transparencia pública, reconocido en el artículo 8 de la CPR, tiene una aplicación general y obligatoria respecto de todos los órganos, instituciones y personas. En atención a lo anterior, se propone lo siguiente:

Artículo Único.- Agrégase en el artículo décimo de la ley N° 20.285, de 2008, sobre Acceso a la Información Pública, el siguiente inciso final nuevo:

"El acceso a la información de las empresas a que se refiere este artículo se regirá por las normas contenidas en el Título IV de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado."

Adicionalmente, se ha propuesto también ampliar la transparencia respecto de todo tipo de empresas que presenten servicios de utilidad pública⁵⁶ en atención al actual alcance que tiene la normativa.⁵⁷

procedimiento especial y expedito. Contar con un eficiente sistema de fiscalización, acompañado de mecanismos que garanticen la transparencia, respecto de los órganos de la Administración del Estado, es esencial si queremos un verdadero Estado democrático de Derecho. El formar parte de la Administración del Estado, sin perjuicio de estar dotado de mayor o menor grado de autonomía, no puede ni debe implicar estar exento de la aplicación de herramientas de control. Mientras mayor sea la disponibilidad de información por parte de los ciudadanos respecto de las actuaciones y decisiones que realizan los órganos de la Administración del Estado, mayores opciones tenemos de lograr una eficiente gestión pública, evitando caer en actos o comportamientos corruptos. Así, entendiendo y valorando el beneficio de contar con una Ley sobre Acceso a la Información Pública, las empresas públicas no pueden quedar ajenas a este cambio legal, institucional y cultural. Sin pretender que la divulgación de información de las empresas públicas se transforme en una desventaja frente a la competencia, debemos establecer los mecanismos que permitan a los ciudadanos conocer y fiscalizar a las empresas que nos pertenecen a todos y cada uno. Por estas razones, se propone modificar la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, haciendo aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, las normas sobre el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración Pública, incluida la facultad de recurrir ante el Consejo para la Transparencia ante la denegación a la solicitud de información.

⁵⁶ Boletín N° 6480-06. Modifica la ley N° 20.286, de transparencia y acceso a la información pública, extendiendo su aplicación a sujetos que indica

⁵⁷ *Entre otras, esta ley obliga a los órganos públicos a responder, dentro del plazo de 20 días, las solicitudes de información que se formulen por cualquier persona, natural o jurídica. Su implementación viene a centrar el foco en la persona, presentándose no sólo como un "Poder Ciudadano", sino también como una herramienta integradora y orientada al desarrollo, mediante la cual todos puedan consultar, utilizar y compartir la información pública. A fin de dar cumplimiento a la normativa, todos los servicios públicos han debido implementar un conjunto de acciones para asegurar la correspondiente respuesta a las solicitudes de información que cualquier persona o entidad realice, así como la publicación de información en sus sitios Web. Según la Contraloría General, son entre 700 y 1.000 entidades del Estado*

Como consecuencia de lo anterior se propone:

Artículo único: Modifíquese el inciso primero del artículo segundo de la ley N° 20.285, ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, de forma tal que su redacción sea la siguiente:

"Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las administradoras de fondos de pensiones, las instituciones de salud previsional, cajas de compensación, mutuales, empresas de servicios públicos de tarifa regulada, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa".

sobre las que rige la nueva normativa, además de otros 8.000 entes no gubernamentales. Esta ley es aplicable a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio. Consideramos de importancia modificar esta ley a fin de agregar a los anteriores, las Instituciones de Salud Previsional, las administradoras de fondos de pensiones y aquellas empresas de servicios públicos cuya tarifa sea regulada, ya que de esta forma aseguraremos que los procedimientos que se siguen para fijar las tarifas, sueldos de sus ejecutivos, valores de pagos a empresas contratistas y su detalle, asesorías, informes y toda información relevante de este carácter en este sector deben ser transparentes, ya que inciden en el valor que finalmente pagan los consumidores, de modo que cualquier interesado externo pueda conocer su detalle. En nuestra constante preocupación por los derechos de los ciudadanos, consideramos que los usuarios de los servicios cuyas tarifas son reguladas y de aquellas empresas que administran los dineros de los trabajadores tanto para su vejez como para su salud, tienen el derecho a exigir transparencia en la determinación de las tarifas que los afectan y que para cumplir con este objetivo es indispensable la disponibilidad de información.

VIII. **Propuesta de Jerarquía constitucional**

De acuerdo a la actual normativa de carácter legal (Ley N° 20.285) que regula al CPLT, se trata de una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio y domiciliada en Santiago.⁵⁸

Su función esencial es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.⁵⁹

Ello se materializa -esencialmente- en atribuciones referidas a los siguientes aspectos: a) fiscalización y sanciones en materia de acceso a la información; b) resolver contiendas; c) promoción de la transparencia; d) potestad normativa; e) formular recomendaciones; f) proponer la dictación de normas; g) capacitación, h) difusión y estadística; i) colaboración con entidades; y j) velar por la protección de los datos personales.⁶⁰

⁵⁸ Art. 31 de la Ley 20.285

⁵⁹ Art. 32 de la Ley 20.285

⁶⁰ Artículo 33.-

El Consejo tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

a) Fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de esta ley y aplicar las sanciones en caso de infracción a ellas.

b) Resolver, fundadamente, los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad a esta ley.

c) Promover la transparencia de la función pública, la publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y el derecho de acceso a la información, por cualquier medio de publicación.

d) Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

e) Formular recomendaciones a los órganos de la Administración del Estado tendientes a perfeccionar la transparencia de su gestión y a facilitar el acceso a la información que posean.

f) Proponer al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en su caso, las normas, instructivos y demás perfeccionamientos normativos para asegurar la transparencia y el acceso a la información.

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

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

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

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

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

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

Se ha propuesto por parlamentario otorgarle rango constitucional al CPLT.⁶¹

Respecto de la autonomía constitucional, se ha recordado:

La autonomía constitucional es un mecanismo institucional que permite que determinadas funciones se ejerzan con el mayor grado de independencia e imparcialidad a efectos de morigerar los vaivenes del ciclo político, sustrayendo de la competencia del legislador la facultad de eliminar dicha institución, sin que ello signifique limitarlo en sus facultades para regularla. Los organismos que cuentan con dicha autonomía, se encuentran considerado por la propia constitución y comparten como característica su independencia frente a otros poderes del Estado, estando sometidos sólo a la propia Constitución Política de la República y las leyes que regulen su organización, funcionamiento y atribuciones.

Tienen a su cargo funciones de contrapoderes o de contrapesos que permiten concretizar el Estado de Derecho y el control de las funciones públicas. Ello no impide que sea el legislador quien regule el alcance de dichas potestades, pero para ello la Constitución suele emplear otras garantías institucionales, como la exigencia de que las leyes que establecen estas entidades sean de quórum orgánico constitucional, requiriendo, entonces, un alto grado de consenso político para su aprobación o modificación.

Al tratarse de funciones de control y de contrapesos institucionales, la autonomía les permite ejercer dichas potestades sin la supervigilancia o tutela administrativa de otro órgano. En este sentido, la autonomía es necesaria para que las tareas de revisión y control puedan ser ejecutadas eficazmente contra otros poderes del Estado.

La Constitución ha creado diversas instituciones con autonomía de este rango, como la Contraloría General de la República (Capítulo X), el Banco Central (Capítulo XIII), el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público (Capítulo VII), las Municipalidades y en los últimos años, el Servicio Electoral (Capítulo IX).

En línea con la reforma a la institucionalidad electoral, el proyecto sigue de cerca el nuevo artículo 94 bis de la Constitución para

m) Velar por el adecuado cumplimiento de la [ley N° 19.628](#), de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado.

homologar la autonomía constitucional del Consejo para la Transparencia con el del Servicio Electoral, respetando sus propias peculiaridades.

De esta forma, el proyecto de reforma constitucional extiende la competencia del CPLT a todos los órganos del Estado, permitiendo avanzar en una integración del sistema de transparencia en nuestro país:

El proyecto consta de un artículo único, que incorpora a la Constitución Política de la República un nuevo Capítulo IX-A que establece el Consejo para la Transparencia como un órgano autónomo constitucional.

Dicho capítulo tiene un artículo único que eleva a rango constitucional la institucionalidad del Consejo para la Transparencia. Para ello, primero, establece su plena autonomía en la Constitución. Además, constitucionaliza sus atribuciones de conocer de la aplicación y de promover, fiscalizar y sancionar el cumplimiento o incumplimiento de las normas sobre publicidad, transparencia y acceso a la información de los órganos del Estado, así como aquellas otras que fije una ley orgánica constitucional.

Asimismo, para efectos de dotar de un gobierno institucional autónomo, el proyecto de reforma eleva a rango constitucional el mecanismo de nombramiento de los consejeros que integran el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, así como el procedimiento y causales de cesación en dichos cargos.

Finalmente, el proyecto remite al legislador orgánico constitucional el desarrollo del resto de las normas funcionales y organizacionales relativas al Consejo para la Transparencia.

Materializando lo anterior, se propone lo siguiente:

"Artículo único.- Modifícase la Constitución Política de la República cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, se encuentra en el Decreto Supremo N°100, de 2005, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en el siguiente sentido:

1) Agrégase, a continuación del Captítulo IX, el siguiente Capítulo IX-A:

Capítulo IX-A
CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA

Artículo 97-A.- *Un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Consejo para la Transparencia, conocerá de la aplicación y ejercerá la promoción, fiscalización y sanción de las normas sobre publicidad, transparencia y acceso a la información de los órganos del Estado, así como las demás funciones que señale una ley orgánica constitucional.*

La dirección y administración superiores del Consejo para la Transparencia corresponderá a un Consejo Directivo, el que ejercerá de forma exclusiva las atribuciones que le encomienden la Constitución y las leyes. Dicho Consejo estará integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como unidad. Los Consejeros durarán seis años en sus cargos, pudiendo ser designados sólo para un nuevo período y se renovarán por parcialidades cada 3 años.

Los Consejeros sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de treinta y un diputados, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte Suprema conocerá del asunto en Pleno, especialmente convocado al efecto, y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

La organización y atribuciones del Consejo para la Transparencia serán establecidas por una ley orgánica constitucional. Su forma de desconcentración, las plantas, remuneraciones y estatuto del personal serán establecidos por una ley.”

CAPITULO SEGUNDO

ESTATUTO DE LOS CONSEJEROS

De acuerdo a la actual normativa legal, la dirección y administración del CPLT corresponde a un Consejo Directivo integrado por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. El Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. Los consejeros durarán seis años en sus cargos pudiendo ser designados sólo para un nuevo período y se renovarán por parcialidades de tres años. El Consejo Directivo elegirá de entre sus miembros a su Presidente. Para el caso de que no haya acuerdo, la designación del Presidente se hará por sorteo. La presidencia del Consejo será rotativa. El Presidente durará dieciocho meses en el ejercicio de sus funciones, y no podrá ser reelegido por el resto de su actual período como consejero.⁶²

1. Designación a través de la Alta Dirección Pública

En una investigación realizada por diversos institutos de estudio se propone para los cinco consejeros un sistema de designación que se inicie con un proceso de selección llevado por el Sistema de Alta Dirección Pública (SADP), y que se establezca en la ley que tengan competencias o experiencia de cinco años en materias de protección de datos personales o transparencia y acceso a la información pública, según corresponda. Para tal efecto, el Presidente de la República deberá elegir entre los candidatos propuestos por el SADP y su elección deberá ser ratificada por el Senado (2/3), en un proceso que deberá considerar una audiencia pública ante su Comisión de Constitución y con plazos que permitan que la opinión pública y la sociedad civil alcancen a levantar objeciones —de al menos dos semanas entre la propuesta del Presidente de la República y la audiencia pública, la que deberá ser transmitida por streaming-.⁶³

2. Inhabilidades

De acuerdo a la actual normativa legal no podrán ser designados consejeros: a) los diputados y los senadores; b) los miembros del Tribunal Constitucional; c) los Ministros de la Corte Suprema; d) los consejeros del Banco Central; e) el Fiscal Nacional del Ministerio Público; y f) las personas que conforman el alto mando de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.⁶⁴

⁶² Artículo 36 de la Ley 20.285

⁶³ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

⁶⁴ Artículo 37 Ley 20.285

Del mismo modo, los cargos de consejeros son incompatibles con los de: a) ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores; b) alcaldes y concejales; c) consejeros regionales; d) miembros del Escalafón Primario del Poder Judicial; e) secretario y relator del Tribunal Constitucional; f) fiscales del Ministerio Público; g) miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y su secretario-relator; h) miembros de los tribunales electorales regionales, sus suplentes y sus secretarios-relatores; i) miembros de los demás tribunales creados por ley; j) funcionarios de la Administración del Estado; y k) miembros de los órganos de dirección de los Partidos Políticos.⁶⁵

3. **Incompatibilidades de ingreso:**

En la propuesta de diversos institutos se hace presente que la incompatibilidad ex ante que se establece en el proyecto de ley de personas que hayan participado en empresas cuyo objeto o giro comercial verse sobre recolección, tratamiento o comunicación de datos personales y hasta un año después, contado desde el cese en dicho cargo o desde el término en la participación, podría prevenir que buenos profesionales lleguen a integrar el CPLT, al tiempo que la fórmula propuesta no necesariamente se hace cargo del conflicto de interés. Así proponemos eliminar la imposibilidad de designar consejeros que hayan sido directores o hayan participado en la propiedad de empresas de giro asociado al tratamiento de datos personales. El proceso de selección, audiencias y ratificación debiera ser suficiente para cautelar esto. Adicionalmente, la circunstancia de que los consejeros integran un órgano colegiado y deban abstenerse o inhabilitarse en casos de eventuales conflictos de interés mitiga de modo suficiente el riesgo que la prohibición planteada buscaba cubrir, pero sin generar el costo de inhibir el ingreso de personas con experiencias profesionales relevantes.⁶⁶

4. **No militancia en partidos políticos**

Otro aspecto en el que existe debate es en la pertenencia a partidos políticos o instituciones.

5. **Deber de abstención**

Complementariamente, se ha propuesto por los institutos que la ley debe establecer claramente los criterios para fijar las inhabilidades para conocer casos particulares cuando pueda generarse un conflicto de interés. Se deberán consignar, entonces y como consecuencia, criterios de integración de las salas en caso de ausencia o inhabilidad, cuestión que no está actualmente contemplada, por ejemplo, por el director

⁶⁵ Artículo 37 Ley 20.285

⁶⁶ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

jurídico del CPLT, para salvar así casos en que hayan inhabilidades o imposibilidades y no paralizar el funcionamiento del organismo.⁶⁷

6. **Presidencia**

Se ha propuesto por algunos que el presidente del CPLT sea abogado. Lo anterior, considerando que la apreciación de cuestiones y conflictos jurídicos o entre derechos contrapuestos será muy relevante, y, dado que integra ambas salas, creemos que al menos quien lo preside debe cumplir con este perfil profesional.⁶⁸

7. **Integración**

De acuerdo a la actual normativa, el CPLT adoptará sus decisiones por la mayoría de sus miembros y, en caso de empate, resolverá su Presidente. El quórum mínimo para sesionar será de tres consejeros. El reglamento establecerá las demás normas necesarias para su funcionamiento.⁶⁹

A su vez, los estatutos del Consejo establecerán sus normas de funcionamiento. Los estatutos y sus modificaciones serán propuestos al Presidente de la República por, a lo menos, una mayoría de tres cuartos de sus miembros, y su aprobación se dispondrá mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.⁷⁰

Se ha propuesto que el CPLT esté integrado por un Presidente y cuatro consejeros. En tal sentido, existen dos alternativas a la opción planteada en la indicación del Ejecutivo: 1) Que el nombramiento de a pares se haga explicitando en cada nominación la especialización asociada a cada nombramiento (transparencia y protección de datos), de cara a la integración posterior de las dos salas que la indicación propone; 2) que la nominación sea de a uno y no de a pares.⁷¹

⁶⁷ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

⁶⁸ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

⁶⁹ Artículo 40 de la Ley 20.285

⁷⁰ Artículo 41 de la Ley 20.285

⁷¹ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

8. **Plazo de nombramiento:**

Del mismo modo, se ha observado que el CPLT no puede arriesgarse de no reunir quorum por desacuerdo en la designación de los nuevos consejeros. Se recomienda que los salientes mantengan sus funciones hasta el momento que asumen los nuevos consejeros.⁷²

9. **Plazo para designar consejeros**

Del mismo modo, existe un proyecto de Ley, que pretende modificar el artículo 38 de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, fijando un plazo para la proposición de designación de miembros del Consejo de Transparencia, para el caso de cesación en el cargo.⁷³

La ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, contempla un Título V, mediante el cual se establece un Consejo de la Transparencia, como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyas atribuciones se contienen en el artículo 32 del mismo texto legal, y su artículo 36, dispone que el Consejo estará compuesto por cuatro consejeros designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, los que durarán seis años en sus cargos, pudiendo ser designados sólo para un nuevo período, renovándose por parcialidades de tres años. Prescribe este mismo artículo 36 que el Presidente hará la proposición en un solo acto y el Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad.

El artículo 38 del mismo cuerpo legal dispone que sin perjuicio de la remoción de los consejeros, previo cumplimiento de las exigencias que en dicha disposición se señalan, los consejeros cesan en sus cargos, por expiración del plazo por el que fue designado; renuncia ante el Presidente de la República; postulación a un cargo de elección popular e incompatibilidad sobreviniente, circunstancia que será calificada por la mayoría de los consejeros, con exclusión del afectado. La causal de cesación más frecuente de este tipo de cargos, es la de expiración del plazo por el cual fue designado, que se prevé en la letra a) del mencionado artículo 38, caso en el cual debe hacerse la propuesta, en la forma señalada en el artículo 36 ya citado. A fin de que el Consejo no quede impedido de operar, por no haberse hecho oportunamente la propuesta al Senado del reemplazante, y sin perjuicio de la urgencia para prestar o negar su consentimiento, en la forma que se contempla en el artículo 53 N° 5 de la

⁷² JUDITH SCHÖNSTEINER, MAYRA FEDDERSEN y PABLO A.VALENZUELA, *Fortalecimiento de la democracia y el derecho de acceso a la información en Chile: entre estado y ciudadanía*, KAS 9, 2012; p. 50

⁷³ Boletín N° 8054-06

Constitución Política de la República, se ha estimado que, en dicho caso, la proposición debe hacerse por parte del Presidente de la República, con una antelación mínima de sesenta días a la fecha en que el respectivo consejero cese en el cargo de modo de contar con el plazo suficiente para obtener el acuerdo requerido por la ley.

Para ello se propone:

Artículo único: Modificase el artículo 38 de la ley N° 20.285, agregándose un inciso final nuevo, del siguiente tenor:

"En el caso que un consejero cesare en su cargo por la causal prevista en la letra a) de este artículo, la proposición que prevé el artículo 36, deberá hacerse con una antelación mínima de sesenta días a la fecha de expiración del plazo por el que fue designado".

Los institutos de estudio han propuesto que se deben establecer normas para evitar la paralización del nuevo CPLT por retrasos en los nombramientos de los consejeros —como ya ha ocurrido—, ya sea estableciendo un plazo antes del cese para realizar el nombramiento o extendiendo el período de los que están en función mientras no sean designados los consejeros para el nuevo período.⁷⁴

10. **Renovación**

Se ha sugerido permitir la renovación por hasta un período adicional de los consejeros, sujeta a aprobación del Senado, en un proceso que deberá considerar una nueva audiencia pública. Lo anterior, para aprovechar la experiencia acumulada en los años de ejercicio como consejero.⁷⁵

11. **Dedicación exclusiva:**

De acuerdo a la normativa vigente, los consejeros, a excepción de aquél que desempeñe el cargo de Presidente del Consejo, percibirán una dieta equivalente a 15 unidades de fomento por cada sesión a la que asistan, con un máximo de 100 unidades de fomento por mes calendario. A su vez, el Presidente del Consejo percibirá una remuneración bruta mensualizada equivalente a la de un Subsecretario de Estado.⁷⁶

⁷⁴ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

⁷⁵ Propuesta CEP, Chile 21, Espacio Público y L&D

⁷⁶ Artículo 39 de la Ley 20.285

Así, se ha propuesto:

Ante el creciente número de amparos, y la necesidad de una mayor capacidad de resolución de casos directivos por parte del Consejo para la Transparencia se hace necesario establecer el carácter de permanentes y con dedicación exclusiva de todos los consejeros, lo que permitiría una mayor cantidad de sesiones de consejo y junto con eso minimizaría los conflictos de interés que supone el tener actividades de carácter privado y el rol de Consejero⁷⁷

12. Régimen de incompatibilidades

Se ha señalado por la doctrina que *"los regímenes de incompatibilidades resultan esenciales para evitar que los miembros de las autoridades de transparencia incurran en conflictos de intereses o minen la imparcialidad de la autoridad"*. Por este motivo *"es importante que el régimen de incompatibilidades de los miembros de las autoridades se encuentre bien detallado en la normativa reguladora de las mismas"*. Además, para fortalecer dicha imparcialidad e independencia, en algunos supuestos, *"las normativas de transparencia establecen para los miembros o para el presidente de la autoridad una dedicación exclusiva"*.⁷⁸

13. Remoción de los consejeros

De acuerdo a la actual normativa, los consejeros serán removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados mediante acuerdo adoptado por simple mayoría, o a petición de diez diputados, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte Suprema conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio. Además de la remoción, serán causales de cesación en el cargo de consejero, las siguientes: a) expiración del plazo por el que fue designado; b) renuncia ante el Presidente de la República; c) postulación a un cargo de elección popular; y d) incompatibilidad sobreviniente, circunstancia que será calificada por la mayoría de los consejeros con exclusión del afectado.⁷⁹

⁷⁷ ALBERTO PRECHT R, *El derecho de acceso a la información en Chile: historia e implementación* Memoria, 2015, p-219

⁷⁸ ENDRIUS COCCIOLO, *La arquitectura administrativa de la transparencia en España*, Rev. Investig. Const., Curitiba, vol. 6, n. 3, set/diez. 2019; p. 554

⁷⁹ Artículo 38 de la Ley 20.285

14. **Inhabilidades posteriores**

Por último, debe tenerse en consideración un proyecto de Ley que propone modificar la Ley de Acceso a la Información, estableciendo inhabilidades a los miembros del CPLT para el desempeño de funciones una vez cesado o expirado el ejercicio de sus cargos⁸⁰ teniendo en consideración el alcance del principio de transparencia.⁸¹

Por lo anterior, parece deseable que "las autoridades encargadas de garantizar este proceso de entrega de información pública a los ciudadanos, también, les asistan normas exigentes, con la finalidad de asegurar la pulcritud de sus actuaciones en beneficio del interés general de la sociedad". Así, el proyecto de ley "viene en incrementar los estándares de probidad de los miembros del Consejo Para la Transparencia, habida cuenta de la necesidad de ir actualizando continuamente nuestra legislación en la materia, como una prueba de seriedad en la promoción y aseguramiento de garantías de acceso a la información por parte de las personas, pero además fomentando una mayor legitimidad de las autoridades llamadas por ley a resguardar estos compromisos asumidos solemnemente por el Estado de Chile".

De esta forma, la norma establece normas en materia de inhabilidades e incompatibilidades respecto de los miembros del Consejo. Sin embargo, la *"ley no establece normas sobre inhabilidades una vez cesado en el cargo el respectivo consejero, situación que puede constituir un precedente pernicioso tomando en cuenta el rol que cumple este órgano"*. La introducción de una norma como la propuesta *"resulta ser necesaria y coherente con disposiciones similares contempladas respecto de otras reparticiones públicas, tales como la que pesa sobre los miembros de órganos que ejercen fiscalización respecto de las industrias reguladas por éstos"*.

⁸⁰ Surgido por moción del parlamentario Nicolás Noman G

⁸¹ *De acuerdo a lo previsto en nuestra Constitución Política y en las leyes, la transparencia y la probidad en el desempeño de funciones públicas constituye uno de los principios fundamentales sobre los cuales se erige el quehacer público, habida cuenta de las altas responsabilidades que implica la gestión de los asuntos del Estado, los cuales repercuten directamente en el porvenir y beneficio de los ciudadanos. Como es sabido, principalmente el principio de transparencia se erige como una norma o regla de legitimidad de las decisiones de los funcionarios y autoridades del Estado, según la cual a todo ciudadano le asiste el derecho de requerir y ser informado debidamente acerca de los distintos actos o resoluciones emanadas de los órganos públicos, especialmente de aquellos emanados de la administración del Estado, y que sirven de base en múltiples casos para el goce, modificación o extinción de derechos públicos subjetivos*

De este modo, la iniciativa consiste en incorporar en la ley sobre acceso a la información pública una normativa tendiente a establecer la inhabilidad de los miembros del Consejo para la Transparencia por el lapso de un año contado de su cesación en el cargo, respecto de cualquier cargo público, salvo respecto de aquellos cargos de elección popular.

Artículo Único: Incorpórese un nuevo inciso final en el artículo 38 de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, de acuerdo al siguiente tenor:

"Los miembros de este consejo no podrán formar parte de la administración del Estado, ni tampoco respecto de aquellas instituciones obligadas a dar información en virtud de esta ley, sino una vez expirado un año contado desde la fecha de cesación de su cargo."

Del mismo modo, por moción parlamentaria⁸² se ha propuesto incorporar en la ley sobre acceso a la información pública una normativa tendiente a establecer la inhabilidad de los miembros del Consejo para la Transparencia por el lapso de un año contado de su cesación en el cargo, respecto de cualquier cargo público, salvo respecto de aquellos cargos de elección popular.

PROYECTO DE LEY. Artículo Único: Incorpórese un nuevo inciso final en el artículo 38 de la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, de acuerdo al siguiente tenor: "Los miembros de este consejo no podrán formar parte de la administración del Estado, ni tampoco respecto de aquellas instituciones obligadas a dar

⁸² Diputado Nicolás Noman. Boletín 13878

1. Que, la ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública regula el principio de transparencia en la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, como también, las excepciones a la publicidad de la información.1

2. Que, así las cosas, el órgano encargado de regular este procedimiento y velar por su correcto cumplimiento es el Consejo para la Transparencia, órgano que de conformidad al artículo 31 de la ley es una corporación autónoma de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya tarea es promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información.

3. Que, así las cosas, la norma establece normas en materia de inhabilidades e incompatibilidades respecto de los miembros del Consejo. Sin embargo, la ley no establece normas sobre inhabilidades una vez cesado en el cargo el respectivo consejero, situación que puede constituir un precedente pernicioso tomando en cuenta el rol que cumple este órgano.

4. Que, la introducción de una norma como la señalada en el considerando anterior, resulta ser necesaria y coherente con disposiciones similares contempladas respecto de otras reparticiones públicas, tales como la que pesa sobre los miembros de órganos que ejercen fiscalización respecto de las industrias reguladas por éstos.

información en virtud de esta ley, sino una vez expirado un año contado desde la fecha de cesación de su cargo

A su vez, por propuesta del entonces Senado Hernán Larraín⁸³ se ha previsto:

Aumentar el número de consejeros y disponer de consejeros suplentes, que le permita al Consejo para la Transparencia mayor flexibilidad en su funcionamiento, como por ejemplo funcionar en salas y especializar ámbitos de acción.

Cambio en la forma de integración y funcionamiento del Consejo Directivo, para que pueda funcionar en salas de 3 miembros para el conocimiento de reclamos y amparos y en pleno para lo demás.

Modificar la forma de nombramiento del Presidente del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia. La alteración de la forma de designación busca exteriorizar la decisión entregándola a órganos con legitimidad democrática que le aporten el equilibrio político adecuado.

Aumentar la duración del periodo del Presidente del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia. El actual plazo de duración, de tan sólo un año y medio, impide al Presidente desarrollar una agenda institucional de largo plazo, lo que le quita proyección de identidad unitaria a su labor a la cabeza de la institución.

Otorgarle la calidad de jefe superior del servicio al Presidente del Consejo. Con la finalidad del relevar el rol que le corresponde al Presidente, se propone que tenga, también, la calidad de jefe superior del servicio, con todas las atribuciones que ello conlleva, tanto respecto del personal como en el ámbito de decisiones presupuestarias, con lo que se evitaría que el Consejo tenga dos cabezas decisorias que puedan tener políticas contradictorias y afectar con ello las políticas de transparencia.

En base a las modificaciones anteriores y porque ejerce una actividad de fiscalización de la actividad del ejecutivo, se hace necesario también aumentar la remuneración del Presidente del

⁸³ Boletín N° 6.907-06. Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Larraín, señora Alvear y señores Chahuán, Lagos y Orpis, relativo al Consejo para la Transparencia.

Consejo, desde la actual que lo asimila a un Subsecretario de Estado a la de un Ministro de Estado.

Por último, se propone modificar el sistema de dieta para los consejeros establecido en la ley, que hoy contempla el pago de 15 unidades de fomento por cada sesión a la que asistan, con un máximo de 100 unidades de fomento por mes calendario. Lo que se traduce en que existen escasos incentivos para realizar más de dos sesiones a la semana y para que los Consejeros intervengan en la actividad del Consejo. La propuesta tiene por finalidad aplicar un criterio más flexible que permita a los consejeros una mayor dedicación a la actividad del Consejo y que esa mayor dedicación sea retribuida en forma justa. Para ello se propone, aumentar el tope de 100 UF a 200 UF y que su retribución diga relación no sólo con las sesiones a las que asistan, sino que también con su actividad presencial en el Consejo.

Finalmente, se ha propuesto por institutos de estudio incompatibilidad posterior (regulación de post empleo):

Proponemos establecer una incompatibilidad posterior para que los consejeros no puedan hacer lobby ante el CPLT por un año. Por su parte, respecto a la regulación que se propone en el proyecto de ley para el post empleo de los consejeros, la mesa de trabajo manifiesta diversas posiciones de sus integrantes. La regulación que se viene proponiendo en la indicación está acorde con los plazos y alcance que hoy se contemplan en otros organismos como los establecidos en la Comisión de Mercado Financiero (Ley Nº 21.000) y el Banco Central. Sin embargo, estimamos que, transcurridos los tres meses de prohibición absoluta compensada, debiera existir un plazo adicional (6 o 12 meses) sin compensación,[5] contado desde el cese en el cargo de consejero, con prohibición de para ejercer o participar de empresas cuyo objeto o giro comercial versen sobre recolección, tratamiento o comunicación de datos personales, o respecto de las cuales los consejeros hayan, de forma específica, personal y directa, emitido actos, resoluciones o dictámenes; participado en sesiones en las que se hubiere adoptado algún acuerdo o resolución a su respecto, o hayan intervenido en los procedimientos administrativos, finalizados o no, que produjeron o producirán dichos actos administrativos.⁸⁴

CAPITULO TERCERO

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Resulta interesante analizar algunos pronunciamientos que ya han ido efectuando las Cortes de Apelaciones, tanto desde el punto de vista formal como de fondo.

1 Aspectos procesales

Así, por ejemplo, en cuanto a aspectos procedimentales se ha señalado que la reclamación no sólo procede respecto de la resolución que deniega el acceso a la información.⁸⁵ No es viable el reclamo respecto de entidad administrativa que ha rechazado acceso basado en el número 1º del artículo 21 de la Ley 20.285.⁸⁶

La Corte Suprema, a su turno, ha estimado improcedente el recurso de apelación respecto de sentencias interlocutorias dictadas por la Corte de Apelaciones conociendo del reclamo.⁸⁷ Del mismo modo, existen decisiones sobre contiendas de competencia del máximo tribunal.⁸⁸

De igual manera, destacan pronunciamientos acerca de la extemporaneidad de la presentación⁸⁹ y cosa juzgada.⁹⁰

También se ha analizado la naturaleza jurídica de las resoluciones que disponen la entrega de documentos, diferenciando entre aquellas que causan ejecutoria y ejecutoriadas.⁹¹

Igualmente, se ha referido a la forma de notificación por parte de la administración para que terceros hagan valer sus derechos.⁹²

Cabe señalar que se ha insistido que el reclamante debe ser afectado en sus derechos⁹³, tener interés legítimo⁹⁴ e invocar información objetiva y determinada.⁹⁵ Del mismo modo, la presentación debe

⁸⁵ ICA de SANTIAGO, Rol 943-2010. En el mismo sentido, Rol 2080-2010

⁸⁶ ICA de SANTIAGO, Rol 5975-2010, 20 de mayo de 2011. También en ICA de IQUIQUE, Rol 199-2010, 24 de mayo de 2011

⁸⁷ C. SUPREMA, Rol 5799-2010, 29 de octubre de 2010. En igual sentido, Rol 2874-2011, 1 de julio de 2011

⁸⁸ C. SUPREMA, Rol 6693-2010, 28 de marzo de 2011

⁸⁹ ICA de SANTIAGO, Rol 4625-2009, 23 de octubre de 2009. Igualmente, vid. Roles 4039-2011, de 26 de octubre de 2011 y 7732-2010, de 16 de septiembre de 2011

⁹⁰ ICA de SANTIAGO, Rol 7390-2009, 9 de mayo de 2011

⁹¹ C. SUPREMA, Rol 7351-2012, 31 de diciembre de 2012

⁹² ICA DE P. ARENAS, Rol 131-2012, 4 de diciembre de 2012

⁹³ ICA de SANTIAGO, Rol 2143-2011, 19 de octubre de 2011

⁹⁴ ICA de SANTIAGO, Rol 6143-2010, 28 de enero de 2011

⁹⁵ ICA de TEMUCO, Rol 825-2011, 9 de noviembre de 2012

contener fundamentos y peticiones.⁹⁶ Además, en el proceso deben allegarse antecedentes para acreditar existencia de acto, resolución, acta, contrato o acuerdo en poder del servicio.⁹⁷

También se ha sentenciado que el proceso de amparo no debe suplantar otros procesos específicos, como el minero⁹⁸, sin perjuicio que se ha aceptado como mecanismo de información para los concejales, independiente de la Ley Orgánica Municipal.⁹⁹ A su vez, no corresponde otorgar más de lo solicitado por peticionario¹⁰⁰ o aquello que ha estado “en la mente” del funcionario.¹⁰¹ La Corte Suprema ha puntualizado que el haberse solicitado información como medio de prueba en un juicio es diferente del proceso de amparo.¹⁰²

En cuanto a las atribuciones del Consejo, se ha sentenciado que no le corresponde solicitar modificaciones de ordenanza municipal.¹⁰³

2. **Aspectos de fondo**

En cuanto al fondo, se han revocado decisiones del Consejo para la Transparencia respecto de la información sobre procesos de selección realizados por la Dirección Nacional del Servicio Civil.¹⁰⁴ Igualmente, ha ocurrido, en materia laboral, respecto de registro de participantes de sindicato¹⁰⁵ y en relación a información de Superintendencia de Banco, correspondiente a detalle anual de sanciones aplicadas a instituciones.¹⁰⁶ La Corte Suprema ha acogido recursos de queja respecto de antecedentes

⁹⁶ ICA de VALPARAISO, Rol 288-2011, 17 de junio de 2011

⁹⁷ ICA de VALPARAISO, Rol 2173-2011, 16 de octubre de 2012

⁹⁸ ICA de SANTIAGO, Rol 885-2011, 15 de febrero de 2012

⁹⁹ ICA de CHILLAN, Rol 446-2010, 26 de abril de 2011

¹⁰⁰ ICA de SANTIAGO, Rol 3496-2010, 4 de enero de 2011

¹⁰¹ ICA de SANTIAGO, Rol 2442-2010, 20 de septiembre de 2011

¹⁰² C SUPREMA, Rol 4000-2011, 16 de septiembre de 2011

¹⁰³ ICA de SANTIAGO, Rol 1187-2010, 23 de noviembre de 2011

¹⁰⁴ ICA de SANTIAGO, Rol 943-2010, 3 de septiembre de 2010. Una decisión diversa, en Rol 2080-2010, 22 de noviembre de 2010, donde se obliga a entregar la información. Vid. También, Rol 7514-2010, 26 de julio de 2012

¹⁰⁵ ICA de SANTIAGO, Rol 5086-11, 21 de agosto de 2012. Igualmente, respecto de convenio colectivo que tenga Dirección de Trabajo (ICA de SANTIAGO, Rol 989-2011, 8 de mayo de 2012) e instrumentos colectivos firmados entre empresa y sindicato (ICA de SANTIAGO, Rol 806-2011, 31 de mayo de 2011). En cambio, se ha estimado que no es público la nómina de trabajadores de empresa que participan en elección de delegados sindicales (ICA de SANTIAGO, Rol 7329-2011, 4 de abril de 2012).

¹⁰⁶ ICA de SANTIAGO, Rol 1344-12, 23 de agosto de 2012

recabados por el Consejo de Defensa del estado para la procedencia de ciertas acciones, estimando afectado el secreto profesional.¹⁰⁷

Además, se ha determinado que debe excluirse actas de directorio de una fundación, limitándose la entrega de antecedentes a la memoria y balances de dicho ente, modificándose en parte lo resuelto en sede de amparo.¹⁰⁸

A su vez, se han confirmado decisiones referidas a la información y antecedentes que debe entregar una universidad estatal¹⁰⁹, la obligación de un municipio de otorgar información educacional¹¹⁰ y nómina de patentes¹¹¹ e igualmente bases de datos para emitir boletas de cobro de extracción de basura¹¹², como a su vez la individualización de actuarios de un sumario¹¹³ o la información que debe contenerse en un sitio electrónico¹¹⁴.

Se ha exigido a las corporaciones municipales cumplir también con el principio de transparencia.¹¹⁵

Del mismo modo, se ha sentenciado que debe entregarse ciertos informes en procesos de postulación realizados por el Servicio de Impuestos Internos¹¹⁶, la documentación que dispone la Subsecretaría de

¹⁰⁷ Roles 2582-2012, 2788-2012 y 2423-2012, todos de 28 de noviembre de 2012. Similar razonamiento en ICA de SANTIAGO, Rol 9314-2011, 12 de noviembre de 2012

¹⁰⁸ ICA de SANTIAGO, Rol 950-2010, 7 de octubre de 2010

¹⁰⁹ ICA de SANTIAGO, Rol 1803-2010, 1º de octubre de 2010. En el mismo sentido, respecto de USACH (Rol 1349-2011, 3 de enero de 2012) y U. A. Prat (Rol 279-2011, 17 de noviembre de 2011).

¹¹⁰ ICA de VALPARAISO, Rol 294-2010, 29 de junio de 2010. En el mismo sentido, ICA de SANTIAGO, respecto de los antecedentes de concurso público para docente en una corporación municipal, Rol 8131-2009, 10 de agosto de 2010

¹¹¹ ICA de SANTIAGO, Rol 2619-2012, 28 de diciembre de 2012

¹¹² ICA de SANTIAGO, Rol 710-2012, 1 de octubre de 2012

¹¹³ ICA de SANTIAGO, Rol 2335-2010, 1 de diciembre de 2010. También en materia municipal (ICA de CONCEPCION, Rol 367-2012, 24 de septiembre de 2012).

¹¹⁴ ICA de VALPARAISO, Rol 2361-2009, 14 de junio de 2010

¹¹⁵ ICA de P. MONTT, Rol 395-2010, 27 de enero de 2011. También ICA de SANTIAGO, Rol 906-2011, 13 de febrero de 2012.

¹¹⁶ ICA de SANTIAGO, Rol 8067-2009, 25 de mayo de 2010. También respecto de oficios internos (ICA de SANTIAGO, Rol 8806-2011, 30 de agosto de 2012), cartilla del sistema de información integrada de contribuyente (ICA de SANTIAGO, Rol 879-2012, 29 de agosto de 2012) y antecedentes vinculados a procedimiento aplicado a funcionario que se aplicó descuento (ICA de SANTIAGO, Rol 5856-2011, 1 de junio de 2012). En cambio, se ha sentenciado que no es público el catastro de información sobre contribuciones (ICA de SANTIAGO, Rol 7804-2011, 20 de abril de 2012. En sentido contrario, Rol 1019-2011, 17 de abril de 2012). Del mismo modo, se ha estimado que no es público los antecedentes de fiscalización tributaria (ICA de SANTIAGO, Rol 7319-2010, 24 de agosto de 2011) e

Minería respecto de un paso fronterizo de un proyecto minero¹¹⁷, el sumario administrativo efectuado por la PDI¹¹⁸, la información sobre sustancias tóxicas de que dispone la Subsecretaría de Salud¹¹⁹, diversos antecedentes respecto de actos de la Superintendencia de Valores y Seguros¹²⁰, de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras¹²¹ o de Ministerio de Justicia¹²² y la individualización de las personas que desempeñan la función de capellanes en el Ejército¹²³

Deben destacarse que no se han estimado como públicos correos electrónicos de funcionarios¹²⁴ -aunque no ha sido unánime la jurisprudencia-¹²⁵, información sobre ingreso y salida de funcionario de edificio público¹²⁶, antecedentes sobre acreditación universitaria¹²⁷, nómina de profesionales médicos que participación en decisión que motiva oficio de Superintendencia de Seguridad Social¹²⁸, audios de sesiones de Consejo Nacional de Cultura y de las Artes¹²⁹, antecedentes

-
- igualmente formularios de declaración sobre enajenación de bienes (ICA de SANTIAGO, Rol 6143-2010, 28 de enero de 2011).
- ¹¹⁷ ICA de SANTIAGO, Rol 8405-2009, 4 de octubre de 2010
- ¹¹⁸ ICA de SANTIAGO, Rol 2267-2010, 25 de octubre de 2010. También orden de aprehensión (ICA de SANTIAGO, Rol 6252-2011, 28 de noviembre de 2011).
- ¹¹⁹ ICA de SANTIAGO, Rol 1103-2010, 6 de diciembre de 2010
- ¹²⁰ Por ejemplo, en relación a funcionarios que tengan acciones de empresas que fiscalizan (ICA de SANTIAGO, Roles 5619-2012 y 5119-2012, ambos de 23 de noviembre de 2012. Igualmente, respecto de resoluciones en procedimientos de fiscalización por uso de información privilegiada (ICA de SANTIAGO, Rol 5186-2012, 11 de diciembre de 2012) e informes internos (ICA de SANTIAGO, Rol 3746-2011, 15 de mayo de 2012). A su vez, actuando de oficio en relación a información de la SVS sobre procedimientos de fiscalización por uso de información privilegiada (Rol 9363/2012, 5 de mayo de 2013). También se ha reconocido la publicidad de información referida a los ingresos anuales que ha percibido una empresa auditora durante el ejercicio 2012 (ICA de Santiago, Rol N° 8989-2013, 9 de octubre de 2014).
- ¹²¹ C.S. Rol N°10.474-2013, 15 de enero de 2014
- ¹²² Respecto de información de corporación (ICA de SANTIAGO, Rol 841-2012, 7 de diciembre de 2012)
- ¹²³ ICA de SANTIAGO; Rol 2275-2010, 23 de noviembre de 2010. También se estima como pública antecedentes de licitación efectuada por Estado Mayor Conjunto (ICA de SANTIAGO, Rol 7497-2011, 24 de mayo de 2012)
- ¹²⁴ ICA de SANTIAGO, Rol 6704-2011, 17 de diciembre de 2012. En relación a funcionario del SII, C.S. Rol 7484-2013, 15 de enero de 2014
- ¹²⁵ Por ejemplo, respecto de MIDEPLAN (ICA de SANTIAGO, Rol 7932-2011, 9 de mayo de 2012) e igualmente en relación al Consejo Nacional de Cultura y de las Artes (ICA de VALPARAISO, Rol 125-2011, 12 de julio de 2011)
- ¹²⁶ ICA de SANTIAGO, Rol 1002-2011, 2 de abril de 2012
- ¹²⁷ ICA de SANTIAGO, Rol 2742-2011, 22 de septiembre de 2012
- ¹²⁸ ICA de SANTIAGO, Rol 6189-2010, 10 de noviembre de 2011
- ¹²⁹ ICA de VALPARAISO, Rol 529-2011, 27 de octubre de 2011. Igualmente, respecto de antecedentes de funcionamiento interno (ICA de VALPARAISO, Rol 2067-2010, 7 de julio de 2011).

de denuncia presentada ante Aduana¹³⁰, carpeta de indulto de Ministerio de Justicia¹³¹, investigación sumaria de servicio de salud¹³², antecedentes de evaluadores de concurso de CONICYT¹³³ e informes sobre campaña pública de salud¹³⁴

Se ha sentenciado que infringe la seguridad nacional cierta información en poder de las fuerzas armadas.¹³⁵ Por su parte, el interés nacional se invocó en relación a los nombres y honorarios de los abogados que defendieron a nuestro país ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya, por la demanda marítima del Perú.¹³⁶

A su vez, se ha considerado que afecta el funcionamiento del órgano, por ejemplo, cierta información sobre planes de manejo de CONAF¹³⁷, estudios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones¹³⁸

La afectación de derechos comerciales de terceros también ha sido invocada, respecto de exportación de minerales.¹³⁹ Se ha protegido identidad de denunciante en sumario, fundado en derechos de terceros.¹⁴⁰ Igualmente respecto del secreto profesional en relación al Consejo de Defensa del Estado.¹⁴¹

¹³⁰ ICA VALPARAISO, Rol 78-2011, 29 de julio de 2011

¹³¹ ICA de SANTIAGO, Rol 6190-2010, 30 de junio de 2011

¹³² ICA de VALPARAISO, Rol 1238-2010, 27 de mayo de 2011

¹³³ ICA de SANTIAGO, Rol 320-2011, 31 de mayo de 2011

¹³⁴ ICA de SANTIAGO, Rol 5955-2009, 17 de enero de 2011

¹³⁵ Por ejemplo, respecto de número de bombas lacrimógenas empleadas por Carabineros (ICA de SANTIAGO, Rol 4366-2012, 30 de octubre de 2012), proceso de calificación de miembros de la Armada (ICA de SANTIAGO, Rol 1007-2011, 29 de junio de 2011) o antecedentes de lista de retiro de Fuerza Aérea (ICA de SANTIAGO, Rol 1948-2010, 8 de marzo de 2011). También se rechaza solicitud de información sobre conducta de postulante a Carabineros (ICA de TALCA, Rol 891-2011, 22 de mayo de 2012).

¹³⁶ C.S., Rol 13510-2013, 13 de enero de 2014

¹³⁷ ICA de SANTIAGO, Rol 2617-2012, 3 de diciembre de 2012. Igualmente, respecto de antecedentes que originaron causa de policía local por tala ilegal de bosque (ICA de SANTIAGO, Rol 5979-2010, 7 de julio de 2011). En relación a CONAF vid. también sentencias de ICA de SANTIAGO (Rol 8131-09) y de SAN MIGUEL (Rol 132-2010)

¹³⁸ ICA de SANTIAGO, Rol 3289-2012, 30 de octubre de 2012

¹³⁹ ICA de SANTIAGO, Rol 6032-2010, 30 de junio de 2011

¹⁴⁰ ICA de IQUIQUE, Rol 551-2010, 20 de mayo de 2011

¹⁴¹ C.S., Rol 6059/2013, 18 de marzo de 2014

3. **Reformas al procedimiento**

En virtud de un Proyecto de ley se propone mejora de mecanismos y procedimientos del derecho a acceso a la información pública.¹⁴²

a) **Derivación de la solicitud de acceso a la información.**

Otro aspecto que se modifica dice relación con las mejoras introducidas a los plazos relativos a la derivación de las solicitudes de acceso a la información pública. En ese orden de ideas, se consagra el plazo de cinco días hábiles para derivar una solicitud de acceso a la información, desde un órgano incompetente al competente, promoviendo así la eficiencia de los órganos de la Administración del Estado. Mención especial merece la regulación del plazo para responder la solicitud de acceso de información cuando ha habido derivación, en el sentido que el plazo de 20 días hábiles para responder comienza a correr una vez que el órgano competente recibe la derivación de solicitud de acceso a la información y, en el caso de que se haya requerido al solicitante subsanar la solicitud, el plazo comenzaría a correr una vez subsanada la falta.

b) **Entrega de la copia de los actos y documentos por parte del órgano.**

Además, se agrega que, en el evento que la información requerida contenga datos personales, y el solicitante declare y comprobare ser su titular, y así lo desee, la entrega procederá por medios electrónicos de la forma que establecerá un reglamento dictado mediante decreto supremo emanado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.

c) **Derecho de oposición de terceros.**

En esta línea, se aumenta el plazo a cinco días hábiles para que los órganos de la Administración del Estado notifiquen a terceros que podrían ver perturbados o menoscabados sus derechos con la entrega de la información requerida. Asimismo, el tercero afectado podrá ejercer el derecho de oposición dentro del plazo de diez días hábiles contados desde la notificación. También, se regulan dos nuevas situaciones respecto de las cuales podrá omitirse la notificación a terceros. La primera de ellas, tendrá lugar cuando el órgano de la Administración del Estado acredite

¹⁴² Mensaje N° 108-366, 24 de agosto de 2018.

que la información solicitada es secreta o reservada de acuerdo a una ley de quorum calificado. La segunda de ellas tendrá lugar cuando la solicitud esté referida a datos de un elevado número de personas o si la información afectare a personas cuyo paradero fuere ignorado. En ese caso, el órgano requerido, podrá sustituir la notificación señalada por un periodo de información pública practicado conforme al artículo 39 de la ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, lo que deberá además ser anunciado en su sitio electrónico.

d) **Actos o documentos calificados secretos.**

Se establece que se entenderá que un acto o documento ha sido declarado secreto y, por lo tanto, deberá incorporarse al índice que deben mantener los órganos de la Administración del Estado, cuando el acto que así lo declare se encuentre firme.

e) **Mejoras en el procedimiento de reclamo o amparo ante el Consejo para la Transparencia.**

Del mismo modo, se consagra legalmente la facultad del CPLT para promover instancias alternativas de solución de conflictos una vez que se ha presentado un reclamo o un amparo. Sin perjuicio que no se resuelva anticipadamente el conflicto, todas las opiniones o documentos que hayan vertido o entregado las partes, no inhabilitarán al CPLT para resolver, en definitiva.

Cuando el solicitante lo indique expresamente en la reclamación, el CPLT podrá efectuar las notificaciones vía correo electrónico. En el caso de los órganos de la Administración del Estado, la notificación se realizará al correo electrónico que hayan previamente designado para estos efectos.

Se incorpora la facultad de las partes, a pedir en forma fundada y preventiva que ciertos actos y documentos sean declarados secretos, mientras se encuentre pendiente la decisión del CPLT para la Transparencia, el cual deberá tomar las medidas de seguridad necesarias para mantener el carácter de secreto de dicha información. Deberá realizarse lo anterior en todos aquellos casos en los cuales haya denegado la solicitud de reserva o secreto efectuada por alguna de las partes, y haya publicado dicha información, y luego en definitiva haya estimado que dicha información es secreta.

Se amplía el plazo para resolver el reclamo que tiene el CPLT, a veinticinco días hábiles, el cual será ampliable por una sola vez, mediante resolución fundada del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia por el mismo plazo.

En el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, ésta ordenará, por la vía que estime más rápida y efectiva, que contra quien se interponga el reclamo o que en su concepto tengan la calidad de interesados en su resolución, informen, presentando sus descargos u observaciones, en el plazo de diez días y remitan a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del reclamo.

f) **Modernización del Consejo para la Transparencia.**

Se consagra, del mismo modo, respecto del CPLT, la obligación legal de realizar una cuenta pública participativa a la ciudadanía de la gestión de sus políticas, planes, programas, ejecución presupuestaria y cualquier otra información que considere relevante.

g) **Robustecimiento de las infracciones y sanciones.**

i. *Sanciones por denegación infundada de la información requerida.*

Se propone sancionar a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio del Estado requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, con censura o multa de hasta 50% de su remuneración, según corresponda. Se tendrá presente para la aplicación de la multa o sanción la intencionalidad, grado de participación y la conducta anterior.

ii. *Sanciones por la no entrega de la información decretada, ordenada por resolución firme.*

Del mismo modo, se sancionará a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio del Estado requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, con censura o multa de hasta 50% de su remuneración, según corresponda. Se tendrá presente para la aplicación de la multa o sanción la intencionalidad, grado de participación y la conducta anterior. Si persiste en dicha actitud, una vez notificado de la resolución que ordena la entrega de la información, habiendo sido aplicada la censura o la multa, el Consejo para la Transparencia apercibirá al infractor a que cumpla lo ordenado dentro del plazo de 10 días hábiles. En caso de no cumplir con lo decretado una vez notificado, se considerará una falta al principio de probidad administrativa.

iii. *Sanciones por incumplimiento a las normas de transparencia activa.*

Finalmente, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio del Estado que no dé cumplimiento a las normas de transparencia activa, será sancionada con censura o multa de hasta 50% de su remuneración, según corresponda. Se tendrá presente para la aplicación de la multa o sanción la intencionalidad, grado de participación y la conducta anterior.

SEGUNDA PARTE
EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION
EN CHILE Y EN DERECHO COMPARADO

CAPITULO TERCERO

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION

I. Derecho europeo

En efecto, la Carta Fundamental italiana de 1947 establece que las sesiones del Parlamento serán públicas, sin perjuicio de que pueda acordarse reunirse en sesión secreta.¹⁴³ El Reglamento de las Cámaras debe especificar la forma de publicidad de los trabajos de sus comisiones.¹⁴⁴ Por último, se alude a la obligación de publicación de las leyes¹⁴⁵, de los decretos con fuerza de ley¹⁴⁶ y de los reglamentos regionales.¹⁴⁷

La Ley Fundamental alemana de 1949 además de reiterar normas similares en cuanto a que las sesiones del Bundestag son públicas¹⁴⁸ y la publicidad de las disposiciones jurídicas¹⁴⁹, agrega que los partidos políticos deben "*dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio*".¹⁵⁰

La Constitución francesa de 1958 indica que las sesiones de las dos Cámaras serán públicas y que el acta integral de los debates se publicará en el boletín oficial. Del mismo modo, cada Cámara podrá reunirse en sesión secreta a petición del Primer Ministro o una décima parte de sus miembros.¹⁵¹

Por último, la Constitución española de 1978 alude a la publicidad de las normas¹⁵², de las sesiones de las Cámaras¹⁵³ y de las actuaciones judiciales¹⁵⁴, a la vez que preceptúa que la ley deberá regular "*el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo*

¹⁴³ Constitución Política de Italia, artículo 64

¹⁴⁴ Ibid., artículo 72

¹⁴⁵ Ibid., artículo 73

¹⁴⁶ Ibid., artículo 77

¹⁴⁷ Ibid., artículo 123

¹⁴⁸ Constitución Política de Alemania, artículo 42 N° 1. Vid. CONRADO HESSE, *Significado de los Derechos Fundamentales*, en Manual de Derecho Constitucional, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Ed. Marcial Pons, 1996.

¹⁴⁹ Ibid., artículo 82

¹⁵⁰ Ibid., artículo 21

¹⁵¹ Constitución Política de Francia, artículo 33

¹⁵² Constitución Política de España, artículo 9 N° 3

¹⁵³ Ibid., artículo 80

¹⁵⁴ Ibid., artículo 120. Además, las sentencias del Tribunal Constitucional deben publicarse en los boletines oficiales

*que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.*¹⁵⁵

Debe tenerse que en la Carta Fundamental de la Unión Europea ya se planteaba el derecho a una buena administración en los siguientes términos:

Artículo 41. Derecho a una buena administración.

Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial, equitativamente y dentro de un plazo razonable.

Este derecho incluye, en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad, y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

Toda persona tiene derecho a la reparación por la comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros.

*Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua*¹⁵⁶

¹⁵⁵ Ibid., artículo 105 b). Vid. FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Madrid, 1992

¹⁵⁶ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000: artículo 41

II. Acceso a la información en el derecho comparado americano

Los diversos ordenamientos constitucionales hispanoamericanos han ido reconociendo en el último tiempo el derecho de acceso a la información.

1. Colombia

Así, la Carta Fundamental de Colombia, además de las referencias generales acerca de la publicidad de las sesiones de las Cámaras y de las leyes y actuaciones judiciales, consagra también el derecho de todas las personas a "acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley".¹⁵⁷

2. México

Por su parte, la Constitución mexicana incorporó expresamente una serie de principios y bases que deben regir el derecho de acceso a la información y vinculadas a la publicidad como regla general, el respeto a la privacidad y datos personales y el establecimiento de mecanismos de acceso expeditos.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Constitución de Colombia, artículo 74. Vid. JACOBO PEREZ ESCOBAR, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, 2004. Se ha dictado la Ley 1712, de 6 de marzo de 2014, reglamentada por Decreto 103, de 20 de enero de 2015. Ha señalado la Corte Constitucional de Colombia que es titular del derecho a acceder a la información pública toda persona, sin exigir ninguna cualificación o interés particular para que se entienda que tiene derecho a solicitar y a recibir dicha información de conformidad con las reglas que establece la Constitución y el proyecto de ley. Esta disposición se ajusta a los parámetros constitucionales del derecho de petición, de información y del libre acceso a los documentos públicos, a los principios de la función pública, que consagran los artículos 20, 23, 74 y 209 de la Carta (Sentencia C-274/13). Ya en 1985 se publicó una Ley N° 57 (DOF:12.7.1985) que establecía la publicidad de los actos y documentos oficiales (ALFREDO E FERNADEZ DE LARA, *Acerca de la información pública en América Latina: análisis de su diseño institucional en Chile, Colombia y México* (2002-2014), *Revista Debates* 10 N° 1, 2016).

¹⁵⁸ **I.** *Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.*
II. *La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.*
III. *Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.*
IV. *Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.*
V. *Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.*
VI. *Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.*

3. **Perú**

La Constitución de Perú de 1993 consagra el derecho a "*solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional*".¹⁵⁹ Del mismo modo, se alude a la transparencia en relación al origen de los recursos económicos de los partidos políticos.¹⁶⁰

4. **Argentina**

Por su parte, en el capítulo II de la Constitución de Argentina ("nuevos derechos y garantías"), reformado en 1994, se incluyen dos disposiciones. Así, se establece el derecho a ser provisto de información ambiental por las autoridades públicas.¹⁶¹ A la vez que se incorpora un caso específico de derecho de acceso a la información, en cuanto a que "*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz*".¹⁶²

5. **Costa Rica**

La Constitución de Costa Rica de 1949, modificada el año 2001, garantiza "*el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado*".¹⁶³

VII. *La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes*". Constitución Política de México, artículo 6. Vid. IGNACIO BURGOA, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 2009. El año 2003 entró en vigor, en junio de 2003, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Vid. RIGOBERTO MARTINEZ B., *El derecho de acceso a la información en México*, 2009

¹⁵⁹ Constitución Política de Perú, artículo 2 N° 1

¹⁶⁰ Ibid., artículo 35. Su regulación normativa se encuentra en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, y en el Reglamento de la Ley (D.S. 043-2003)

¹⁶¹ De acuerdo a lo señalado en el artículo 41, "*Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales*"

¹⁶² Según el artículo 42, "*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*". Vid. Ley 27.275, de 14 de septiembre de 2016. Vid. SANTIAGO DÍAZ C., *El derecho de acceso a la información pública: situación actual y propuestas para una ley*, en *Lecciones y Ensayos* 86, 2009; p. 151 y ss.

¹⁶³ Artículo 30. Ello, sin perjuicio del derecho de petición, que garantiza el artículo 27. JORGE CÓRDOBA ORTEGA, *El derecho de acceso a la información pública y la existencia de herramientas que posibilitan la transparencia en la gestión administrativa en Costa Rica. Una visión legislativa*, *Revista Centroamericana de Administración Pública* 62-63, 2012. No existe aún normativa legal sobre el tema. Se ha sentenciado que "*El ordinal 30 de la Constitución*

6. **Republica Dominicana**

Por su parte, la Constitución de República Dominicana alude a la transparencia y publicidad, dentro de los principios que debe orientar la actuación de la Administración Pública.¹⁶⁴

7. **Venezuela**

A su vez, la Ley Fundamental de Venezuela tutela el derecho a ser informado *"por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad"*.¹⁶⁵

8. **Ecuador**

La Constitución ecuatoriana de 2008 consagra expresamente el derecho de las personas a *"acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas"*. A la vez que, agrega, *"no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información"*¹⁶⁶. Para tal efecto, se prevé expresamente una

Política garantiza el libre acceso a los "departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público", derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. (...)". (Resolución n.º 136-2003 del 15 enero del 2003).

¹⁶⁴ Constitución de República Dominicana, artículo 138. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de la libertad de información se reconoce que *"Toda persona tiene derecho a la información. Este derecho comprende buscar, investigar, recibir y difundir información de todo tipo, de carácter público, por cualquier medio, canal o vía, conforme determinan la Constitución y la ley"* (artículo 49 N° 1). Vid. Ley General de Libre Acceso a la Información Pública Ley 200-04 y el Decreto No. 130-05 que crea el reglamento de dicha ley. Relevante es la sentencia del TC/0052/13

¹⁶⁵ Constitución de Venezuela, artículo 143. Aún no se ha dictado normativa legal que la reglamente

¹⁶⁶ Constitución de Ecuador, artículo 18 N° 2

acción de acceso a la información pública.¹⁶⁷ A la vez que se crea una Función de Transparencia y Control Social.¹⁶⁸

9. **Bolivia**

A su turno, la Constitución boliviana de 2009 consagra la publicidad y transparencia con motivo de la jurisdicción¹⁶⁹, de la administración¹⁷⁰ y de la política fiscal.¹⁷¹

10. **Panamá**

Finalmente, cabe citar el caso de Panamá, en la que se consagra el acceso a las bases de datos o registros.¹⁷²

11. **Uruguay**

Por último, existen casos, como en Uruguay, en el que el acceso a la información se entiende constitucionalmente de manera implícita.¹⁷³ Sin perjuicio de lo cual existe normativa legal y reglamentaria que regula la materia.¹⁷⁴

¹⁶⁷ "Art. 91.- La acción de acceso a la información pública tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. Podrá ser interpuesta incluso si la negativa se sustenta en el carácter secreto, reservado, confidencial o cualquiera otra clasificación de la información. El carácter reservado de la información deberá ser declarado con anterioridad a la petición, por autoridad competente y de acuerdo con la ley. Existe una Ley orgánica de transparencia y acceso a la información pública (Ley N° 2004-34, 18 de mayo de 2004)

¹⁶⁸ "La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa". (artículo 204)

¹⁶⁹ Constitución de Bolivia, artículo 180

¹⁷⁰ Ibid., artículo 232. Vid. Ley 28168, de 17 de mayo de 2005, de Transparencia en la gestión pública del Poder Ejecutivo.

¹⁷¹ Ibid., artículo 323

¹⁷² Constitución de Panamá, artículo 43

¹⁷³ Artículo 72: "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

¹⁷⁴ Ley N° 18.381, que regula derecho de acceso a la información pública (17 de octubre de 2008) y su Decreto Reglamentario 232/010, de 2 de agosto de 2010.

III. **Antecedentes del acceso a la información en Chile**¹⁷⁵

1. **Normativa dictada en los 90**

Como se sabe, la Comisión de Ética Pública, en 1994, instó a legislar sobre acceso a la información. En tal sentido, se estimó conveniente incorporar en la Constitución Política de la República los principios de probidad funcionaria y de transparencia en la función pública. Así, se consideró necesario que, en el nuevo artículo octavo, además de incorporar el principio de probidad, *"debiera expresarse que toda función pública se ejercerá con transparencia, de manera que se permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en el ejercicio de ellas, sin perjuicio de las materias que, por razones de seguridad o de interés nacional, deban mantenerse en secreto"*.¹⁷⁶

Del mismo modo, cabe recordar que a fines de los noventa se modifica la Ley de Bases de la Administración del Estado, incorporando expresamente el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública, *"de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella"*.¹⁷⁷ De esta forma, como ha señalado el Tribunal Constitucional, *"el derecho de acceso a la información pública surgió primeramente a nivel legal para ser posteriormente recogido, en los términos que se han reseñado, por la reforma constitucional de agosto de 2005, en el artículo 8º, inciso segundo, de la Carta Fundamental"*.¹⁷⁸

2. **Corte Interamericana de Justicia**

De igual modo, debe destacarse la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en el 2006, en el caso Marcel Claude Reyes y otros contra la República de Chile, en el que se resalta que *"el valor del acceso a la información comprende la promoción de los objetivos más importantes en las Américas, incluida una democracia transparente y efectiva, respeto por los derechos humanos, la estabilidad de los mercados económicos y la justicia socioeconómica. Es ampliamente reconocido que, sin acceso público a la información en poder del Estado, los beneficios políticos que*

¹⁷⁵ ENRIQUE NAVARRO BELTRAN, *Bases constitucionales del principio de publicidad*. En obra colectiva "Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos". H. Nogueira (coordinador). Ed. Librotecnia, 2014; p. 219-252. Una versión preliminar del presente artículo, en la parte general, en RDUFT 1/2013; p. 143 y ss.

¹⁷⁶ Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre probidad pública y la prevención de la corrupción, creada por Decreto N° 423, publicado en el Diario Oficial el 18 de abril de 1994. Una década después se propusieron diversas medidas para fortalecer la transparencia.

¹⁷⁷ Artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, modificado por la Ley N° 19.653

¹⁷⁸ TC, Rol 634/2006, consid. 11

derivan de un clima de libre expresión no pueden realizarse plenamente. El acceso a la información promueve la rendición de cuentas y la transparencia dentro del Estado y permite un debate público sólido e informado. De esta manera el acceso a la información habilita a los ciudadanos para asumir un papel activo en el gobierno, que es condición de una democracia sana. Un mecanismo transparente que brinda acceso a información en poder del Estado es también esencial para fomentar un clima de respeto por todos los derechos humanos. El acceso a la información en poder del Estado es igualmente necesario para evitar futuros abusos de los funcionarios gubernamentales y para asegurar la garantía de contar con recursos efectivos contra tales abusos”¹⁷⁹

Cabe sí señalar que, en la misma decisión, la Corte Interamericana si bien se destaca la nueva legislación dictada a fines de los noventa, la estima insuficiente por considerar que sólo se aplica a los actos administrativos y por la amplitud y vaguedad de las excepciones previstas.¹⁸⁰

3. **Derecho implícito**

Ahora bien, el derecho a recibir la información forma parte de la libertad de expresión tutelada en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República. En efecto, tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional, la *"historia y la doctrina constitucional en general permiten afirmar que estas libertades –se refiere a las de opinión e información– comprenden también el derecho a recibir informaciones"*.¹⁸¹

El mismo Tribunal ha concluido que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental – aunque no en forma explícita- *"como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que 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"*.¹⁸²

¹⁷⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 8 de julio de 2005 cap. VII, N° 48

¹⁸⁰ Ibid., cap. VII, N° 90

¹⁸¹ TC, Rol 226/1995, 30.10.1995, consid. 20

¹⁸² TC, Rol 634/2006, 9.08.2007, consid. 9. En el mismo sentido, Roles 1732/2010, c. 12 y 2558/2013, c. 13. Por lo mismo, se ha sentenciado que el mandato de publicidad tiene como finalidad garantizar un régimen republicado democrático, garantizando el control del poder,

IV. La reforma constitucional de 2005 y la consagración del acceso a la información

La reforma constitucional de 2005 consagra expresamente la publicidad, en el inciso segundo del artículo octavo¹⁸³, al indicar que *"son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional"*.

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la reforma constitucional la transparencia se asocia a la idea de acceder a la información por parte de los ciudadanos.¹⁸⁴

obligando a las autoridades a responder a la sociedad por sus actos y a dar cuenta de ellos; promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública y fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad. Ahora bien, la publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado. Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la CPR establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad. (TC, Rol 2153/2011, c. 15. En el mismo sentido, Rol 2246/2013, c. 22)

¹⁸³ La moción de los senadores de la Alianza por Chile (Boletín N° 2526-07), que sirvió de base al texto aprobado, proponía: *"Las actuaciones de los órganos del Estado y los documentos que obren en su poder son públicos, sin perjuicio de la reserva o secreto que se establezca con arreglo a la ley en casos en que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de tales órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional"*. Por su parte, la moción de los senadores de la Concertación (Boletín N° 2534-07) expresaba que *"toda función pública deberá desempeñarse de modo intachable, dando preeminencia al interés general sobre el particular, y de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella"*. En el debate producido en la Comisión del Senado se incorporó no sólo las "resoluciones" sino también los "actos" de la Administración.

¹⁸⁴ El profesor Rolando Pantoja hace presente que *"en general la publicidad se entiende como el hecho de notificar o publicar un acto, pero el sentido que le asigna la Ley sobre Probidad Administrativa fue más bien el de dar a conocer y tener siempre a disposición de los ciudadanos los actos de la administración. La publicidad, entonces, está estrictamente ligada a los actos de la Administración, en tanto que la transparencia está vinculada a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos"*. Por su lado, el profesor Humberto Nogueira indicó que el principio de transparencia *"dice relación con el conocimiento de algo, que no es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática"*. (En PFEFFER U. EMILIO, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29 y 30). En el mismo sentido, el Senador Larraín hizo presente que la publicidad *"consiste en dar a conocer los contenidos y fundamentos de las decisiones que se adoptan"*, mientras que

Para un autor, la publicidad "se configura más bien como una obligación de los órganos del Estado, ligada al imperativo de dar a conocer sus actos decisorios"; mientras que la transparencia "se vincula a los procedimientos, contenidos y fundamentos de estos actos, tema que se asocia al derecho de las personas a ser informadas".¹⁸⁵ Durante la tramitación de la reforma constitucional, se recordó por el profesor Rolando Pantoja que la publicidad 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".¹⁸⁶

Efectivamente es posible sostener que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculado con el régimen republicano y democrático que establece nuestro artículo octavo. Por lo mismo, como lo recuerda Bobbio uno de los principios fundamentales del Estado Constitucional Democrático es que "la publicidad es la regla; el secreto la excepción".¹⁸⁷

Adicionalmente, debe tenerse presente que la Carta Fundamental asegura, en su artículo 19 N° 14, el derecho de petición, conforme al cual se pueden presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.¹⁸⁸

la transparencia "significa que las personas puedan acceder a la información" (En SENADO DE LA REPUBLICA, *Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación*, 2006, p. 49)

¹⁸⁵ HERNANDEZ E. DOMINGO, *Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos*, en *La Constitución Reformada de 2005*, Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 33)

¹⁸⁶ PFEFFER U. EMILIO, *Reformas Constitucionales 2005*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 29

¹⁸⁷ NORBERTO BOBBIO, *El Futuro de la Democracia*

¹⁸⁸ Se ha sentenciado por el TC que la publicidad de las actuaciones de los gobernantes se encuentra íntimamente vinculada con el régimen democrático y republicano establecido en el art. 4°, y así se dejó constancia en la discusión de la reforma constitucional del año 2005. Este principio, a su vez, se relaciona íntima y directamente con el aseguramiento de la participación ciudadana, consagrado en el inc. final del art. 1°, y con el derecho de petición del art. 19, N° 14 (TC, Rol 1732/2010, c. 14. En el mismo sentido STC 1812/2010, c. 48).

Por último, no debe olvidarse que las excepciones sólo pueden establecerse por ley de quórum¹⁸⁹ y que éstas deben interpretarse restrictivamente¹⁹⁰.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional resolvió que al referirse a los derechos de las personas, dicha expresión "*está siendo utilizada en el mismo sentido amplio que en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, comprendiendo tanto la protección de derechos subjetivos o derechos en sentido estricto cuanto de intereses legítimos*".¹⁹¹ Concluyendo que una disposición que permite que el jefe superior del órgano requerido deniegue, por resolución fundada, la entrega de determinada información que se le solicita, en base a una supuesta "*afectación sensible de intereses de terceras personas*", no resulta compatible con el artículo 8º, inciso segundo, de la Constitución. En efecto, y como se recordó, desde la vigencia de la Ley Nº 20.050 sólo corresponde a una ley de quórum calificado la determinación del contenido y alcance de las causales de secreto o reserva previstas en la Carta Fundamental. Así, la autoridad administrativa debe sujetarse a los

¹⁸⁹ Este punto fue resaltado por la Diputada señora Guzmán, enfatizando que "*los problemas que actualmente genera la aplicación de la ley de probidad en lo que concierne a la transparencia de los actos de Gobierno se deben a que cada servicio, incluso mediante un reglamento, puede decretar el secreto y la confidencialidad de los actos propios de sus funciones. Eso, obviamente, lleva a que nada sea transparente*" (En SENADO DE LA REPUBLICA, Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 60). Como señala un autor "*debe descartarse, desde luego, toda alternativa de restringir el principio por medio de actos reglamentarios o, incluso, a través de decretos con fuerza de ley*" (HERNANDEZ E. DOMINGO, *Notas sobre algunos aspectos de la reforma a las bases de la institucionalidad, en la reforma constitucional de 2005: regionalización, probidad y publicidad de actos*, en La Constitución Reformada de 2005, Ed. Humberto Nogueira A., 2005, p. 36). Otro autor, en el mismo sentido, sostiene que "*es inconstitucional –y siempre lo ha sido– declarar la reserva o secreto de los actos estatales, los documentos y antecedentes en que se fundan o de los procedimientos de los cuales son su resultado, mediante disposiciones infralegislativas*". Por lo mismo, se habría producido la "*derogación de todos los preceptos reglamentarios que, en la actualidad, declaran confidencialidad de actos del Estado, así como las disposiciones legales que remiten o reenvían el ejercicio de esa potestad a los reglamentos o a disposiciones, incluso de inferior jerarquía que éstos*" (FERNANDEZ G. MIGUEL A., *El principio de publicidad de los actos estatales en el nuevo artículo 8, inciso 2º, de la Constitución*, en Reforma Constitucional, Ed. Francisco Zúñiga, 2005, p. 200 y 205). Con matices, por último, se ha afirmado que el texto constitucional vigoriza la publicidad "*al elevarla a rango constitucional como regla general, definiendo los objetivos que autorizan su restricción y entregando a un legislador especial –de quórum calificado– el desarrollo de estos casos de excepción, minimizando la potestad reglamentaria*" (RAMIREZ A JOSE A., *Principio de probidad y transparencia en el ejercicio de las funciones públicas: alcances de la nueva Constitución de 2005*, en Reforma Constitucional, Ed. Francisco Zúñiga, 2005, p. 244).

¹⁹⁰ En tal sentido, el Senador Larraín señaló que las excepciones "*deben interpretarse en sentido estricto, como toda excepción en el ámbito legal*" (En SENADO DE LA REPUBLICA, Reformas constitucionales 2005, historia y tramitación, 2006, p. 55)

¹⁹¹ TC, Rol 634/2006, consid, 23

*parámetros fijados por aquélla a la hora de denegar la entrega de documentación pública que le haya sido solicitada, por estar afecta a secreto o reserva”.*¹⁹²

V. **LEY DE ACCESO A LA INFORMACION**

En cumplimiento del mandato constitucional, se dictó la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública y que fuera publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de agosto de 2008.¹⁹³ De acuerdo a la misma, en virtud del principio de transparencia de la función pública, *"los actos y resoluciones de los órganos del Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que le sirven de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado"*.¹⁹⁴ Asimismo es pública *"la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas"*.¹⁹⁵

Para efectos de lo anterior, se regulan los antecedentes actualizados que deben mantenerse a disposición del público en los sitios electrónicos por parte de los órganos de la administración, principio conocido como "transparencia activa".¹⁹⁶ Del mismo modo, se regula el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, específicamente los principios que lo informan¹⁹⁷, el procedimiento ante la autoridad, el amparo ante el Consejo de Transparencia y el reclamo de legalidad ante la Corte de Apelaciones.¹⁹⁸ Obviamente, también se contiene la normativa que regula el régimen jurídico del Consejo para la Transparencia, corporación autónoma de derecho público.¹⁹⁹

¹⁹³ El Reglamento de la misma se contiene en el Decreto N° 13, publicado en el diario Oficial de 13 de abril de 2009

¹⁹⁴ Artículo 5, inciso 1° de la Ley N° 20.285

¹⁹⁵ Artículo 5, inciso 2 de la Ley N° 20.285

¹⁹⁶ Título III de la Ley N° 20.285

¹⁹⁷ Particularmente los principios de relevancia, libertad de información, apertura o transparencia, máxima divulgación, divisibilidad, facilitación, no discriminación, oportunidad, control, responsabilidad y gratuidad (artículo 11)

¹⁹⁸ Título IV de la Ley N° 20.285

¹⁹⁹ Título V de la Ley N° 20.285. Sobre el primero año de labor de dicho órgano vid. ENRIQUE RAJEVIC M., *La jurisprudencia inicial del Consejo para la Transparencia*, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, 2009, p. 31 y ss.

VI. **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION**

Una revisión de la jurisprudencia del TC en los últimos quince años nos permite sintetizar su principal doctrina.²⁰⁰

1. **Derecho de acceso a la información**

Se ha sentenciado que el artículo 8 constitucional no consagra un derecho de acceso a la información, sino que dicho derecho es reconocido implícitamente por el artículo 19, N° 12, de la misma Carta Fundamental, al regular la libertad de información.²⁰¹

Del mismo modo, se ha recordado que la circunstancia de que se encuentre el artículo 8° en el Capítulo I de la Constitución no significa superioridad sobre el Capítulo III, que contiene el artículo 19, estableciendo el catálogo de derechos fundamentales.²⁰²

Su propósito es:

²⁰⁰ La jurisprudencia en ENRIQUE NAVARRO BELTRAN y CARLOS CARMONA SANTANDER, *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2015*, Cuaderno 59 del TC, 2015

²⁰¹ Así, "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". (TC, Rol 634/2007, c. 9). En el mismo sentido, Roles 1990/2011; 2153/2011, c. 15; y 2246/2012, c. 22. Se ha señalado que el artículo 8° de la Constitución establece, en primer lugar, una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. "No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia. No los descarta, pero tampoco cierra posibilidad al legislador. Tampoco habla de información". Igualmente, tampoco establece, como lo hace el inciso primero respecto de la probidad, un principio de publicidad, ni que los órganos del Estado deban "dar estricto cumplimiento" a dicha publicidad. "Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento. Sin embargo, constituye un elemento de interpretación, frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza". (TC, Rol 1990/2011, c. 18 y 19) (En el mismo sentido, Rol 2558/2013, c. 13).

²⁰² Así, "si bien el artículo 8° constitucional se encuentra inserto en las bases de la institucionalidad, éste está estructuralmente limitado por el secreto o la reserva, el que procede, entre otras razones que debe tener en cuenta el legislador, por afectar derechos de las personas. La publicidad siempre debe armonizarse con esos derechos. Por lo demás, el artículo 19 de la Constitución, que se encuentra en el Capítulo III de la misma, donde se consagra la protección de la vida privada, no por eso tiene menor entidad o valor que las disposiciones contenidas en el Capítulo I. Más todavía si la Constitución garantiza, respecto de la vida privada, su "respeto y protección" (TC, Rol 1990/2011; c. 40). En el mismo sentido, Rol 2153/2012).

- a) garantizar un régimen republicano democrático, que asegure el control del poder, obligando a las autoridades a responder a la sociedad de sus actos y dar cuenta de ellos;
- b) promover la responsabilidad de los funcionarios sobre la gestión pública; y
- c) fomentar una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.²⁰³

2. **Acceso a los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos**

Del mismo modo, se ha puntualizado que el artículo 8º de la Constitución, modificado el 2005, amplió el principio de publicidad que rige para los órganos de la Administración del Estado, extendiéndolo no sólo a los “actos” emanados de éstos, sino que también a sus resoluciones. Asimismo, el principio de publicidad se hace exigible a los fundamentos de tales actos o resoluciones, así como a los procedimientos que se utilicen en cada caso, no reduciéndolo –como hacía la Ley Nº 18.575- sólo a los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.²⁰⁴

El acceso a la información no recae sobre todo lo que hace o tienen los órganos del Estado, sino sólo sobre: a) sus actos y resoluciones (expresión suficientemente amplia como para comprender, de manera genérica, la forma en que los órganos del Estado expresan su voluntad); b) sus fundamentos o motivaciones; y c) los procedimientos que utilicen (acceder a los expedientes, donde constan los trámites por los cuales pasa una decisión).²⁰⁵

La publicidad se refiere a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, de manera que no resulta aplicable este mandato cuando lo solicitado no constituyen actos o resoluciones específicas, determinadas o determinables. Al no estar referida a éstos, tampoco es posible identificar sus fundamentos, ni menos los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.²⁰⁶

²⁰³ TC, Rol 1990/2011, c. 25

²⁰⁴ TC, Rol 634/2006, c. 14

²⁰⁵ TC, Rol 1990/2011, c. 21. En el mismo sentido, Roles 2153/2011, c. 15; 2246/2012, c. 22; 2379/2012, c. 25; y 2558/2013, c. 21)

²⁰⁶ TC, Rol 2505/2013, c. 9

Respecto de los actos y resoluciones que no llevan en sí mismos sus fundamentos, ha recordado el TC, que la ley debe procurar que las personas puedan acceder a conocerlos. Por ejemplo, pueden acceder al expediente administrativo, donde constan los informes, dictámenes, pruebas, etc.; o a las discusiones, que constan en actas o grabaciones de algún tipo. Nada dice la Constitución respecto de la oportunidad en que debe hacerse público el fundamento. Este, por tanto, puede conocerse simultáneamente con el acto o con posterioridad; y hacerse público de oficio o a petición de parte interesada. Ello lo tendrá que establecer la ley.²⁰⁷

3. **Carácter no absoluto del derecho**

Se fallado que dicho derecho no tiene carácter absoluto.²⁰⁸ La publicidad es necesaria para el bien común, pero debe hacerse respetando los derechos que el ordenamiento establece²⁰⁹ y otros principios, como el principio de servicialidad del Estado, que para la Administración se traduce en el deber de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente.²¹⁰ Es lícito, en consecuencia, que el legislador, invocando o teniendo en cuenta las causales que la Constitución establece para calificar el secreto o reserva, cree excepciones a dicha publicidad.²¹¹

La dicotomía información público/privada es una cuestión de constitucionalidad para verificar si una información está o no regulada por el artículo 8º de la Constitución. En cambio, la dicotomía información público/reservada es una cuestión de legalidad porque da por descontada la aplicación del artículo 8º de la Constitución, siendo resorte del juez de fondo determinar si ello acontece aplicando la regla general de publicidad o la excepción de las reservas.²¹²

Del mismo modo, se ha recordado que la Ley N° 20.285 constituye un elemento de partida para la interpretación del artículo 8º. Pero, en definitiva, son las leyes las que deben interpretarse conforme a la Constitución y no ésta en base a aquéllas.²¹³ Además, el carácter público de los actos, fundamentos y procedimientos, puede lograrse a través de las modalidades que el propio legislador establezca, sin que exista un único mecanismo. Por lo mismo, puede consistir en la entrega de un documento, en el acceso a ellos, en su publicación, en la puesta a

²⁰⁷ TC, Rol 1990/2011, c. 21

²⁰⁸ TC, Rol 634/2007. En el mismo sentido, Roles 1732/2011 y 1800/2012

²⁰⁹ TC, Rol 1990/2011

²¹⁰ TC, Rol 1892/2011; c. 15

²¹¹ TC, Rol 1990/2011

²¹² TC, Rol 2505/2013, c. 26

²¹³ TC, Rol 1990/2011

disposición del público, en su difusión por distintos medios.²¹⁴ En suma, la Ley N° 20.285 no puede considerarse como la única y exclusiva normativa que concentra todo lo referente a la publicidad ordenada por el artículo 8°.²¹⁵

4. **Alcance para todos los órganos del Estado**

El derecho de acceso a la información se aplica a todos los órganos que ejerzan alguna función pública.²¹⁶

En otras palabras, la obligación constitucional de publicidad establecida en el art. 8°, se aplica, sin distinción, a todos los órganos del Estado.²¹⁷

5. **Reserva o secreto**

El TC ha insistido que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo en sí mismo perverso, reprochable o susceptible de sospecha. La Constitución contempla la posibilidad de que la ley directamente o la Administración, sobre la base de ciertas causales legales específicas, declare algo como secreto o reservado. Esto no va contra la Constitución. El carácter secreto o reservado de un acto, de un documento, de un fundamento, no es inmunidad ni ausencia de control. Existen otras formas de fiscalización, como es el procedimiento administrativo, los recursos administrativos, el ejercicio de las potestades de la Contraloría General de la República, etc. Todas esas formas permiten un escrutinio de lo que la Administración hace o deja de hacer y permiten que los ciudadanos puedan realizar una crítica fundada de las decisiones de la autoridad.²¹⁸

Así, la Constitución establece varias causales para que el legislador determine cuándo se ven comprometidos determinados bienes jurídicos. Estas dicen relación con los derechos de las personas, la seguridad de la nación, el interés nacional y cuando "la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos". Se trata, en consecuencia, de una causal constitucional de reserva o publicidad. Nada

²¹⁴ TC, Rol 1990/2011

²¹⁵ TC, Rol 1990/2011. En el mismo sentido, Rol 2152/2012

²¹⁶ Esta norma se aplica a todos los órganos del Estado, no sólo a los órganos de la Administración del Estado. Por lo tanto, queda comprendida aquí cualquier entidad creada por la Constitución o por la ley que ejerza algún tipo de función pública. Indudablemente, la ley tendrá que considerar la naturaleza propia de cada órgano para definir la publicidad. De hecho, eso es lo que ha efectuado la Ley N° 20.285, que ha diferenciado ámbitos de aplicación de acuerdo a cada órgano (Rol 1990/2011; c. 20).

²¹⁷ TC, Rol 1732/2010, c. 8. En el mismo sentido, Rol 1892/2011, c. 9 y 1812/2010, c. 47

²¹⁸ TC, Rol 2153/2011, c. 20. En el mismo sentido, Roles 2246/2012, c. 26 y 2379/2012, c. 27.

hay en la Constitución que la haga menos importante o menos valiosa que el resto de las causales.²¹⁹

De igual forma, ha expresado que la publicidad que establece el artículo 8° de la Constitución está limitada estructuralmente por las causales de reserva o secreto calificadas por el legislador. Entre estas causales, se encuentran los derechos de las personas. Por lo mismo, no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino ésta a aquéllos. De ahí que el artículo 20 del artículo primero de la Ley N° 20.285 establezca que cuando se requiera una información que afecte derechos de terceros, éstos deben ser consultados por la autoridad requerida. Y si se oponen a la entrega, el órgano requerido queda impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados. La existencia de derechos involucrados, entonces, veta la publicidad.²²⁰

En este punto, el TC ha sentenciado que una de las excepciones que contempla la norma para la publicidad es la afectación de derechos de las personas. Cabe resaltar que la Constitución utiliza la expresión “afectare”, no la de privar, amenazar o perturbar. Con ello, permite que el legislador considere cualquier lesión, alteración o menoscabo, como una razón calificada para establecer la excepción a la publicidad. La Constitución tampoco utiliza la expresión “derechos constitucionales”. Habla de “los derechos de las personas”. Caben aquí, en consecuencia, derechos de rango legal. La Constitución, de igual modo, no señala cuáles son esos derechos. Lo relevante es que la publicidad del acto o resolución, o de su fundamento o del procedimiento respectivo, afecte los derechos de las personas. Si la afectación no tiene que ver con la publicidad, sino con el acto mismo, o su fundamento, o el procedimiento que le precedió, estamos frente a otro ámbito, diferente del cubierto por el artículo 8°. ²²¹

6. **El acceso y la divisibilidad de la información**

La única manera –recuerda el TC- en que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tenga la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: a) del legislador mediante ley de quórum calificado y, b) de la autoridad administrativa, dentro de las causales señaladas por la ley. Sin esa declaración, se aplican en toda su amplitud los principios de transparencia y máxima divulgación.²²²

²¹⁹ TC, Rol 2997/2016; c.7

²²⁰ TC, Rol 2246/2012; c. 66

²²¹ TC, Rol 199/2011, c. 27. En el mismo sentido, Rol 2379/2012, c. 33

²²² TC, Rol Rol 2505/2013, c. 21

También se ha fallado que el artículo 8º de la Constitución no exige ningún test de interés público al momento de analizar la existencia de una causal de secreto o de reserva. Si se invoca una causal y ésta reúne los requisitos que la Constitución establece, no hay publicidad. No cabe configurar, entonces, un test de proporcionalidad cuando la Constitución resolvió, por anticipado, el conflicto. No cabe intermediar un test que balancee esta causal con la publicidad. De ahí que, cuando hay un derecho invocado, la reserva vence la publicidad. De lo contrario, los derechos contrapuestos a la publicidad serían excepciones relativas. Cabe agregar que un test en tal sentido, incorporado durante la tramitación de la Ley Nº 20.285, fue expresamente eliminado durante su paso por el Senado.²²³

Igualmente, se ha sentenciado que es deber de los órganos de la Administración entregar la información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que se encuentre sujeto a excepción. Esa entrega en términos amplios alcanza a todo aquello que no tenga el carácter de reservado. De esta suerte, el principio de máxima divulgación también permite la entrega parcial de información en aplicación del principio de divisibilidad.²²⁴

El principio de divisibilidad -ha puntualizado el TC- importa un ejercicio razonable del legislador, que por una parte busca optimizar el acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado y, por la otra, dar eficacia a las causales de reserva. Este principio es la ejecución del principio de proporcionalidad. Cuando se establece un principio general como la publicidad de los actos de los órganos de la Administración del Estado y se prevén excepciones a este principio, estas últimas deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general. Además, el principio de proporcionalidad exige que las excepciones no traspasen los límites de lo que es adecuado y necesario para la consecución del objetivo perseguido. Su presencia permite que la norma no sea entendida únicamente como una regla binaria, donde las cuestiones son públicas o reservadas, extendiendo las excepciones más allá de lo permitido. En tal sentido, el principio de divisibilidad admite una correspondencia más coherente con el mandato constitucional del artículo 8º.²²⁵

Nuestro sistema se estructura sobre la base de la corrección funcional, ha remarcado el TC. Esto significa que cada órgano del Estado tiene atribuciones que deben ser respetadas por el resto de los órganos. En este sentido, se deja sentado que ni siquiera el Congreso Nacional

²²³ TC, Rol 2246/2012; c. 67

²²⁴ TC, Rol 2506/2013, c. 32

²²⁵ TC, Rol 2506/2013, c. 34

puede solicitar determinada información a los órganos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, si los documentos y antecedentes pueden afectar el desarrollo de una investigación en curso.²²⁶

7. **No supone un derecho a elaborar información**

La publicidad, afirma el TC, opera respecto de documentos o actos que ya existen. De acuerdo al art. 8° CPR, la publicidad opera respecto de documentos o actos que ya existen. La Constitución habla de “actos y resoluciones” y de “fundamentos” y de “procedimientos”. Lo mismo hace la Ley N° 20.285, que dispone que lo que se entrega, después de solicitada la información, es copia de la misma (art. 19). El derecho de acceso a la información, que regula la Ley N° 20.285, pone a la Administración en la obligación de dar o entregar los actos o documentos que ella tenga. No es un derecho a que la Administración elabore una información. Eso transformaría la obligación de dar en una de hacer. La imposición ya no sería entregar algo, sino hacer un informe. Eso excede o contraviene el derecho legal de acceso a antecedentes que ya existen: actos, resoluciones, fundamentos, procedimientos. Este no es un derecho a que se procese, sistematice u ordene antecedentes contenidos en dichos documentos. El derecho de acceder no puede transformarse en un derecho a obtener informes hechos ad hoc para cada peticionario.²²⁷

En ninguna parte la Constitución –se insiste– obliga a que la Administración deba hacer algo más, como procesar, sistematizar, construir, elaborar, un documento nuevo o distinto. Eso es algo que puede hacer el receptor de la información, toda vez que la ley no permite que se impongan condiciones de uso o restricciones a su empleo.²²⁸

EL TC también ha señalado que la afectación del debido cumplimiento de las funciones, implica impactar negativamente en las labores del servicio, interfiriendo la publicidad en la toma de decisiones. Ello puede traducirse en revelar o difundir prematuramente algo, en entorpecer la deliberación interna, en dificultar el intercambio de información para facilitar las decisiones. Esta causal se da cuando la publicidad requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores; cuando se formulen requerimientos genéricos, referidos a un elevado número de actos administrativos; cuando se trate de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución; cuando se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. Dichas causales tienen que ver con que se

²²⁶ TC, Rol 2558/2013, c. 8

²²⁷ TC, Rol 2558/2013, c. 11

²²⁸ TC, Rol 2558/2013, c. 22

menoscabe o impacte negativamente, interfiriendo las tareas entregadas por el ordenamiento jurídico a un órgano determinado. En definitiva, cuando la publicidad afecte la mejor toma de decisiones, porque se revela prematuramente algo o se difunde un asunto que no estaba destinado a ese propósito.²²⁹

Se ha considerado enmarcada en esta causal, la legitimidad de negar el acceso a la información de los anteproyectos de ley, por comprometer negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República, al obstaculizar la necesidad de aunar posiciones de los distintos órganos y sectores afectados por la normativa en preparación.²³⁰ También, ha considerado que los antecedentes necesarios a defensas judiciales ante instancias internacionales, pueden entorpecer la función del Estado, pues la entrega de información se puede traducir en una ventaja estratégica de la contraparte, o producir indefensión.²³¹

²²⁹ TC, Rol Roles 2153/2013c. 17. En el mismo sentido, Roles 2246/2013 y 2919/2017

²³⁰ TC, Rol N° 2243/2013

²³¹ TC, Rol N° 2919/2017

VII. **Proyecto de Reforma Constitucional**

Debe finalmente, destacarse un proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Larraín Fernández, señoras Allende y Alvear y señores García y Tuma, que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública.²³²

En tal sentido, se recuerda que la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en abril del 2009 resulta inédita. La creación del Consejo para la Transparencia como institución autónoma, abierta a la participación ciudadana, responsable de fiscalizar y dar protección al principio de transparencia y al derecho de acceso a información pública es valorada y ratifica el liderazgo de Chile en el seno de la comunidad internacional de sociedades democráticas.

La Ley Sobre Acceso a Información Pública es resultado de un proceso social deliberativo iniciado el año 1994. La recomendación del informe de la Comisión de Ética Pública de avanzar en la formulación y concreción de una política de Estado de Probidad, Transparencia y Acceso a Información Pública al servicio de los ciudadanos reconoce esfuerzos normativos evolutivos para superar los obstáculos culturales de la tradición de secreto en la gestión de los asuntos públicos. Entre ellos, destacan, la Ley N°19.653 sobre Probidad de la Administración del Estado de 1999, la reforma al artículo 8° de la Constitución del 2005 y la adhesión de Chile a los compromisos internacionales derivados de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

La iniciativa Presidencial del año 2006, que da inicio al proceso de discusión legislativa de la Ley N° 20.285, consideró la participación activa de la sociedad civil en el control social de las prácticas de secreto y reserva de la Administración, el interés de los medios de comunicación y la moción legislativa de los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, presentada a comienzos de 2005. Cabe recordar, con especial atención, los precedentes interpretativos y normativos de inserción internacional, generados por la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ambos del 2006.

El Tribunal Regional identificó al derecho de acceso a la información pública como esencial para garantizar el "control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública", fomentar "la transparencia de las actividades estatales", promover "la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública" y conceder "una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad". De modo similar, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) exige adoptar "medidas apropiadas para promover la transparencia y la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones" y "respetar, promover y dar protección a la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción, que sólo podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros y salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas".

A poco más de tres años de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.285, el ejercicio de las competencias legales del Consejo para la Transparencia, se han mostrado aptas para promover la cultura de la transparencia y respeto del derecho de acceso a información pública. La concreción del principio de transparencia activa muestra la disposición permanente en los sitios Web de la Administración del Estado de un importante volumen de información pública periódicamente actualizada. La implementación del procedimiento de respuesta a las solicitudes de acceso a la información ha vigorizado los desafíos derivados de la modernización del Estado, contribuyendo al control social de la Administración y a la defensa de los derechos fundamentales de los connacionales.

En tal labor, el apoyo y respaldo estatal al Consejo para la Transparencia y, en particular, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y su Comisión Defensora de los Derechos Ciudadanos (continuada de la Comisión de Probidad y Transparencia) ha sido fundamental. El esfuerzo colaborativo de ambas entidades muestra hoy una compartida preocupación en la creación del Portal de Transparencia del Estado de Chile, como un aporte necesario para consolidar una plataforma única, inclusiva de la Administración y las autonomías constitucionales, que homologue la información de transparencia activa y centralice las solicitudes de información que las personas efectúan a los órganos públicos. A ello se suma la ratificación del liderazgo país en la comunidad internacional de las sociedades democráticas tras la adhesión a la iniciativa de la Alianza por el Gobierno Abierto y, también, la contribución de la sociedad civil que, conformada por la Corporación Participa, Fundación Ciudadano Inteligente, Fundación Pro Bono,

Fundación Pro Acceso y Chile Transparente, han desarrollado una continua labor de difusión, capacitación y promoción de la ley y de soporte al ejercicio del derecho de acceso a información pública. Este conjunto de organizaciones ha conformado un Consorcio por la Transparencia, que también ha propuesto una iniciativa de reforma constitucional que hemos tenido presente al formular esta propuesta.

Tales avances han permitido, también, visibilizar los obstáculos y dificultades que enfrenta el país para profundizar la cultura de transparencia. Entre ellos, la falta de consagración expresa en la Constitución del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, aunque su incorporación puede desprenderse de su tenor actual, ha derivado en criterios interpretativos contradictorios de su inserción en la Constitución. Los iniciales precedentes del Tribunal Constitucional del año 2007, ratificatorios de su integración implícita en los artículos 8° y 19 N°12 de la Constitución, han sido ratificados por las Cortes de Apelaciones, que han entendido el derecho de acceso a información pública como un derecho ciudadano para alcanzar mayores grados de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas y un deber constitucional que emana sea del principio de publicidad y de probidad²³³. No obstante ello, recientes sentencias de 2012 del Tribunal Constitucional muestran un retroceso jurisprudencial que los despoja del sustento y protección que concede el artículo 8° de la Constitución, al señalar que dicho artículo "No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia"²³⁴ circunscribiendo el derecho implícitamente solo a lo dispuesto en el artículo 19 N°12.

A ello se agrega, la constatación a través de recientes estudios del Consejo para la Transparencia de que las principales barreras inhibitoras que condiciona la satisfacción del derecho de acceso a la información pública en la Administración son la debilidad de los procedimientos de respuesta estatal a las solicitudes de información pública y el desconocimiento ciudadano de la Ley.²³⁵

²³³ Rol: 6143-2010. C.A. de Santiago, 28/01/2011, considerando décimo. Servicio de Impuestos Internos con Consejo para la Transparencia.

²³⁴ Considerando decimoctavo, Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 1990-11-INA.

²³⁵ El conocimiento de la Ley de Transparencia alcanzó en el 2009 a un 20% y el del Consejo para la Transparencia un 18,7%; el 2010, un 24% y un 20% y, el 2011, un 15% y un 11%. Véase Memoria Institucional 2009, p. 63, http://www.consejotransparencia.cl/consej/isite/artic/20100830/asocfile/20100830181041/memoria_cplt_2009_web.pdf; Memoria Institucional 2010, P. 23 y 24, http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20101116/asocfile/20101116154453/memoria_2010.pdf; y Memoria Institucional 2011, p. 30, <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120518/asocfile/20120518125810/memoria2011.pdf>.

La sumatoria de los referidos obstáculos exige una pronta reacción normativa que explicita en la Constitución Política el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública como parte integral del artículo 8 y el 19 N°12. Ello es un necesario llamado al Estado a inhibir los resabios de la tradición del secreto que aún se dejan entrever, ratificando de paso la inserción internacional de Chile y profundizando la democracia participativa que ha vitalizado la concreción de la transparencia y el acceso a la información pública como fundamento de legitimidad social del ejercicio de la función pública.

Sobre la base de lo señalado precedentemente y recogiendo el llamado formulado por las organizaciones de la sociedad civil que forman parte del Consorcio por la Transparencia²³⁶ los senadores patrocinadores de esta iniciativa entienden que resulta imperioso convenir una reforma constitucional que recuerde imperativamente a la Administración del Estado y a los restantes órganos públicos la existencia del principio de transparencia y el derecho fundamental de acceso a la información, debiendo para ello explicitarse lo siguiente:

El artículo 8 de la Carta Fundamental que consagra el principio de probidad debe ser complementado mediante la incorporación del principio de la transparencia y el acceso a la información como condicionantes del ejercicio de la función pública en el cumplimiento de sus actuaciones.

La incorporación de una frase al artículo 19 número 12 de la Constitución Política, que haga explícito el reconocimiento del derecho de acceso a la información.

En virtud de todo lo expuesto, venimos en presentar el siguiente proyecto de reforma constitucional, que le otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho fundamental de acceso a la información pública:

PROYECTO DE LEY DE REFORMA CONSTITUCIONAL:

"ARTÍCULO ÚNICO.- Modificase la Constitución Política de la República de la forma siguiente:

1.- Sustitúyase el inciso primero del artículo 8 de la Constitución Política de la República, por uno nuevo del siguiente tenor "El

²³⁶

Vease <http://www.consorcioportaltransparencia.cl/2012/09/consorcio-por-la-transparencia-pide-consagrar-constitucionalmente-el-acceso-a-la-informacion-publica/>

ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad, transparencia y al acceso a información pública en todas sus actuaciones".

2.- Incorpórese en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República el siguiente inciso segundo nuevo, pasando los actuales a ser tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo consecutivamente:

"Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado."

CONCLUSIONES

1. El presente Informe en Derecho, en el marco del proceso constituyente iniciado, se ha analizado el estatuto jurídico y atribuciones del Consejo para la Transparencia ("CPLT").
2. Para efectos de lo anterior, en primer lugar, se analizó el régimen jurídico aplicable al CPLT, correspondiente a un órgano que forma parte de la administración (aunque se le califique de "entidades independientes") y que incluso se encuentra sujeto expresamente al control y fiscalización de la Contraloría General de la República.
3. En tal sentido, se ha recordado los distintos sistemas establecidos en el derecho comparado en relación a la institucionalidad de defensa de acceso a la información; aludiendo así a los sistemas en los cuales el ente tiene un estatuto jurídico de carácter constitucional (México) y a los casos que le otorgan un rango legal (España).
4. En vinculación con lo anterior, se ha recordado los sistemas de autonomías constitucionales y cómo han sido recogidos en el derecho comparado, a la vez que en Chile (situación aplicable al Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Tribunal Calificador de Elecciones, Banco Central o Municipios). Dicha autonomía, de acuerdo a la jurisprudencia del TC, presenta como manifestaciones lo referido a los aspectos organizativo, institucional y normativo.
5. Del mismo modo, se citó la sentencia del Tribunal Constitucional en que se analiza la naturaleza jurídica del CPLT y su sujeción a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en lo referente a las funciones de rango constitucional de la entidad contralora en materia de control de constitucionalidad y legalidad.
6. De igual forma, el alcance de sus atribuciones esencialmente respecto de la Administración del Estado, no alcanzando a otros entes (Congreso Nacional o Tribunales) a la vez que las limitaciones en materia de fiscalización respecto de las empresas públicas y los diversos proyectos de ley establecidos en esta materia para ampliar el margen de acción del CPLT.
7. Como consecuencia de lo anterior, resulta fundamental la necesidad de perfeccionar el régimen institucional del CPLT, otorgándole jerarquía constitucional, precisando también su alcance en relación a otros órganos del Estado, lo que se permitiría adecuadamente al reconocerse su rango

constitucional, tal como ocurre con otros órganos. Ello además le permitiría cumplir con más fuerza sus atribuciones de custodia del derecho de acceso a la información. Por lo mismo, junto con sus funciones esenciales, se aludiría al sistema de integración y al mecanismo de remoción; otorgando al legislador la facultad para señalar los demás aspectos.

8. Por su parte, en lo referente al régimen jurídico aplicable a los consejeros se ha planteado la necesidad de que sus consejeros tengan una dedicación exclusiva, lo que debe traer aparejado una evidente mejoría en las remuneraciones, considerando cargos de similar naturaleza e importancia. También se ha propuesto modificar su integración a cinco miembros: un Presidente y cuatro consejeros; participando al efecto el sistema de la Alta Dirección Pública, en el marco de un proceso en el que elige el Presidente de la República con acuerdo del Senado (2/3). A su vez, se ha considerado necesario ampliar el plazo de presentación de los candidatos por parte del Ejecutivo a la vez que los consejeros reemplazados se mantengan en sus cargos hasta que no sean designados sus sucesores para evitar que el funcionamiento del CPLT pudiera verse afectado.

9. Adicionalmente, se han propuesto inhabilidades preventivas (haber pertenecido a ciertas empresas o pertenecer o haber sido miembro de un partido político) como posteriores al ejercicio del cargo, asociados al ingreso a cargos de la administración o vincularse con entes fiscalizados, en concordancia con otras autoridades similares. Del mismo modo, se ha estimado conveniente regular el sistema de abstención por parte de los consejeros del CPLT que pudieran verse implicados en determinadas decisiones, garantizando así la imparcialidad de la decisión.

10. En relación al procedimiento contencioso administrativo seguido ante el CPLT y las Cortes de Apelaciones, en general, se trata de modificaciones o perfeccionamientos que pueden incorporarse en la legislación; sin perjuicio de que pudiera establecerse los principios generales en la propia Constitución Política de la República.

11. En la segunda parte del Informe se estudiaron los perfeccionamientos que corresponde realizar en relación al derecho fundamental de acceso a la información. Para efectos de los anterior, en primer lugar, se aludió al derecho comparado, teniendo en consideración la existencia de Cartas Fundamentales en las cuales se ha consagrado especialmente dicha garantía a nivel constitucional.

12. En el caso chileno, se recordó, la primera jurisprudencia del TC la relacionó directamente con la libertad de información y como un derecho implícito y vinculado a ella.

13. A su vez, se sistematizó las principales afirmaciones formuladas por la jurisprudencia del TC en relación al alcance del principio de publicidad y a las limitaciones que surgen del mismo, entre otros, su carácter no absoluto, la circunstancia de que la Carta Fundamental establece los casos en que no procede y el hecho que no puede afectarse el adecuado funcionamiento de los respectivos órganos administrativos.

14. Por último, como consecuencia de lo anterior, se ha aconsejado la conveniencia de que se consagre expresamente el derecho de acceso a la información como una garantía de carácter constitucional, siendo aplicable a todas las entidades que conforman el Estado; tal como se ha propuesto en una reforma surgida por moción de parlamentarios. Esta última incorpora los principios de "transparencia" y "acceso a la información" como bases institucionales; a la vez que, en el marco de la libertad de opinión e información, se reconoce el derecho de toda persona *"a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado"*.



ENRIQUE NAVARRO BELTRAN
Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile