

INFORME

ASPECTOS DE DERECHO PÚBLICO Y DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 20.285 SOBRE ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA (BOLETÍN N° 12.100-07)

José Francisco García García
Profesor de Derecho Constitucional
P. Universidad Católica de Chile

Gastón Gómez Bernales
Profesor de Derecho Constitucional
U. Diego Portales

Diciembre de 2018

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	2
OBJETO DEL PRESENTE INFORME.....	6
CAPÍTULO I ANTECEDENTES.....	8
1. Breve diagnóstico acerca de la normativa vigente y su implementación en la última década.	8
2. Diagnóstico y fundamentos del Proyecto.....	14
3. Principales modificaciones contenidas en el Proyecto.	15
3.1. Extensión del ámbito de aplicación de la actual ley a otros sujetos.	15
3.2. Creación de la Comisión de Transparencia del Estado.	16
3.3. Creación del Portal de Transparencia del Estado.....	16
3.4. Nuevas funciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.	17
3.5. Nueva obligación de cuenta pública del Consejo para la Transparencia	17
3.6. Modificaciones al procedimiento del derecho al acceso a la información pública.....	18
(1) Derivación de la solicitud de acceso a la información.....	18
(2) Entrega de copia de actos y documentos.	18
(3) Oposición de terceros.	18
(4) Actos o documentos calificados secretos.....	19
(5) Modificaciones al procedimiento de reclamo o amparo ante el Consejo para la Transparencia.	19
3.7. Nuevas sanciones.....	19
3.8. Nuevas obligaciones de transparencia activa	20
3.9. Introducción de nuevas obligaciones de transparencia fiscal	20
4. Conclusiones preliminares al Capítulo.	20
CAPÍTULO II ASPECTOS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO. EN PARTICULAR LA AMPLIACIÓN DE LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA A LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES QUE SE PROPONE.....	24
1. Marco constitucional aplicable: CPR y parámetros relevantes en la jurisprudencia del TC.....	24

1.1. El mandato constitucional del art. 8° inc. 2 de la Constitución.	24
1.2. Derecho de acceso a la información pública.	29
1.3. Obligación del Proyecto de satisfacer los mandatos constitucionales en materia de publicidad y acceso a la información pública.	31
2. Ampliación de la Ley de Transparencia a las autonomías constitucionales... 31	
2.1. La propuesta del Proyecto.	31
2.2. Sobre la autonomía constitucional. En especial respecto de las de naturaleza administrativa.	32
2.2.1. Precisiones conceptuales respecto de “autonomía” constitucional....	32
2.2.2. Estándares en la jurisprudencia del TC relativos a la forma en que debe entenderse la autonomía de los “órganos constitucionales autónomos”. 36	
2.2.3. Valioso precedente reciente de la Excma. Corte Suprema respecto de los estándares de transparencia aplicables a la CGR: las opiniones y documentos que fundan toma de razón son públicos.	38
2.3. Acerca de las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional y el Congreso Nacional.	40
2.3.1. Órganos autónomos de naturaleza jurisdiccional.	40
(1) Marco legal aplicable y parámetros en la jurisprudencia del TC.	40
(2) Elementos de Derecho Comparado.	45
2.3.2. Régimen aplicable al Congreso Nacional.	48
(1) Marco legal aplicable y parámetros en la jurisprudencia del TC.	48
(2) Elementos de Derecho Comparado.	55
3. Conclusiones preliminares al Capítulo: ¿satisface el Proyecto los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública?	56
CAPÍTULO III EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA DE DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PROYECTO A LA LUZ DE LA EVIDENCIA DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL DERECHO COMPARADO Y LOS ESTÁNDARES OCDE (Y OEA)	63
1. Elementos críticos del diseño institucional propuesto por el Proyecto.	63
2. Elementos de Derecho Comparado.	64
2.1. Órganos públicos sometidos al régimen de transparencia.	68
2.2. Régimen aplicable al Poder Judicial y a los Parlamentos.	69

2.3. Prevalencia de reguladores independientes, sectoriales y especializados.	69
2.4. Reglas por default pro-ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acceso a la información.	73
2.5. Nuevos principios que informan las FOI.	74
2.6. El principio de proporcionalidad como límite a los límites.	75
2.7. Autonomía constitucional: la reforma en México.	75
2.8. El problema de la fragmentación de los regímenes de transparencia.	76
2.9. El libre acceso como tendencia.	77
3. Estándares OCDE en materia de diseño institucional de agencias independientes (sectoriales y especializados).	77
3.1. Introducción y prevenciones.	77
3.2. Cuatro estándares OCDE decisivos para evaluar el diseño propuesto por el Proyecto.	81
3.2.1. Claridad de rol y mandato al regulador.	81
3.2.2. Evitar la influencia indebida y presiones sobre el regulador, aumentando la integridad en la toma de decisiones: importancia central de la independencia del regulador.	82
3.2.3. Estructura del órgano directivo de agencias independientes para la toma de decisiones.	87
3.2.4. Rendición de cuentas y transparencia.	87
4. La Ley de Transparencia vigente se basa en un CPLT como agencia independiente (sectorial y especializada) que satisface plenamente los estándares de diseño institucional OCDE y OEA para garantizar su autonomía y eficacia.	89
4.1 La discusión sobre agencias independientes en Chile.	89
4.2 El CPLT es una agencia independiente sectorial y especializada.	92
4.3 El CPLT es una autoridad independiente, sectorial y especializada, bajo los estándares de la OEA, constituyendo para esta un modelo a seguir en la región.	95
5. Conclusiones al capítulo: ¿el diseño institucional propuesto por el Proyecto, satisface las mejores prácticas en el Derecho Comparado y de diseño institucional de reguladores independientes sectoriales y especializados bajo los	

Evaluación proyecto de ley que modifica Ley N° 20.285
GÓMEZ, PALLAVICINI & GARCÍA ABOGADOS
Diciembre de 2018

estándares OCDE y OEA?	98
CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	103

OBJETO DEL PRESENTE INFORME

El Consejo para la Transparencia (en adelante, el “CPLT”) nos ha solicitado un Informe en Derecho Público que evalúe los aspectos de constitucionalidad y de diseño institucional más relevantes en relación al proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.285 sobre acceso a información pública (Boletín N° 12.100-07, en adelante “el Proyecto).

En particular, este informe tendrá los siguientes objetivos específicos:

- i. Dar cuenta –si las hay– de las debilidades constitucionales y de diseño regulatorio del Proyecto a la luz de los mandatos constitucionales de transparencia (principio constitucional de publicidad) y el derecho fundamental de acceso a la información pública, especialmente respecto del modelo regulatorio propuesto por el Proyecto a la hora de extender la normativa de transparencia a los órganos con autonomía constitucional;
- ii. Analizar experiencias en el Derecho Comparado relevantes para la discusión en nuestro país del Proyecto, y describir los lineamientos que ha entregado la OCDE y la OEA en materia de diseño institucional de reguladores independientes sectoriales. Ello, con el objeto de contar con un marco de mejores prácticas a partir del cual evaluar la propuesta de diseño institucional contenida en el Proyecto; y
- iii. Proponer recomendaciones de lineamientos de reforma al Proyecto que satisfagan simultáneamente los mandatos de la Constitución Política de la República (en adelante, “CPR”) en materia de transparencia y acceso a la información pública, por un lado; y, la mejor experiencia del Derecho Comparado y los estándares OCDE y OEA en materia de diseño institucional en este ámbito, por el otro.

Para acometer los objetivos antes planteados, este Informe comienza, en el Capítulo I entregando antecedentes generales en torno al Proyecto. Pare ello, primero, elabora un breve diagnóstico acerca de la aplicación de la normativa vigente (1.1); luego examina el diagnóstico y los fundamentos que entrega el Proyecto (1.2); e identifica las principales modificaciones contenidas en el Proyecto (1.3). Finaliza con conclusiones preliminares al Capítulo (1.4).

Posteriormente, en el Capítulo II evaluaremos el Proyecto ante el Derecho Constitucional; especialmente respecto del modelo regulatorio propuesto por el Proyecto a la hora de extender la normativa de transparencia a los órganos con autonomía constitucional. Para ello, en primer lugar, elaboramos el marco constitucional aplicable sobre la base de la normativa de la CPR y parámetros relevantes desarrollados por el TC (2.1); luego, examinamos críticamente la ampliación de la Ley de Transparencia a las autonomías constitucionales por parte del Proyecto (2.2). Finalizamos con conclusiones preliminares a este segundo capítulo (2.3).

En el Capítulo III, evaluamos la propuesta de diseño institucional contenida en el Proyecto a la luz de la evidencia de buenas prácticas en el derecho Comparado y los estándares OCDE (y OEA). Para ello, identificamos, en primer lugar, los elementos críticos de diseño institucional propuestos por el Proyecto (3.1); examinamos experiencias relevantes en el Derecho Comparado (3.2); los estándares OCDE en materia de diseño institucional de reguladores independientes sectoriales y especializados (3.3); y afirmamos y desarrollamos por qué la Ley de Transparencia vigente se basa en un CPLT como regulador independiente sectorial y especializado que satisface plenamente los estándares de diseño institucional OCDE y OEA para garantizar su autonomía y eficacia (3.4). Finaliza el capítulo con conclusiones preliminares al mismo (3.5).

Finalmente, en el capítulo IV, sintetizamos las conclusiones del informe (sobre la base de las conclusiones preliminares de los primeros tres capítulos), y proponemos recomendaciones en la forma de lineamientos de reforma al Proyecto que, simultáneamente, satisfagan los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública en materia de transparencia, como, asimismo, las mejores prácticas de diseño institucional comparado, de acuerdo a la experiencia en el Derecho Comparado y los estándares OCDE y OEA en materia de diseño de reguladores independientes sectoriales y especializados.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES

1. Breve diagnóstico acerca de la normativa vigente y su implementación en la última década.

Sin perjuicio de la literatura general en torno a los beneficios de la transparencia y el acceso a la información pública,¹ existe una serie de antecedentes recientes que nos permiten dar cuenta de un diagnóstico positivo y razonablemente optimista respecto de su evolución futura, de la puesta en marcha y aplicación en su primera década de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública (en adelante, “Ley N° 20.285” o “Ley de Transparencia”, indistintamente):

- i. En el último y reciente Informe *Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*, del Centro de DD.HH. de la Universidad Diego Portales no sólo se da cuenta de que, a una década de implementada la Ley N° 20.285 existe, en términos generales, un balance “muy positivo” respecto de los efectos de una “ambiciosa política pública” y en particular del rol que ha jugado el CPLT, sino que, adicionalmente, desde la perspectiva del derecho al acceso a la información pública ha cambiado “drásticamente el panorama que describía la sentencia de la Corte IDH en el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, de 2006”.²
- ii. El Informe final del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, de 24 de abril de 2015

¹ Por ejemplo, Dulong de Rosnay y Janssen dan cuenta de los innumerables beneficios sociales de una política de divulgación lo más extendida posible de la información pública: aumenta la transparencia y la rendición de cuentas del sector público, permitiendo un aumento de la participación ciudadana en los asuntos públicos; permite a los ciudadanos conocer sus derechos y obligaciones, y disfrutar los beneficios de mejores servicios públicos, lo que también es un retorno de los impuestos pagados por ellos; permite una comunicación más fluida entre los propios ciudadanos, incrementando la deliberación y conciencia colectiva; impacta positivamente el crecimiento económico y la innovación en áreas como seguridad social, medioambiente, salud pública, investigación científica y el patrimonio cultural; entre otros. Melanie Dulong de Rosnay y Katleen Janssen, “Legal and Institutional Challenges for Opening Data across Public Sectors: Towards Common Policy Solutions”, *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, Vol. 9, N° 3, septiembre 2014, p. 2.

² Centro de DD.HH. UDP, “Derecho de acceso a la información y libertad de expresión”, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2018*, Ediciones UDP, 2018, pp. 271-272. En el mencionado informe también se detallan un conjunto de aspectos negativos ocurridos durante el último año en esta materia (en su lógica de anuario), y un conjunto de recomendaciones de política que examinaremos más adelante en este informe.

(denominado también “Informe Engel” por su Presidente), sostuvo que esta legislación “ha significado para Chile un importante avance en materia de transparencia: ha generado incentivos virtuosos para que la función pública se ejerza con apego al principio de probidad, facilitando el control social de los poderes del Estado y sirviendo como medida preventiva contra las malas prácticas y la corrupción”.³ Entre los aspectos deficitarios destacó, por ejemplo, que esta ley tiene “importantes limitaciones” respecto de los poderes legislativo y judicial, y las autonomías constitucionales, recomendando obligarlos a cumplir con el mismo estándar que se aplica al Ejecutivo y extendiendo la competencia del CPLT a todas las instituciones del Estado, y a consagrar a nivel legal un portal de transparencia del Estado, cuya administración y control corresponda al CPLT.⁴

- iii. Desde la perspectiva de indicadores a nivel comparado que pueden ser utilizados como *proxy* para evaluar nuestra posición a nivel global en este ámbito, los resultados más recientes son razonablemente positivos:
 - a. El índice de percepción global y regional de corrupción 2017, de Transparencia Internacional, ubicó a Chile en el lugar 26°, superando a países como Portugal, Taiwán, Israel, Polonia, España, entre otros, siendo sólo superado en la región por Uruguay.⁵ Cabe destacar que de las 5 recomendaciones más relevantes del informe para 2017 a nivel global, tres de ellas se concentraron en acceso a la información pública, por ejemplo, la promoción por parte de los gobiernos de

³ Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, *Informe final*, 24 de abril de 2015, p. 46. Disponible en línea en: <http://www.minsegpres.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/Informe-del-Consejo-Asesor-Presidencial-Contra-los-Conflictos-de-Intereses-el-trafico-de-Influencias-la-Corrupcion.pdf>

⁴ Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, ob. Cit., p. 47. Los subrayados son nuestros.

⁵ De acuerdo a la información proporcionada por la propia institución, este índice, que clasifica 180 países y territorios según las percepciones de expertos y empresarios sobre el nivel de corrupción en el sector público, emplea una escala de cero a 100, en la cual cero equivale a muy corrupto y 100 a muy transparente. Este año, el índice 2017 concluyó que más de dos tercios de los países obtienen una puntuación inferior a 50, y que la puntuación media es de 43. Desde su creación en 1995, el Índice de Percepción de la Corrupción, la publicación insignia de Transparency International, es el principal indicador mundial de corrupción en el sector público. El índice brinda un análisis anual del nivel relativo de corrupción, clasificando a países de todo el mundo.

Disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017
Divulgado el 21 de febrero de 2018. Ver https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2018].

- legislación de acceso a la información pública “no sólo invirtiendo en un diseño legal apropiado, sino comprometiéndose a implementarlo”, y divulgación proactiva de información pública relevante en formato de open data.
- b. El Global Open Data Index 2016, reporte global en torno al open data a nivel gubernamental comparado, llevado a cabo por el Open Knowledge Network, ubicó a Chile en el lugar 22°, superando a países como Alemania, Austria, Polonia, Italia, entre otros.⁶
 - c. En el ranking 2017 del Centre for Law and Democracy sobre Right to Information (RTI Rating), Chile ocupó el no tan destacado lugar N° 50 entre 123 países, aunque superando a países como Nueva Zelanda, Australia, Italia o Estados Unidos. La metodología pone el énfasis en la calidad de la normativa que regula el acceso a la información pública, y no en su implementación o exigibilidad.⁷ Destaca como principal debilidad para Chile que no se aplica la normativa de transparencia al Poder Judicial y al Congreso.⁸
- iv. En el último y reciente Estudio Nacional de Opinión Pública del Centro de Estudios Públicos, de diciembre de este año, se da cuenta que entre las principales preocupaciones ciudadanas en temáticas que exige sean

⁶ Disponible en línea en: <https://index.okfn.org/place/> [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2018].

⁷ Este ranking que tiene por objeto comparar globalmente la fortaleza de la normativa de acceso a la información pública, mide 61 indicadores conducentes a un máximo de 150 puntos. Los indicadores se encuentran divididos en 7 categorías: Right of Access, Scope, Requesting Procedures, Exceptions and Refusals, Appeals, Sanctions and Protections, and Promotional Measures. Este instrumento busca medir en abstracto la fortaleza del marco normativo pero no su implementación/exigibilidad. En este sentido, la institución destaca sobre su metodología que: “It is important to note that the RTI Rating is limited to measuring the legal framework, and does not measure quality of implementation. In some cases, countries with relatively weak laws may nonetheless be very open, due to positive implementation efforts, while even relatively strong laws cannot ensure openness if they are not implemented properly. Regardless of these outlying cases, experience clearly demonstrates that a strong right to information law is key to advancing openness and to helping those using it to defend and promote the right to information. It is also important to note that, while openness extends to factors beyond the legal framework for RTI, a strong legal framework is an extremely important pre-requisite to full implementation of the right to information”. Ver <https://www.rti-rating.org/methodology/>

⁸ En este sentido, como síntesis para Chile se sostiene que: “Chile’s law is strong on several fronts, including reasonably clear procedures, good rules on access fees, and an effective structure for appeals. **Its chief weaknesses are that it does not apply to the legislature or judiciary.** Its approach to exceptions is also problematic, in that it lacks a public interest override, many of its exceptions are not harm tested, and the legal framework allows other laws to classify information”. (El destacado y subrayado es nuestro). Ver <https://www.rti-rating.org/country-data/Chile/>

solucionadas de manera prioritaria por el Gobierno vuelve a aparecer en 7° posición la “corrupción”, misma posición que ocupó en el estudio de 2017, debiendo considerarse, en consecuencia, un ámbito de especial preocupación para la ciudadanía.⁹

- v. El Estudio Nacional de Transparencia del CPLT 2017,¹⁰ da cuenta de los siguientes elementos:
 - a. Un 74% de los encuestados estima que el acceso a la información pública es “necesario”; 65% que es “útil”; 59% que “fomenta la participación, 48% que “previene la corrupción”. Con todo, solo un 26% estima que es “fácil” y 25% que es “rápido” tener acceso a información pública.¹¹
 - b. Por otra parte, un 24% de los encuestados conoce el CPLT;¹² y lo caracteriza en los términos siguientes: “Cumple con su misión” 55%; “Transparente” 50%; “autónomo” 38%; “independiente” 42%.¹³
- vi. El VI Estudio Nacional de Percepción del Derecho de Acceso a la Información en Funcionarios Públicos del CPLT, de diciembre de 2017,¹⁴ da cuenta acerca de importantes tendencias en esta materia:
 - a. Entre los ámbitos que contribuyen a la modernización del Estado, la transparencia y el derecho de acceso a la información pública aparece en un destacado cuarto lugar (con 56,9% respuesta sí), subiendo desde un 42% en el III Estudio;
 - b. Respecto a la consulta realizada sobre qué se imaginan los funcionarios públicos cuando se habla de transparencia en sus instituciones, el acceso a la información pública, fue señalado por un

⁹ CEP, Estudio Nacional de Opinión Pública, octubre-noviembre 2018, 2018, p. 6. Disponible en línea en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20181207/asocfile/20181207101838/encuestacep_oct_nov2018.pdf?utm_source=CEP-2018&utm_campaign=f29b06fa31-DP_Encuesta_Sep_Oct_201710_25_2017_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_29b20832d0-f29b06fa31-499897909

¹⁰ Disponible en línea en: <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2018/02/Estudio-Nacional-de-Transparencia-2017.pdf>

¹¹ CPLT, Estudio Nacional de Transparencia 2017, noviembre de 2017, CPLT, p. 51 (El subrayado es nuestro).

¹² CPLT, ob. Cit., p. 73.

¹³ CPLT, ob. Cit., p. 76.

¹⁴ Disponible en línea en: <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2018/02/VI-Estudio-Nacional-de-Funcionarios-Pu%CC%81blicos-2017.pdf>

- 89% de la muestra;
- c. Sobre el conocimiento del portal de transparencia, un 81% declara conocerlo o haberlo escuchado;
 - d. Un 70% declara estar en conocimiento de la Ley de Transparencia, habiendo aumentado en 3% respecto del V Estudio;
 - e. De los funcionarios que han recibido solicitudes en el último año, destaca que sobre el 70% ha sabido reaccionar satisfactoriamente a la solicitud; sobre 90% sabe donde encontrar la información; y sobre el 75% declara conocer el plazo de respuesta de la misma.
- vii. En el Informe de DD.HH. 2018 de la UDP mencionado más arriba se ponen sobre la mesa cifras esperanzadoras respecto de la penetración de la “cultura de la transparencia” que los diversos actores promueven. En efecto, se señala que al 20 de agosto de 2018 se han presentado 503.700 solicitudes de acceso a la información a través del Portal de Transparencia (que registra información desde 2013 sin incluir a todas las entidades públicas); 26.164 impugnaciones ante el CPLT (de las cuales, 24.967 ya fueron resueltas, esto es, 95%); y 832 reclamos judiciales contra las decisiones del CPLT, existiendo además requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.¹⁵
- viii. Como también da cuenta el mensaje del Proyecto, existen diversas iniciativas legislativas que en los últimos años han buscado perfeccionar la Ley N° 20.285, como, asimismo, más en general, el estatuto jurídico de la transparencia y el acceso a la información pública. Entre estas iniciativas destacan, por ejemplo, los proyectos boletines N°s 7.686-07,¹⁶ 6.705-07,¹⁷ 10.264-07,¹⁸ y 10.759-07.¹⁹ Junto a ellas, destaca la reforma constitucional sobre transparencia y acceso al derecho a la información pública, Boletín N° 8805-07,²⁰ y la más reciente, y que ha adquirido gran notoriedad pública

¹⁵ Centro de DD.HH. UDP, ob. Cit., p. 272.

¹⁶ Modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

¹⁷ Modifica Art. 27 de ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, con el objeto de ampliar el plazo de resolución de los amparos al derecho de acceso a la información.

¹⁸ Modifica la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y otros cuerpos legales en lo relativo a probidad y transparencia.

¹⁹ Establece un estatuto de transparencia activa para las asociaciones gremiales, colegios profesionales y organizaciones sindicales.

²⁰ Otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la

por estos días, Boletín N° 12.318-07.²¹ Esta última es especialmente relevante dado que da cuenta y busca remediar (al menos respecto del Congreso Nacional) uno de los principales déficits de la normativa vigente como venía siendo señalado por la literatura especializada y también en el Informe de la Comisión Engel: la ampliación del régimen de transparencia a los órganos constitucionales autónomos. Ahora bien, lo que resulta especialmente relevante del análisis de las distintas iniciativas legislativas antes descritas es que buscan atacar, hacerse cargo, de aspectos muy específicos y particulares. En otras palabras, buscan perfeccionamientos al actual marco que proporciona la Ley N° 20.285, y no, alterar las bases fundamentales de su diseño institucional.

- ix. Finalmente, en el programa de gobierno del Presidente Piñera se proponen, en materia de modernización del Estado, específicamente en cuanto a un “Estado transparente y abierto”, las siguientes dos medidas a efectos de esta discusión, a saber:
- a. Ampliar las exigencias de transparencia a todos los órganos estatales autónomos tales como el Ministerio Público, la Contraloría, el Banco Central, el Servicio Electoral, entre otros; y
 - b. Crear una plataforma única de datos abiertos, que permita hacer públicas las diferentes bases de datos alojadas en cualquier ente estatal que contengan información relevante en materia de recursos humanos, políticas, programas, presupuesto y su ejecución, compras, evaluaciones y beneficios sociales, asegurando altos estándares de protección de la privacidad.²²

En síntesis, todos los elementos integrantes de este breve diagnóstico son relevantes en un sentido muy preciso: contrastarlo con el diagnóstico que ofrece el Proyecto, esto es, con el modelo regulatorio propuesto en el mismo como una “Ley de Transparencia 2.0”. En efecto, si el diagnóstico del Proyecto es similar al consenso que se ha ido generando en nuestro país en torno a un balance positivo de la legislación en general, y también del rol del CPLT como autoridad administrativa encargada del cumplimiento de dicha normativa, no existirán

información pública.

²¹ Modifica la Ley N° 19.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional a fin de asegurar el acceso a la información pública

²² Sebastián Piñera Echeñique, Programa de Gobierno 2018-2022, Construyamos tiempos mejores para Chile, p. 152. Disponible en línea en: <http://www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf>

buenas razones, razones fundadas, para que el contenido del Proyecto busque rediseñar o reformular sustantivamente el diseño institucional consagrado en la Ley N° 20.285. Por el contrario, si el Proyecto avanza en una dirección de reconfiguración drástica, ni estará siendo coherente con el propio diagnóstico, como tampoco, leal con la experiencia de aprendizaje institucional que ha tenido nuestro país en esta materia en la última década. En otras palabras, el cambio de modelo no resulta aconsejable sino riesgoso, especialmente considerando que lo que se arriesga es deteriorar y no mejorar el sistema de transparencia.

Ello nos lleva, en consecuencia, a evaluar el diagnóstico y los fundamentos contenidos en el mensaje del Proyecto.

2. Diagnóstico y fundamentos del Proyecto.

El mensaje del Proyecto entrega los siguientes elementos de diagnóstico como antecedentes de la iniciativa:

- i. Esgrime como su origen el Programa de Gobierno del Presidente Piñera, el que de manera transversal aborda la temática de la transparencia en relación al actuar de las instituciones públicas, destacando la ampliación de las exigencias de la transparencia a otros órganos con autonomía constitucional. Esta modificación, sostiene, se basa en la experiencia proveniente de la aplicación de la Ley de Transparencia durante sus 10 años de vigencia, teniendo esta, un proceso de paulatina evolución, y considerando su aplicación actual, la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia y los Tribunales de Justicia, las opiniones sobre esta materia vertidas por la sociedad civil, entre otros elementos considerados.²³
- ii. Especial relevancia se entrega a la reforma constitucional de 2005 que modifica el art. 8° de la CPR, en la parte que incluye el principio de publicidad, elevándolo, en consecuencia, a norma integrante de las bases de la institucionalidad.²⁴
- iii. Pone especial acento en la transparencia como promotor de la rendición de

²³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, Boletín N° 12.100-07, p. 2.

²⁴ Mensaje, ob. Cit., pp. 2-3.

cuentas de la autoridad y facilitar, en consecuencia, el que la ciudadanía y la sociedad civil ejerzan sus potestades de control democrático respecto de sus representantes.²⁵

En cuanto a los fundamentos, esgrime los siguientes:

- i. Se tuvieron a la vista las diversas iniciativas legislativas –antes descritas en sección anterior–, como asimismo, documentos elaborados por organizaciones de la sociedad civil.²⁶
- ii. “Las recomendaciones y propuestas realizadas por el Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, así como las propuestas elaboradas por el Consejo para la Transparencia en el año 2015”;²⁷ (El subrayado es nuestro).
- iii. La experiencia de la aplicación de la Ley de Transparencia, “así como de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia y los Tribunales de Justicia”.²⁸ (El subrayado es nuestro).
- iv. El objetivo es “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...”.²⁹ (El subrayado es nuestro).

Concluye la sección de fundamentos anunciando algunos de los contenidos de la iniciativa.

3. Principales modificaciones contenidas en el Proyecto.

3.1. Extensión del ámbito de aplicación de la actual ley a otros sujetos.

Se propone aumentar los sujetos obligados por la Ley de Transparencia, incorporando a las corporaciones y asociaciones municipales, así como a los

²⁵ Mensaje, ob. Cit., p. 5.

²⁶ Mensaje, ob. Cit., p. 6.

²⁷ Mensaje, ob. Cit., p. 7.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

órganos autónomos constitucionales.³⁰

A su vez, se plantea la creación de Direcciones de Transparencia para cada uno de estos órganos, mediante la modificación de sus leyes orgánicas constitucionales respectivas. Estas Direcciones de Transparencia estarían integradas por 3 directores cada una, dos de los cuales serían designados por un nuevo órgano denominado “Comisión de Transparencia” y el restante por el presidente, jefe superior u órgano de dirección superior del órgano autónomo constitucional, según corresponda, a base de una nómina que elaborará el Consejo de Alta Dirección Pública.³¹

3.2. Creación de la Comisión de Transparencia del Estado.

Se propone la creación de la Comisión de Transparencia del Estado,³² la cual actuará de instancia de coordinación de los órganos del Estado, cuyas funciones serán determinar los lineamientos generales del desarrollo, funcionamiento e implementación del Portal de Transparencia del Estado y velar por la correcta y adecuada implementación y aplicación de la ley, entre otros.³³

3.3. Creación del Portal de Transparencia del Estado.

³⁰ Modificación introducida al artículo 2°, inciso 4°: “El Congreso Nacional, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones se ajustarán a las disposiciones contenidas en la ley N° 20.285 y en sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente, cuando ello corresponda.” (también se incorpora el Banco Central y la Contraloría General de la República).

³¹ Artículo décimo primero, inciso 2°.

³² Artículo décimo primero, inciso 3°: “Dicha Comisión de Transparencia del Estado de Chile estará integrada por las siguientes autoridades.

- a) El Ministro Secretario General de la Presidencia, en representación del Presidente de la República, quien la presidirá;
- b) El Presidente del Senado;
- c) El Presidente de la Cámara de Diputados;
- d) El Presidente de la Corte Suprema; el Fiscal Nacional del Ministerio Público;
- e) El Presidente del Tribunal Constitucional;
- f) El Presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral;
- g) El Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones;
- h) El Contralor General de la República;
- i) El Presidente del Banco Central; y,
- j) El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien actuará como Secretario Ejecutivo.

³³ Artículo décimo primero, inciso 1°.

Evaluación proyecto de ley que modifica Ley N° 20.285
GÓMEZ, PALLAVICINI & GARCÍA ABOGADOS
Diciembre de 2018

Se crea el sitio electrónico Portal de Transparencia del Estado,³⁴ con la finalidad de facilitar a los órganos del Estado el cumplimiento de los deberes de transparencia activa, además de permitir la presentación y tramitación de solicitudes de acceso a la información que se presenten ante dichos órganos.

Este Portal será administrado por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, quien además estará a cargo de la implementación del desarrollo tecnológico del mismo.

3.4. Nuevas funciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Se creará la División de Integridad Pública y Transparencia³⁵ dentro de la organización del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, la cual tendrá por función fortalecer el rol del Ministerio en materias de integridad pública, probidad en el ejercicio de la función pública, transparencia y gobierno abierto.

Asimismo, se incorporará dentro de las funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el diseño y entrega de lineamientos relacionados con acuerdos públicos y privados para la promoción de políticas, programas y planes sobre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales.³⁶

3.5. Nueva obligación de cuenta pública del Consejo para la Transparencia

Se consagra, respecto del Presidente del Consejo para la Transparencia, la obligación legal de dar cuenta pública participativa a la ciudadanía, de la gestión de sus políticas, planes, programas, ejecución presupuestaria y cualquier otra información que considere relevante, correspondiente al año inmediatamente

³⁴ Artículo décimo segundo.

³⁵ Artículo décimo tercero, numeral 3, del Mensaje, que crea el artículo 9 B) nuevo: “La División de Integridad Pública y Transparencia tendrá como función asesorar al Presidente de la República, cuando así lo solicite, en la elaboración, promoción e implementación de políticas, planes y programas referidos a integridad pública, probidad en el ejercicio de función pública, transparencia y gobierno abierto.

Asimismo, le corresponderá la difusión, promoción e implementación de legislación y medidas administrativas referidas a integridad, probidad y transparencia en ejercicio de la función pública, así como servir de instancia de coordinación a las oficinas de atención ciudadana de los órganos de la Administración Central del Estado, en orden a favorecer el mejoramiento de la calidad del servicio público.”.

³⁶ Artículo décimo quinto.

anterior.³⁷

3.6. Modificaciones al procedimiento del derecho al acceso a la información pública

(1) Derivación de la solicitud de acceso a la información.

Se modifica el plazo para derivar una solicitud de acceso a la información desde un órgano incompetente al competente, ya que el artículo señalaba que debía hacerse “de inmediato”, mientras que ahora existe un plazo legal de 5 días hábiles.³⁸ En este mismo caso, el plazo para responder la solicitud será de 20 días hábiles, contados desde que el órgano competente recibe la derivación.

(2) Entrega de copia de actos y documentos.

Cuando la información requerida contenga datos personales, y el solicitante declare y comprobare ser el titular, y así lo desee, la entrega procederá por medios electrónicos, siguiendo las normas, que, para estos efectos, establezca un reglamento dictado mediante Decreto Supremo, emitido a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia.³⁹

(3) Oposición de terceros.

Se aumenta el plazo de 2 a 5 días hábiles para que los órganos de la Administración del Estado notifiquen a terceros que puedan verse menoscabados en sus derechos con la entrega de información requerida. Asimismo, el tercero afectado podrá ejercer el derecho de oposición dentro del plazo de 10 días hábiles en vez de 3, contados desde la notificación.⁴⁰

³⁷ Artículo primero, letra s), que agrega el artículo 40 bis. En su inciso final se agrega: “Además, el Consejo deberá establecer, según disponga una resolución dictada por el Consejo Directivo, un consejo de la sociedad civil, de carácter consultivo, que estará conformado de manera diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia del Consejo para la Transparencia.”

³⁸ Artículo primero, letra g) que modifica el artículo 13 de la Ley.

³⁹ Artículo primero, letra i) que agrega un nuevo inciso segundo al artículo 19 de la Ley.

⁴⁰ Artículo primero, letra j) que modifica el artículo 20 de la Ley.

(4) Actos o documentos calificados secretos.

Se entenderá que un acto o documento ha sido declarado secreto cuando el acto que así lo declare se encuentre firme, debiendo incorporarse al índice que deben mantener los órganos de la Administración del Estado.⁴¹

(5) Modificaciones al procedimiento de reclamo o amparo ante el Consejo para la Transparencia.

- i. Se consagra legalmente la facultad del Consejo para la Transparencia, para promover instancias alternativas de solución de conflictos entre el solicitante, el órgano requerido y el tercero involucrado, si los hubiere.⁴²
- ii. El Consejo para la Transparencia podrá efectuar las notificaciones mediante comunicación electrónica cuando el solicitante expresamente lo solicite así en la reclamación.⁴³
- iii. La regla general es que los escritos y documentos presentados ante el Consejo para la Transparencia sean de carácter público, sin embargo se incorpora la facultad de las partes, a pedir en forma fundada y preventiva que en ciertos casos sean declarados secretos, mientras se encuentre pendiente la decisión del Consejo.⁴⁴
- iv. Se amplía el plazo para resolver el reclamo que tiene el Consejo para la Transparencia, de 5 a 25 días hábiles, ampliable por una sola vez, mediante resolución fundada del Consejo Directivo, por el mismo plazo.⁴⁵

3.7. Nuevas sanciones

- i. 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.

⁴¹ Artículo primero, letra k) que modifica el artículo 23 de la Ley.

⁴² Artículo primero, letra m) que introduce el nuevo artículo 24 bis.

⁴³ Artículo primero, letra n) que agrega un nuevo inciso final.

⁴⁴ Artículo primero, letra o) que sustituye el artículo 26 de la Ley.

⁴⁵ Artículo primero, letra p) que modifica el actual artículo 27 de la Ley.

- ii. Se sancionará a la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio del Estado requerido, por la no entrega de información decretada, ordenada por resolución firme, con censura o multa de hasta 50% de su remuneración según corresponda.
- iii. 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.⁴⁶

3.8. Nuevas obligaciones de transparencia activa

- i. Se consagrará legalmente la obligación de publicar la remuneración que le corresponda al personal sujeto al Código del Trabajo.
- ii. Todos los sujetos obligados por la presente ley, deberán publicar anualmente un listado de las materias respecto de las cuales versaron las solicitudes de acceso a la información pública realizadas, acompañando el acto administrativo que accedió a su entrega.⁴⁷

3.9. Introducción de nuevas obligaciones de transparencia fiscal

Todas las instituciones obligadas por la Ley de Transparencia, deberán mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, antecedentes actualizados mensualmente, relativos a supuestos y previsiones económicas, dentro de las que deben incluirse: pronósticos y previsiones sobre el crecimiento del producto interno bruto; la composición de este; la tasa de empleo y desempleo; la inflación y las tasas de interés; entre otros.⁴⁸

4. Conclusiones preliminares al Capítulo.

A la luz de los antecedentes antes expuestos es posible concluir que:

⁴⁶ Artículo primero, letras u), v) y w) que reemplazan los artículos 45, 46 y 47 de la Ley.

⁴⁷ Artículo primero, letra c) que modifica el artículo 7° de la Ley.

⁴⁸ Artículo primero, letra d) que incorpora un nuevo artículo 7° bis.

- i. Existe un consenso amplio en nuestra sociedad en torno a los importantes avances conseguidos en materia de transparencia y acceso a la información pública en la última década, desde la implementación de la Ley N° 20.285 y antes de eso, de la reforma constitucional de 2005 que consagró el principio constitucional de publicidad en el art. 8° inc. 2 CPR. Ello, además, bajo el contexto de jurisprudencia relevante de la CIDH (caso *Claude Reyes*), como asimismo del TC (desde STC Rol N° 634-2007), que han ido configurando ambos institutos, dándole densidad normativa.
- ii. Estos avances pueden verse reflejados en los indicadores comparados de transparencia, donde nuestro país se ubica en posiciones de avanzada, como también en indicadores generados por el CPLT en su encuesta nacional de transparencia la que da cuenta, cómo, en la práctica, se ha ido instalando lentamente una verdadera “cultura de la transparencia” en nuestro país.
- iii. Diversas iniciativas legislativas y propuestas de política pública han buscado perfeccionar nuestro régimen de transparencia, sobre la base del fortalecimiento (y de sus capacidades institucionales) del CPLT. Ello es posible de observar, por ejemplo, en las recomendaciones de la Comisión Engel o en diversos proyectos de ley.
- iv. A pesar de que en los antecedentes y fundamentos basales del Proyecto el Gobierno reconoce buena parte de este diagnóstico, justificando el cambio regulatorio propuesto sobre la base de este consenso compartido, en lógica incrementalista, y especialmente considerando la aplicación práctica de la Ley N° 20.285, iluminada por la jurisprudencia del CPLT y de los tribunales de justicia, llama la atención, como será desarrollado a lo largo de este Informe, que el modelo regulatorio propuesto en caso alguno descansa sobre una lógica incrementalista. Muy por el contrario, sus elementos nucleares dan cuenta de un drástico cambio en bases esenciales del diseño institucional.
- v. En concreto, sin ánimo de ser exhaustivos, y sólo para efectos de ilustrar el cambio de paradigma que busca implementar el Proyecto, este descansa sobre las siguientes bases:

a. Fragmenta el sistema de transparencia. Ello sobre la base de crear diversas direcciones de transparencia en los órganos autónomos constitucionales a los que, correctamente, amplía la obligación de las normas de transparencia. Sin embargo, el medio regulatorio elegido, como se verá, genera una serie de consecuencias negativas:

- i. Afecta la coherencia regulatoria que hoy le entrega al sistema el CPLT, debilitando de paso el rol del CPLT como agencia independiente sectorial y especializada;
- ii. Aumenta los costos de información de los ciudadanos al multiplicar el número de órganos con competencia en materia de transparencia, lo que equivale a debilitar el ejercicio de su derecho de acceso a la información pública; y
- iii. Amenaza la eficacia del principio de publicidad constitucional.

b. Fortalece la dimensión gubernamental del sistema (propia de la política ordinaria) en oposición a hacerlo en una lógica estatal (política de Estado), esto es, se trata sin ambigüedades de un retroceso institucional y un experimento voluntarista en diseño de instituciones en nuestro país sin evidencia que lo respalde.

- i. En efecto, en vez de potenciar las capacidades institucionales del CPLT, por ejemplo, ampliando su competencia en materia de transparencia respecto de las autonomías constitucionales, en su rol asesor del Gobierno en materia de políticas públicas de transparencia, o como administradora del portal de transparencia, potencia en estos ámbitos, *vis a vis*, el rol del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y del Ministerio de Justicia y DD.HH., lo que debe ser visto, sin ambigüedades, como un retroceso institucional.
- ii. En este sentido, no es aconsejable que los entes públicos obligados por esta ley, sean quienes tengan un rol tan relevante de contenido y control de la normativa de

transparencia. El Ministerio SEGPRES es un sujeto pasivo, obligado ante la normativa de transparencia, no tener un rol relevante como cuasi-regulador, o al menos, coordinador de un sistema nacional de transparencia que minimiza, en consecuencia, el rol del CPLT.

- iii. Por lo demás, un área de política que ha logrado instalarse en la esfera de lo estatal, dominado en lógica de política de Estado, pasa al campo de lo gubernamental, en la esfera de la política partisana ordinaria. Como se verá en el Capítulo III se trata de una innovación (involución) que va exactamente en la dirección contraria a las experiencias en el Derecho Comparado y los estándares de la OCDE y OEA;
- iv. La creación de la Comisión de Transparencia del Estado y entregar al Ministerio SEGPRES la administración del Portal de Transparencia fortalece y ejemplifica la crítica anterior. En efecto:
 1. La nueva Comisión, lejos de constituirse en un espacio estatal en oposición a lo gubernamental, tiende a fragmentar el sistema de transparencia, minimiza el rol institucional del CPLT y busca fortalecer el rol del gobierno en el sistema. Un examen del diseño institucional propuesto, los miembros que lo componen, las potestades que se le asignan, la especial relevancia de los ministerios SEGPRES y Justicia, etc., son todos ejemplos que fortalecen la crítica esgrimida en (b) anterior.
 2. A idéntica conclusión llegamos a la hora de preguntarnos por qué el Portal de Transparencia será administrado por el Ministerio SEGPRES.

CAPÍTULO II ASPECTOS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PROYECTO. EN PARTICULAR LA AMPLIACIÓN DE LA NORMATIVA DE TRANSPARENCIA A LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES QUE SE PROPONE

1. Marco constitucional aplicable: CPR y parámetros relevantes en la jurisprudencia del TC.

1.1. El mandato constitucional del art. 8° inc. 2 de la Constitución.

Sabemos, el art. 8 inc. 2 de la Carta Fundamental a partir de la reforma constitucional de 2005,⁴⁹ aunque su génesis debe buscarse al menos una década antes,⁵⁰ dispone 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”.

Se trata de un mandato que puede ser caracterizado de la siguiente manera:

- i. La obligación de publicidad establecida en el art. 8° CPR aplica, sin distinción, a todos los órganos del Estado. Así lo ha sostenido, por lo demás, el TC⁵¹ y la doctrina especializada, los que entienden comprendido dentro

⁴⁹ Contreras sostiene con razón que: “Hasta antes de la reforma constitucional de 2005, la doctrina estimaba que existía reconocido, de manera implícita, un principio de publicidad genérico que obligaba a los órganos del Estado a dar cuenta de sus actos y resoluciones, así como de sus fundamentos. Esta construcción interpretativa fue apoyada con diversos argumentos, donde a) hacía directa conexión con el régimen político democrático, b) el carácter instrumental de la publicidad de la información para el ejercicio de derechos fundamentales y c) la confidencialidad y el secreto como reglas excepcionales y explícitas en la misma CPR”. Pablo Contreras, “Transparencia y leyes secretas en Chile”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, p. 92.

⁵⁰ Cordero fija los orígenes de estas reglas en la Comisión Nacional de Ética Pública de 1994. Ver Luis Cordero, “Efectos de la reforma constitucional en materia de acceso a la información pública”, *Revista de Derecho Público*, N° 69, Tomo II, 2007, p. 88-89. Para Rajevic formalmente se encuentra en la Ley N° 19.653 de 1999 sobre Probidad Administrativa que consagró una regla general de publicidad de los actos administrativos. Enrique Rajevic, “Protección de datos y transparencia en la administración pública chilena: inevitable y deseable ponderación”, En Foco, N° 162, 2010, Expansiva, p. 8.

⁵¹ STC 1732, considerando 8°. En el mismo sentido STC 1892, considerando 9° y STC 1812,

de este a los órganos constitucionales autónomos.⁵²

- ii. Su deliberada ubicación en términos de geografía constitucional, en el Capítulo I de Bases de la Institucionalidad tiene relevantes consecuencias normativas:
 - a. Aplicación y vinculación directa del mandato constitucional, no requiriendo intermediación legal, ni siendo una mera declaración programática.⁵³
 - b. De lo anterior se desprende, asimismo, un efecto irradiante respecto de la totalidad del sistema jurídico.⁵⁴
 - c. Alguna jurisprudencia del TC apunta a que no estaríamos ante un principio de publicidad en sentido estricto, sino ante “una declaración genérica de publicidad”. Pero incluso bajo esta versión “débil”, el propio TC reconoce que en caso alguno “relaja su cumplimiento” (del mandato).⁵⁵
 - d. Con todo, la doctrina más autorizada es partidaria de una versión

considerando 47°.

⁵² Ver, por ejemplo, García y Contreras sostienen que se trata de un mandato que “rige tanto para el Poder Ejecutivo, como para cualquier órgano estatal, sea o no autónomo”. Gonzalo García y Pablo Contreras, *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago, Tribunal Constitucional, 2014, p. 774. Ver también Jorge Bermúdez, *Derecho Administrativo General*, Santiago, LegalPublishing, 2014, p. 657.

⁵³ El TC lo ha sostenido en los términos siguientes: “Los principios y valores establecidos en la Constitución no configuran meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, dada la fuerza obligatoria de los preceptos constitucionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 6°” STC Rol N° 46 considerando 21°. En el mismo sentido, STC 280 considerando 12°, STC 1185 considerados 11° y 12°, STC 2410 considerandos 11° y 12°, STC 2747 considerando 12°, STC 2801 considerando 12°, STC 2860 considerando 14°, STC 2887 considerando 19°. Por su parte, el profesor Alejandro Silva Bascuñán, destaca la especial “trascendencia” y obligatoriedad de las reglas contenidas en el capítulo I de la CPR, al que considera un “centro definidor” de la Carta Fundamental. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV*, Santiago, Editorial Jurídica, 1997, pp. 18 y 19.

⁵⁴ En efecto, el TC ha planteado que cuanto fluye de ellas [normas y principios contenidos en el Capítulo I] irradia sobre los Capítulos siguientes y, con mayor razón aún, al ordenamiento jurídico completo que ha de respetarlas en todo momento, circunstancia, materia y lugar”. STC 410, considerando 2°.

⁵⁵ Así, por ejemplo, el TC ha señalado que: “El art. 8° establece una declaración genérica de publicidad de ciertos aspectos de la actuación de los órganos del Estado. No menciona acceso, entrega, transparencia ni información; no los descarta, pero tampoco cierra posibilidad al legislador. No establece un principio de publicidad, como sí lo hace respecto de la probidad, ni señala que los órganos del Estado deban “dar estricto cumplimiento” a él. Ello no desmerece la relevancia del mandato, ni relaja su cumplimiento, pero sí constituye un elemento de interpretación frente a otras disposiciones constitucionales que sí establecen una consideración de esta naturaleza”. STC 1990, considerandos 18° y 19°. En el mismo sentido STC 2558, considerando 13°. (El subrayado es nuestro).

fuerte del principio de publicidad constitucional, y esa posición la compartimos. Así, por ejemplo, el profesor y ex Presidente del TC José Luis Cea sostiene que el principio de publicidad es superior al de probidad (al que el TC parece dar más proyección): "... Los principios de transparencia y probidad se hallan vinculados, pero aquél es el antecedente necesario para comprobar si existe o no probidad, denunciarla, castigarla y rectificar los errores cometidos. Por eso, debo enfatizar que la transparencia es, lógica y cronológicamente, prioritaria con respecto a la probidad".⁵⁶ (El subrayado es nuestro). En idéntico sentido, esto es, en un sentido fuerte del principio constitucional de publicidad, se pronuncian los profesores Miguel Angel Fernández⁵⁷ y José Manuel Díaz de Valdés.⁵⁸

e. Fortalece una versión fuerte del principio de publicidad

⁵⁶ José Luis Cea, "Tercera regla de oro del Derecho Público", *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 13, Universidad San Sebastián, Santiago, 2009, p. 28.

⁵⁷ Para el profesor Fernández: "[Con el principio de publicidad] se persigue que los actos de los órganos del Estado, los fundamentos en que se sustentan y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan sean notorios, patentes o manifiestos y no secretos, reservados, ocultos o escondidos, vale decir, que cualquier persona pueda acceder a dicha información a raíz de que, en el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, tiene que obrarse siempre con transparencia, la cual permite y promueve que las personas conozcan esos actos, sus fundamentos y los procedimientos seguidos para adoptarlos. De manera que, con la nueva norma, se eleva a rango constitucional el principio de publicidad, ya contemplado en la Ley N° 18.575, pero extendiéndolo ahora a todos los órganos estatales y no sólo, como en esa ley, respecto de los entes integrantes de la Administración Pública. Se encuentra aquí, como acaba de enunciarse, una de las innovaciones relevantes de la reforma constitucional, ya que mientras en la Ley N° 18.575, los sujetos obligados por el principio de publicidad eran sólo los órganos integrantes de la Administración Pública, ahora se extiende a todos los entes estatales, alcanzando también al Congreso Nacional, al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los tribunales de la Justicia Electoral y a los entes constitucionalmente autónomos." Miguel Angel Fernández, "El principio constitucional de publicidad", *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, segunda época año I, N° 1, 2013, pp. 257-258.

⁵⁸ Para este autor: "la CP utiliza un lenguaje claro en su artículo 8º, imponiendo el principio de publicidad a los "órganos del Estado", sin distinción de ninguna clase. Más aún, se trata de un principio contemplado en el Capítulo I de la CP, cuya ubicación, contenido y nombre (Bases de la Institucionalidad) deja en evidencia que está estableciendo los fundamentos de todas nuestras instituciones, y que es obligatorio para toda la actividad estatal, además de constituir una clave interpretativa para la CP en su conjunto. Adicionalmente, es la interpretación que en mayor medida realiza el ideal de la Reforma Constitucional 2005, en cuanto a terminar con la "cultura del secreto" en Chile, y se vincula armónicamente con la transparencia exigida por esa reforma en el mismo artículo 8º. A mayor abundamiento, la postura en comentario es la que otorga mayor protección y potencia a un derecho constitucional, cual es el DAIP [derecho de acceso a la información pública], y es la posición dominante en la doctrina chilena revisada". José Manuel Díaz de Valdés, "El derecho de acceso a la información pública: Su reconocimiento por el Tribunal Constitucional", *Sentencias destacadas 2007*, Ediciones LyD, 2008, p. 97.

constitucional, la naturaleza de la reserva legal que el constituyente emplea a la hora de restringir la publicidad, configurada por los siguientes elementos:

- i. Es de carácter absoluta, pues exige a la ley directa y precisamente indicar la “reserva o secreto” de los “actos o fundamentos”, de conformidad con causales constitucionales específicas;⁵⁹
- ii. Lo debe hacer formalmente mediante una ley de quórum calificado, quedando, por lo demás, proscritas, intervenciones extensivas de restricción mediante regulación administrativa, como ha sostenido el TC;⁶⁰
- iii. Se limita la discrecionalidad del legislador mediante un contenido material, esto es, sobre la base de causales constitucionales específicas (afectación de funcionamiento de órganos, derechos de las personas, seguridad o interés nacional). Más allá de estas cuales se aplican en toda su amplitud los principios de transparencia y máxima divulgación;⁶¹
- iv. Tal como lo ha exigido el TC, esta exigente reserva eleva el estándar de determinación, precisión y profundidad que exige el constituyente al legislador en cuanto a la rigurosidad y minuciosidad con la que se elaboran los textos normativos, conceptos, requisitos, procedimientos, control de regulaciones, entre otros;⁶²
- v. Finalmente, las excepciones al principio delimitan también el

⁵⁹ Cordero, ob. Cit., p. 94.

⁶⁰ En efecto, sostuvo que: “El Constituyente ha establecido una ley con un quórum de votación más exigente que el común, así como también un grupo de causales específicas, para poder establecer la reserva de los actos realizados por los órganos públicos. Esta especial legitimidad democrática, establecida en el art. 8° CPR, se ve contrariada por la norma reprochada, toda vez que ésta autoriza a que un reglamento interno del MP establezca, sin ningún tipo de directriz, la reserva de documentos o antecedentes. STC 2341, considerandos 13° y 24°.

⁶¹ Así lo ha sostenido el TC: La única manera en que un determinado acto, documento, procedimiento o información en poder de la Administración del Estado tenga la calidad de secreto o reservado, es mediante declaración expresa y explícita: a) del legislador 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. STC 1602, considerandos 29° y 30°. En el mismo sentido STC 2505, considerando 21°.

⁶² STC 370, considerandos 17° y 18°.

marco de competencias del CPLT.⁶³

- f. Está intrínsecamente conectado con nuestro Estado Democrático de Derecho (art. 4° CPR), y con derechos fundamentales del orden democrático, especialmente la libertad de opinión e información (art. 19 N° 12 CPR) y el derecho de petición (art. 19 N° 14 CPR). Así lo ha señalado, por lo demás, el TC.⁶⁴
- g. Finalmente, cabe destacar que el TC en su jurisprudencia ha sido especialmente deferente con la posición de los derechos fundamentales que puedan entrar en colisión con el mandato del artículo 8 inc. 2 CPR.⁶⁵

⁶³ En efecto, el TC ha señalado que: “Su potestad para recibir todas las informaciones y documentos para el examen de situaciones de su competencia, será declarada constitucional bajo el entendido de que el ejercicio de dicha potestad reconoce como límite las excepciones a la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado que determine el legislador de quórum calificado, de conformidad al inciso segundo del art. 8° CPR”. STC 1051, considerando 32°.

⁶⁴ Por ejemplo, ha sostenido 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. STC 1732, considerando 14°. En el mismo sentido STC 1812, considerando 48°. También, ha señalado que: “El mandato de publicidad tiene como finalidad garantizar un régimen republicano democrático, garantizando el control del poder, 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...”. STC 2153, considerando 15°. En el mismo sentido STC 2246, considerando 22°. Asimismo, ha dicho que: “Es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la CPR, aunque no en forma explícita, como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen republicano 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 –tal es el caso de la libertad de expresión y de informar, que tienen aparejado el derecho a recibir información– que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los órganos del Estado”. STC 634, considerando 9°. En el mismo sentido STC 1732, considerando 12°, y STC 2558, considerando 13°.

⁶⁵ Lo ha dicho de la siguiente manera: “El hecho de que el art. 8° se encuentre en el Capítulo I CPR no hace que prime sobre todas las demás disposiciones de la CPR, de modo tal que no son los derechos los que deben subordinarse a la publicidad, sino que ésta a aquéllos, por lo que habiendo algún derecho invocado, la reserva vence a la publicidad”. STC 2246, considerandos 66° y 67°. En el mismo sentido STC 2153, considerando 51°.

1.2. Derecho de acceso a la información pública.

Si bien la CPR no consagra un derecho de acceso a la información pública de manera explícita, el TC ha sostenido que sí está consagrado implícitamente por el art. 19, N° 12, CPR sobre libertad de opinión e información,⁶⁶ conceptualizándolo en los siguientes términos:

“es un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen republicano 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 –tal es el caso de la libertad de expresión y de informar, que tienen aparejado el derecho a recibir información– que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación o de una omisión proveniente de los órganos del Estado”.⁶⁷

Su naturaleza de derecho fundamental –implícito en el art. 19 N° 12 CPR–, genera una consecuencia relevante desde el punto de vista de su fuerza interpretativa, en lógica sistemática y finalista. Como ha sostenido el TC:

“El contenido del art. 19 CPR, conjuntamente con sus arts. 1º, 4º y 5º, inc. 2º, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la CPR de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado”.⁶⁸

Adicionalmente, sabemos, su contenido y alcance ha sido desarrollado ampliamente en el sistema interamericano de DD.HH. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido

⁶⁶ STC 2153, considerando 15°. En el mismo sentido STC 2246, considerando 22°.

⁶⁷ STC 634, considerando 9°. En el mismo sentido STC 1732, considerando 12°, STC 2558, considerando 13°.

⁶⁸ STC 1185, considerandos 11° y 12°. En el mismo sentido STC 2410, considerando 12°.

desarrollando de manera profusa el contenido del derecho de acceso a la información,⁶⁹ lo que tuvo gran impacto en nuestro desarrollo doméstico en este ámbito.⁷⁰ Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha reiterado que se trata de un derecho autónomo protegido por el artículo 13 de la Convención Americana, considerándose un derecho fundamental para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, cumpliendo una función instrumental esencial para el ejercicio de los derechos.⁷¹

⁶⁹ La CIDH lo dijo en los siguientes términos en, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, Sentencia (fondo, reparaciones y costas), 19 de septiembre de 2006, Considerando 86°: “En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.” Asimismo, el considerando 163°: “(...) Chile debe adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección al derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, dentro de las cuales debe garantizar la efectividad de un procedimiento administrativo adecuado para la tramitación y resolución de las solicitudes de información, que fije plazos para resolver y entregar la información, y que se encuentre bajo la responsabilidad de funcionarios debidamente capacitados”. La importancia de *Claude Reyes* en la evolución y consolidación de este derecho fundamental a nivel comparado está bien desarrollada en Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, “Essentials of the Right of Access to Public Information: An Introduction”, en Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro: *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018, p. 16.

⁷⁰ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos había venido desarrollando de manera profusa el contenido del derecho de acceso a la información. Como sintetiza Viera-Gallo: “Entre las sentencias más importantes en esta materia, encontramos tres casos seguidos contra el Estado de Chile, referidos a la libertad de expresión y que inciden en la configuración del derecho de acceso a la información. El primero de ellos fue el caso de “La última tentación de Cristo”, de 5 de febrero de 2001, en que la Corte resolvió, entre otras cosas, que la censura cinematográfica previa establecida en la Constitución, violaba la libertad de expresión. El segundo caso fue “Palamara vs. Chile”, de 22 de noviembre de 2005, en el cual la Corte decidió que Chile atentaba contra la libertad de expresión al tipificar el delito de desacato. El tercer caso, y sin duda el más relevante, fue “Claude Reyes vs. Chile”, de 19 de septiembre de 2006, en que la Corte Interamericana por primera vez se refirió al derecho de acceso a la información pública, precisó su contenido y los principios que lo rigen”. Viera-Gallo Quesney, José Antonio, “El Tribunal Constitucional y el derecho de acceso a la información pública”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, segunda época, año I, N°1-2013, p.176 La Corte reconoce que la Convención Americana, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al proteger la libertad de expresión, no sólo asegura el derecho y libertad de expresar el propio pensamiento, sino también el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo índole [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes*, párr. 76; *Caso López Álvarez*, párr. 163; *Caso Ricardo Canese*, párr. 77; y *Caso Herrera Ulloa*, párr. 108]. Con ello, la Corte identifica al derecho de acceso a la información pública como un derecho implícito o inmerso en la libertad de expresión. Viera-Gallo, ob. cit. p. 177.

⁷¹ Organización de los Estados Americanos, *Los órganos de supervisión del derecho de acceso a la información pública. Compilación de informes temáticos contenidos en los Informes Anuales*

1.3. Obligación del Proyecto de satisfacer los mandatos constitucionales en materia de publicidad y acceso a la información pública.

Bajo el marco constitucional aplicable antes descrito, nace de manera ineludible para el legislador, la obligación de satisfacer ambos mandatos constitucionales, esto es, el principio constitucional de publicidad y el derecho fundamental de acceso a la información pública.

Se trata de una cuestión de la mayor relevancia para estos informantes en la medida en que éste será el parámetro de comparación, el cartabón, que, tanto los poderes colegisladores, como el Tribunal Constitucional, deben tener a la vista al momento de evaluar si el Proyecto se ajusta o no a la Carta Fundamental, en cuanto a dar plena satisfacción a ambos mandatos.

2. Ampliación de la Ley de Transparencia a las autonomías constitucionales.

2.1. La propuesta del Proyecto.

Como hemos descrito anteriormente, el Proyecto propone aumentar los sujetos obligados por la Ley de Transparencia, incorporando a las corporaciones y asociaciones municipales, así como a los órganos autónomos constitucionales.⁷² Asimismo, el Proyecto plantea la creación de Direcciones de Transparencia para cada uno de estos órganos, mediante la modificación de sus leyes orgánicas constitucionales respectivas. Estas Direcciones de Transparencia estarían integradas por 3 directores cada una, dos de los cuales serían designados por un nuevo órgano denominado “Comisión de Transparencia” y el restante por el presidente, jefe superior u órgano de dirección superior del órgano autónomo constitucional, según corresponda, a base de una nómina que elaborará el Consejo de Alta Dirección Pública.⁷³

2013 y 2014 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016, p. 13.

⁷² Modificación introducida al artículo 2°, inciso 4°: “El Congreso Nacional, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones se ajustarán a las disposiciones contenidas en la ley N° 20.285 y en sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente, cuando ello corresponda.” (también se incorpora el Banco Central y la Contraloría General de la República).

⁷³ Artículo décimo primero, inciso 2°.

En consecuencia, el Proyecto innova de manera relevante respecto del régimen existente al ampliar la extensión de las normas de transparencia a los órganos autónomos constitucionales, creando un sistema fragmentado, separado, distinto del régimen actual contenido en la Ley de Transparencia vigente.

La pregunta relevante para estos informantes dice relación con si acaso esta opción del legislador satisface o no los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública, este último como derecho fundamental.

Esta interrogante será contestada en definitiva en la sección 3 cuando formulemos conclusiones preliminares a este capítulo. Para ello, examinaremos, primero, el concepto de autonomía constitucional y cómo ha sido desarrollada en nuestra doctrina y jurisprudencia, dado que, a nuestro juicio, la propuesta regulatoria del Proyecto parece descansar en una interpretación excesivamente fuerte de la misma, que lo invita a apartarse del régimen general contenido en la actual Ley de Transparencia.

2.2. Sobre la autonomía constitucional. En especial respecto de las de naturaleza administrativa.

2.2.1. Precisiones conceptuales respecto de “autonomía” constitucional.

Como señala Cordero Quinzacara, la “autonomía” constitucional es una conceptualización que “adolece en nuestro derecho de una enorme imprecisión en cuanto a su alcance y sentido”.⁷⁴ Para precisar entonces su alcance y sentido, revisaremos lo que ha entendido la doctrina nacional en esta materia.

En efecto, el punto de partida consiste en clarificar la categorización que realiza la Carta Fundamental de los órganos del Estado. Así, con excepción del Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, debemos señalar que todos los demás órganos públicos están comprendidos dentro de la función ejecutiva: el Presidente de la República, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Contraloría General de la República, Fuerzas

⁷⁴ Eduardo Cordero Quinzacara, “La administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía”, Contraloría General de la República: *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Contraloría General de la República, pp. 15-33, p. 20.

Armadas y de Orden, Banco Central, Gobiernos Regionales, Municipales, Consejo Nacional de Televisión y las empresas públicas.

Bajo este contexto es, en principio, al Presidente de la República a quien corresponde fijar las políticas y directrices que han de guiar a todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, como también el que operen bajo la dependencia o tutela del Presidente.⁷⁵ Sin embargo, la propia Carta Fundamental establece que determinados órganos gozarán de autonomía, razón por la cual no estarán sometidos a dicha dependencia o tutela, como ocurre con la CGR, el Banco Central, el CNTV, entre otros.⁷⁶ Al mismo tiempo autoriza a que el legislador pueda crear órganos autónomos (art. 65 inc. 4 N° 2 CPR), siendo un caso paradigmático el CPLT.⁷⁷ De esta forma, nos encontramos con entidades que tienen una autonomía con rango constitucional y otras de naturaleza legal, haciendo excepción a lo dispuesto en el art. 24 de la CPR.⁷⁸

Respecto de las autonomías constitucionales, especialmente las de naturaleza administrativa, que son, en definitiva, objeto principal de nuestro interés, estas se caracterizan por los siguientes elementos de acuerdo a la doctrina especializada:

- i. La autonomía se proyecta como independencia funcional. En efecto, como señala Cordero Vega: "... la autonomía se ejerce respecto de las funciones y atribuciones que les encomienda la Constitución a cada uno de los órganos que tengan ese carácter. En efecto, el control preventivo de los actos administrativos que la Contraloría realiza, lo efectúa sin control de otro ente; nadie más puede intervenir en las actividades financieras que realiza el Banco Central, etc. Un elemento entonces, es la autonomía; otro es el ejercicio exclusivo de su competencia. Pero el ejercicio independiente de

⁷⁵ Cordero Quinzacara, ob. Cit., p. 17.

⁷⁶ Para el profesor Luis 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 ella misma creó con esas características, como una categoría diametralmente distinta a los organismos descentralizados. Estos servicios autónomos están al margen de los vínculos jurídicos administrativos, pues escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela; se autodeterminan, funcional y administrativamente, y sus directivos son autoridades inamovibles." Luis Cordero, "La autonomía constitucional", *La Semana Jurídica*, N° 34, 2001, p. 2.

⁷⁷ También se pueden considerar los casos del Consejo de Defensa del Estado y el Instituto Nacional de DD.HH.

⁷⁸ Cordero Quinzacara, ob. Cit., p. 18.

esta última es el núcleo de dicha autonomía. Ahí radica el vínculo entre autonomía y competencia”;⁷⁹

- ii. Cuentan con una potestad de autonormación (derivada y limitada), de naturaleza reglamentaria con habilitación constitucional, y cierta capacidad de auto-determinación funcional y administrativa.⁸⁰
 - a. Con todo, para Luis Cordero, la circunstancia que determinados organismos de la Administración sean autónomos, no significa que quedan al margen de la ley. “La autonomía sólo tiene como efecto desvincular al órgano de un centro de decisiones que condicione, dirija o planifique las funciones”, pero en caso alguno “importa un poder de autorregulación equivalente al legislador, el que condiciona, dirige o planifica la actividad de dicho organismo”.⁸¹
 - b. Asimismo, respecto del poder o potestad de autonormación en el específico campo de su competencia, Luis Parejo Alfonso sostiene que se trata de “...una cualidad de un sujeto, una organización, consistente en una cierta (derivada y limitada) capacidad de autorregularse”.⁸²
- iii. Supone, además, la existencia de órganos que forman parte de la Administración del Estado, pero cuya relación con el poder central o las máximas autoridades gubernativas es tenue o casi inexistente, lo cual le permite actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones. En muchos de estos casos, la entidad autónoma goza de personalidad jurídica y patrimonio propio, pero no es una condición esencial.⁸³

⁷⁹ Luis Cordero, “La autonomía constitucional”, *La Semana Jurídica*, N° 34, 2001, pp. 7-8.

⁸⁰ El profesor Zuñiga señala que: “A nuestro juicio, la autonomía constitucional de los órganos del Estado, designan un haz de “propios poderes” de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución. Tal haz de “propios poderes” importa un conjunto de funciones y atribuciones, que entrañan entre otros poderes jurídicos una potestad de autonormación, y el ejercicio de tales “poderes” con independencia en los cuadros orgánicos del Estado. Tal potestad de autonormación es de naturaleza reglamentaria (que se expresan en actos estatales típicos, a saber: autos acordados, resoluciones, acuerdos, instrucciones generales), de jerarquía infralegal e infrareglamentaria, pero situada en un campo de competencia normativa propio.” Francisco Zuñiga, “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias”, *Revista Ius et Praxis*, vol. 13, N° 2, 2007, pp. 229-230.

⁸¹ Luis Cordero, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago, legal Publishing, 2015, p. 555.

⁸² Citado en Zuñiga, ob. Cit., p. 228.

⁸³ Cordero Quinzacara, ob. Cit., p. 16. - Cordero Vega, siguiendo a Pantoja, señala que lo que

- iv. Gozan de una garantía institucional que debe ser respetada por el legislador en su núcleo esencial, lo que “supone una remisión al legislador para que regule y desarrolle normativamente la institución, pero le impone al mismo tiempo un límite, pues no le está permitido desfigurar o alterar las características esenciales que esta institución posee, privándola de todo sentido o eficacia. En definitiva, la garantía institucional sustrae de la competencia del legislador la facultad de eliminar la institución, aunque sin privarlo de la facultad de regularla”,⁸⁴
- v. Existen diversos grados o intensidades con las que la Carta Fundamental ha otorgado esta autonomía, lo que requiere efectuar un análisis caso a caso, evaluando su configuración, dado que no existe un modelo único, predeterminado;⁸⁵ y

Por lo demás, el constituyente derivado se ha basado en prácticamente los mismos elementos para conceptualizarlos en la relativamente reciente reforma constitucional que otorgó autonomía constitucional al Servel.⁸⁶

caracteriza a estas autonomías “es que nacen de la Constitución, se rigen por disposiciones en ellas contenidas y en sus leyes orgánicas constitucionales, y se encuentran al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos en la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, se autodeterminan funcional y administrativamente”. Cordero Vega, ob. cit., p. 4. Para el profesor Francisco Zuñiga “el reconocimiento constitucional de los órganos dotados de autonomía los sitúa en el mismo nivel que los demás órganos estatales creados directamente por el Poder Constituyente, lo cual impide homologarlo a los entes públicos originados a nivel legal y menos subordinarlo, en el cumplimiento de sus funciones, a las decisiones de estos organismos, especialmente cuando se trata de los que integran la Administración del Estado, ya que esto implicaría eliminar la jerarquía y desconocer la autonomía del organismo, la que resulta decisiva para que desempeñen sus funciones constitucionales y, de esta manera, contribuir a la consecución del bien común”. Zuñiga, ob. Cit., p. 230.

⁸⁴ Cordero Quinzacara, ob. Cit., p. 23.

⁸⁵ En efecto, “... siendo de especial interés la forma que asumen las autonomías constitucionales, debemos señalar que en su configuración se debe atender a diversos elementos que permitan cuantificar el grado o intensidad en que ha sido otorgada. De esta forma, el mero hecho de indicar que un órgano es autónomo no conlleva necesariamente a una suerte de asimilación a un modelo predeterminado [se omite nota]. En este caso, deben existir ciertos rasgos o elementos que permitan identificar dicha autonomía en la regulación legal, so pena que estas disposiciones puedan ser contrarias a la Constitución”. Cordero Quinzacara, ob. Cit., p. 24.

⁸⁶ El Mensaje de la Reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, Boletín N° 10.055-07, hoy Ley N° 20.860, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de octubre de 2015, pp. 3-4, las conceptualiza de esta forma. “Las autonomías constitucionales son aquellas consideradas por la misma Constitución e imponen una garantía institucional que sustrae de la

2.2.2. Estándares en la jurisprudencia del TC relativos a la forma en que debe entenderse la autonomía de los “órganos constitucionales autónomos”.

El TC ha configurado algunos **parámetros generales** para delimitar el concepto de autonomía de los órganos constitucionales (autónomos).

- i. **Ningún organismo es completamente autónomo.** “La CPR, como entodo sistema democrático complejo, establece varios y diversos controles externos al órgano autónomo. Ninguno de estos órganos es enteramente autárquico. Desde luego, para ninguno se consagra una autonomía financiera absoluta, pues todos requieren, en alguna medida, que sus presupuestos anuales o parte sustancial de ellos sean aprobados por el legislador; típicamente la CPR establece que las autoridades de muchos órganos autónomos sean generadas con la participación de la voluntad de los órganos elegidos por la ciudadanía; a veces, esos mismos órganos electos pueden remover a las autoridades de los entes autónomos, y así, a través de estos y otros mecanismos, la CPR no hace absoluto el valor de la autonomía, sino que lo morigera con los de legitimidad y control democráticos”.⁸⁷
- ii. **Los órganos que gozan de autonomía constitucional no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República.** El art. 24 CPR le confiere al Presidente de la República el gobierno y la administración del Estado, pero dentro de esa competencia no comprende ni puede comprender a los organismos autónomos que contempla la CPR, como la CGR, el BC y las Municipalidades. No puede desprenderse, de manera alguna que una

competencia del legislador la facultad de eliminar la institución, aunque sin privarlo de la facultad de regularla. Estos organismos presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos solo a la Constitución Política y a la ley que conforme a ella regula su organización, funcionamiento y atribuciones. Lo que caracteriza a estas autonomías es que nacen de la Constitución, se rigen por disposiciones en ellas contenidas y en sus leyes orgánicas constitucionales, y se encuentran al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos en la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, se autodeterminan, funcional y administrativamente. Ejemplos de este tipo de entidades en nuestro derecho son la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público y las Municipalidades”.

⁸⁷ STC 995, considerando 10°.

LOC haya podido modificar el art. 24 CPR que confiere al Presidente de la República el Gobierno y la Administración del Estado, y cuyo alcance ha sido precisado en los considerandos anteriores de esta sentencia, en el sentido de que tal facultad debe necesariamente ejercerse dentro del marco que la CPR y las leyes dictadas conforme a ella estatuyen y con las limitaciones que establece; y que por lo mismo, en ningún caso, puede comprender a los organismos autónomos que contempla la CPR, como la CGR, el BC y las Municipalidades.⁸⁸

Por otra parte, el TC ha definido algunos **parámetros específicos** para evaluar bajo qué hipótesis se podrían ver afectadas las autonomías constitucionales de naturaleza administrativa en función del cumplimiento del mandato constitucional del principio de publicidad y/o el ejercicio de las potestades del CPLT entregadas por la Ley de Transparencia. A nuestro juicio, son los siguientes:

- i. **Las normas generales que dicte el CPLT no son vinculantes para los organismos autónomos.** Se debe respetar, en cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la CPR ha asignado a ciertos órganos del Estado como la CGR, el BC, el MP, el TC y el TRICEL, la autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva. Por lo que las normas generales que dicte el CPLT en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales, no son vinculantes para estos organismos, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía e independencia que la CPR les ha conferido.⁸⁹

- ii. **Es constitucional el inciso segundo del nuevo artículo 155 de la Ley Orgánica de la CGR,⁹⁰ en el entendido de que a aquél no se le aplica lo**

⁸⁸ STC 78, considerandos 13° a 24°.

⁸⁹ STC 1051, considerandos 35° a 38°, 41° a 44°, 47°, 48° y 53°.

⁹⁰ Artículo 155.- La Contraloría General de la República se rige por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

La publicidad y el acceso a la información de la Contraloría General se regirán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la ley citada en el inciso anterior: Título II, Título III y artículos 10 al 22 del Título IV.

dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia,⁹¹ “que reconoce a cualquier persona el derecho a presentar un reclamo ante el Consejo para la Transparencia, “si alguno de los organismos de la administración”, no mantiene a disposición permanente del público a través de sus sitios electrónicos y actualizados, al menos, una vez al mes, los antecedentes que se individualizan en el artículo 7° de la misma legislación”).⁹² **En idéntico sentido respecto del Banco Central.**⁹³

- iii. **En virtud de su autonomía, es inconstitucional que el BC adopte normas que dicte el CPLT.** La norma que obliga al BC a *adoptar* las normas generales que dicte el CPLT es inconstitucional, ya que desconoce la autonomía de dicho órgano del Estado, contrariando los términos consagrados en el art. 108 CPR, debido a que esa norma lleva implícita la idea de que el BC debiera acatar las normas generales que dicte en la materia un órgano que forma parte de la Administración del Estado: el CPLT.⁹⁴

2.2.3. Valioso precedente reciente de la Excma. Corte Suprema respecto de los estándares de transparencia aplicables a la CGR: las opiniones y documentos que fundan toma de razón son públicos.

A nuestro juicio conviene destacar una sentencia reciente de la Excma. Corte

Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida o denegada la petición por alguna de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. En la misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, el que se instruirá conforme a su respectiva ley orgánica. Las sanciones por infracción a las normas de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, serán las consignadas en dicha ley.

El Contralor, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley”. (El subrayado es nuestro).

⁹¹ “Artículo 8°.- Cualquier persona podrá presentar un reclamo ante el Consejo si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito en el artículo anterior. Esta acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes”.

⁹² STC 1051, considerandos 36° y 37°.

⁹³ STC 1051, considerando 41°.

⁹⁴ STC 1051, considerandos 49° a 54°.

Suprema la que, a comienzos de este año –en sede de queja contra sentencia de la quinta sala de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago que acogió reclamo de ilegalidad entablado por una empresa contra la CGR, solicitando que se deben proporcionar los documentos requeridos donde constan las opiniones funcionarias relacionadas con una resolución MOP que fue tomada razón–, rechazó el recurso de la CGR, sobre la base de los siguientes argumentos:

- i. Sintetizando la opinión de la Corte de Apelaciones, sostuvo como correcto que: “... aunque las opiniones vertidas por los funcionarios en dicho proceso no sean vinculantes, forman parte del control preventivo de legalidad y es por ello que el interesado tiene derecho a conocer su contenido, más aún cuando hizo presentaciones acerca de la eventual representación del acto, solicitud que no tuvo pronunciamiento oficial alguno del órgano... a pesar de tratarse la toma de razón de una facultad privativa del Contralor, sus fundamentos no están amparados por secreto o reserva alguna, de manera que pueden ser conocidos por quien lo requiera”;⁹⁵
- ii. “Que, a la luz de las normas transcritas [art. 8° inc. 2 CPR; arts. 5° inc. 2, 10 y 11 letra c) de la Ley de Transparencia] y tal como viene resuelto, la información solicitada forma parte del procedimiento que culmina con el trámite administrativo de la toma de razón y, a mayor abundamiento, se trata de datos elaborados con fondos públicos y relativos al ejercicio de la función pública, respecto de las cuales no se aparejaron en autos elementos de juicio suficientes para comprobar de manera fehaciente que se encuentran protegidos por alguna causal de reserva o secreto”;⁹⁶
- iii. “... la información no constituye meras deliberaciones previas a la adopción de una resolución en los términos del artículo 21 N° 1 letra b) de la Ley N° 20.285, sino verdaderos hitos del proceso que culminó en la toma de razón, circunstancia que confirma, al tenor del citado artículo 5°, su carácter público y el derecho de la empresa afectada a tomar conocimiento de ella”.⁹⁷

En síntesis, se trata de un precedente valioso en la medida en que la Excma. Corte Suprema sienta el básico pero trascendente principio de que, a la luz del principio

⁹⁵ SCS, Rol N° 36.587-2017, 22 de enero de 2018, considerando 2°.

⁹⁶ Id. Considerando 8°.

⁹⁷ Id.

constitucional de publicidad consagrado en el art. 8 inc. 2 CPR y otras normas relevantes de la Ley de Transparencia, los documentos y opiniones vertidas por funcionarios del ente contralor, que informan el proceso de toma de razón, son públicos.

2.3. Acerca de las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional y el Congreso Nacional.

Hasta acá, y como será explicitado en la sección de conclusiones a este capítulo, la autonomía constitucional no puede ser concebida como un principio que inhiba o pueda matizar los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública respecto de órganos constitucionales de naturaleza administrativa.

Ahora bien, podría existir dudas acerca de si estos mandatos admiten alguna graduación o matiz respecto de autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional, esto es, el Poder Judicial, el TC, la Justicia Electoral; y, por otro lado, el Congreso Nacional. A continuación, intentaremos fijar algunos límites que operen como directrices orientativas en esta materia a la luz del Derecho Comparado.

2.3.1. Órganos autónomos de naturaleza jurisdiccional.

(1) Marco legal aplicable y parámetros en la jurisprudencia del TC.

Sin perjuicio de otras normas procesales,⁹⁸ el Código Orgánico de Tribunales establece en materia de publicidad las siguientes reglas:

- i. Art. 9° “Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.
- ii. Art. 63. “Las Cortes de Apelaciones conocerán: 1° En única instancia...e) De las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal, para

⁹⁸ Por ejemplo, el Código Procesal Penal consagra en art. 19 diversas reglas asociadas a solicitudes de información por parte del Ministerio Público y los tribunales con competencia penal a otros órganos del Estado, regulando también hipótesis de reserva o secreto. Por su parte, el art. 289 regula el principio de publicidad del juicio oral, estableciendo el art. 294 la sanción por su infracción y en el art. 374 letra d) una hipótesis de nulidad absoluta asociada a tal infracción.

declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información, siempre que la razón invocada no fuere que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional”.

Por su parte, el art. 4° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional dispone que: “Son públicos los actos y resoluciones del Tribunal, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice. Sin embargo, el Tribunal, por resolución fundada acordada por los dos tercios de sus miembros, podrá decretar reservados o secretos determinados documentos o actuaciones, incluidos los documentos agregados a un proceso, con sujeción a lo prescrito en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución”.

También parece relevante señalar algunos lineamientos que el TC ha entregado en esta materia, especialmente en STC Rol N° 1051-2008, tantas veces citado. En efecto, respecto de las reglas que en materia de transparencia el legislador dictó con la Ley N° 20.285 respecto del Poder Judicial y los tribunales especiales,⁹⁹ y el Ministerio Público, Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral,¹⁰⁰ el TC declaró

⁹⁹ “Artículo octavo.- Los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

Los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente mediante sus propios sitios electrónicos o en los de el o de los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio.

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

Las sentencias o resoluciones mencionadas en el inciso precedente se publicarán dentro de cinco días de que éstas queden ejecutoriadas”. (El subrayado es nuestro).

¹⁰⁰ “Artículo noveno.- El Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral se rigen por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

La publicidad y el acceso a la información de las instituciones mencionadas en el inciso

una serie de normas constitucionales “en el entendido que”, destacando los siguientes parámetros:

- i. **No resulta aplicable al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, ni al Tribunal Calificador de Elecciones lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia.** “... por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, como los recién mencionados, y que se proyecta en una triple dimensión -organizativa, institucional y normativa- implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”.¹⁰¹
- ii. **La reclamación ante la CA, después de vencido el plazo de la solicitud de información a un organismo público, es constitucional, en el entendido de que ella no es aplicable al TC ni a los tribunales que integran la justicia electoral, toda vez que dichos órganos jurisdiccionales especializados se rigen por sus propios estatutos constitucionales.** Por consiguiente, no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al

precedente se regirán, en lo que fuere pertinente, por las siguientes normas de la ley citada en el inciso anterior: Título II, Título III y los artículos 10 al 22 del Título IV.

Vencido el plazo legal para la entrega de la información requerida o denegada la petición por algunas de las causales autorizadas por la ley, el requirente podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado. En la misma resolución, la Corte podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, el que se instruirá conforme a sus respectivas leyes orgánicas. Con todo, las sanciones que se impongan por infracción a las normas de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, serán las contenidas en dicha ley.

El Fiscal Nacional o el Presidente del Tribunal Constitucional, mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.

En el caso de la Justicia Electoral, las disposiciones consignadas en el inciso anterior se establecerán mediante auto acordado del Tribunal Calificador de Elecciones o auto acordado de cada Tribunal Electoral Regional, que se publicará, respectivamente, en el Diario Oficial y en el diario regional que corresponda”. (Los subrayados son nuestros).

¹⁰¹ STC 1051, considerando 44°.

escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la CS, como es una CA. Por lo demás, el debido acatamiento de ellos al principio de publicidad y transparencia consagrado en el art. 8° CPR se satisface adecuadamente con la divulgación de sus resoluciones jurisdiccionales y de otros antecedentes relevantes de su quehacer.¹⁰²

- iii. Las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia, en ejercicio de sus potestades legales, no son vinculantes para el Ministerio Público, para el Tribunal Constitucional ni para el Tribunal Calificador de Elecciones, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía e independencia que la Constitución Política les reconoce a los mismos organismos.¹⁰³**

Junto con estos parámetros también parece relevante destacar la disidencia de los ministros Vodanovic y Correa de declarar la constitucionalidad del artículo noveno del proyecto, “sin el mencionado entendido”, difiriendo de lo razonado en considerando 46°, sobre la base de un conjunto de argumentaciones que resultan pertinentes poner sobre la mesa:

- i. No es posible encontrar en los registros de los debates o en la iniciativa del proyecto alguna justificación a este trato diverso que se brinda a diversos órganos igualmente autónomos respecto de las obligaciones a que quedan sometidos para cumplir con el principio de transparencia.¹⁰⁴

¹⁰² STC 1051, considerando 46°.

¹⁰³ STC 1051, considerando 48°.

¹⁰⁴ “Que el proyecto de ley en examen somete a algunos de los órganos constitucionales autónomos que contempla la Constitución al principio de la transparencia y hace regir a su respecto, en lo que fueren pertinentes, las normas contenidas en el Título II, Título III y artículos 10 al 22 del Título IV. Así lo disponen, en normas de idéntico o muy similar tenor, los artículos QUINTO, respecto de la Contraloría General de la República, SÉPTIMO para el Banco Central, y NOVENO respecto del Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral. Por su parte, el artículo SEXTO obliga al Congreso Nacional al principio de transparencia, aunque, a diferencia de los casos antes enumerados, no lo somete a las reglas de los títulos ya referidos. Por su parte, y a diferencia de los casos anteriores, para el Poder Judicial y otros tribunales dispone una regla diversa: el artículo OCTAVO, en su inciso primero, obliga a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial a mantener a disposición permanente del público los antecedentes indicados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado; mientras en su inciso segundo dispone que los demás tribunales especiales y órganos que ejercen jurisdicción deben cumplir igual obligación y precisa el modo en que deben hacerlo. No es posible encontrar en los registros de los debates o en la iniciativa del proyecto alguna justificación a este trato diverso que se brinda a diversos órganos igualmente autónomos respecto de las obligaciones a que quedan sometidos para cumplir con el

- ii. La ley somete a órganos que la Constitución establece como autónomos, al control heterónomo de otro órgano del Estado, como es la Corte de Apelaciones, para efectos de que ésta resuelva los reclamos que los particulares puedan tener acerca de las decisiones que esos órganos autónomos adopten respecto de la entrega de información. En cambio, la ley no establece posibilidad alguna de reclamo ni de control heterónomo cuando esa decisión la adopta el Congreso Nacional o un tribunal ordinario o especial.¹⁰⁵
- iii. La autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control interórganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial. A juicio de estos disidentes, ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia por la instauración de un control heterónomo en materia de publicidad de sus actos.¹⁰⁶

principio de transparencia. Particularmente difícil resulta entender la diferencia que se hace respecto de los Tribunales, que forman o no parte del Poder Judicial, los que sólo quedan obligados a publicar sus resoluciones y demás antecedentes relevantes en sus sitios electrónicos, mientras que el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral quedan obligados por las normas de los Títulos II, III y IV; STC 1051, disidencia Vodanovic y Correa referida, considerando 1°.

¹⁰⁵ “De ese modo, el proyecto en examen somete a unos órganos constitucionalmente autónomos al control de los Tribunales, para asegurar el cumplimiento de las normas de transparencia, mientras a otros les respeta enteramente su autonomía para resolver al respecto...¹⁰⁵ Que para explicarse este trato diverso entre los órganos del Estado, el debate legislativo no ayuda...”. Id., considerando 3°.

¹⁰⁶ “Ninguno de los diversos y desiguales estatutos consagrados para los distintos órganos constitucionalmente autónomos vulnera por sí mismo la Carta Fundamental. Si bien un control heterónomo, como el que se instaura respecto del Banco Central, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público y la Justicia Electoral, irá en desmedro de su autonomía, no les afecta en el cumplimiento de aquellas funciones que les son propias y que la Carta Fundamental les encarga. La autonomía constitucional exige que estos órganos estén en condiciones de ejercer sus funciones constitucionales con plena independencia y libres de injerencias de terceros. En esas materias, cualquier sometimiento a la superintendencia de otro poder sería inconstitucional. Sin embargo, tal autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control interórganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial. A juicio de estos disidentes, ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia por la instauración de un control heterónomo en materia de publicidad de sus actos. La limitación a la autonomía persigue, a su vez, una finalidad que también tiene

Finalmente, más allá de STC 1051-2008, el TC ha sostenido que el principio de fundamentación de las resoluciones judiciales no está consagrado expresamente en la CPR, pero se infiere de la interpretación sistemática.¹⁰⁷

(2) Elementos de Derecho Comparado.

A la luz de la experiencia del Derecho Comparado, parece pacífica la distinción entre el ámbito de ejercicio de funciones administrativas por parte de órganos de naturaleza jurisdiccional que, estarán, en consecuencia, sujetos al régimen general de transparencia y acceso a la información pública de aquel otro, estrictamente jurisdiccional, que no formará parte de dicho sistema.¹⁰⁸ En este sentido, del examen del derecho comparado en este punto específico, Blanke y Perlingeiro dan cuenta de que quedan excluidos del régimen de transparencia aspectos tales como el proceso de selección, promoción y de disciplina a los jueces.¹⁰⁹

Veamos algunos ejemplos específicos en el Derecho Comparado acerca de cómo opera el régimen de transparencia respecto de órganos jurisdiccionales:

- i. El artículo 15.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFEU”, en inglés) dispone que “A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y

jerarquía constitucional, como es la transparencia, bien que aparece instituido entre las bases esenciales del ordenamiento jurídico chileno. Los poderes colegisladores han decidido que el valor de la transparencia debe alcanzarse aun a costa de que órganos constitucionalmente autónomos se sometan a un control externo, en esta sola materia y con los alcances ya referidos. Para las propias actuaciones del Congreso Nacional no lo han estimado así, sin que sea posible reconocer la razón de ese diverso trato en el debate legislativo. Del momento en que, como se ha razonado, ninguno de los dos estatutos vulnera la Carta Fundamental, la opción entre el detrimento al principio de probidad y el de la autonomía se mantiene en el ámbito de las opciones de mérito que la Carta Fundamental contempla y no cabe a este Tribunal hacer reproches de constitucionalidad”. Id., considerando 5°.

¹⁰⁷ La obligación de motivar las sentencias judiciales no tiene consagración expresa en nuestra CPR, pero sí puede inferirse de la aplicación conjunta y sistemática de varios preceptos. Así el art. 76 se refiere a los “fundamentos” de las resoluciones judiciales; el art. 8° destaca la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos; el art. 19, N° 3, señala que toda sentencia debe “fundarse” en un proceso previo, y el art. 6° establece implícitamente la exigencia de argumentar las decisiones jurisdiccionales. Esta obligación o principio sí encuentra consagración en nuestra legislación procesal. STC 1837, considerandos 6° y 7°.

¹⁰⁸ Ver Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 14.

¹⁰⁹ Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 27.

organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura”, puntualizando, más adelante, en el 15.3 que “... El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas”.¹¹⁰ En otras palabras, y de acuerdo a la interpretación oficial de los órganos de la UE, esta norma implica que la Corte de Justicia de la UE está sujeta a las reglas generales de acceso a documentos por parte del público, pero sólo cuando ejerza funciones administrativas.¹¹¹ La propia Corte se pronunciará en esta materia. Primero, en el caso *API*,¹¹² y de manera más específica, sentando en 2012 reglas precisas de acceso del público a los documentos generados en el ejercicio de esta función administrativa.¹¹³ Lo anterior tiene una doble importancia: junto con fijar el ámbito de acceso a la documentación en el ejercicio de funciones administrativas por parte de la Corte, el precedente de *API* opera como una regla de exclusión en el sentido de que el camino del acceso a la información pública no es el idóneo para acceder a documentos en el contexto de procesos judiciales pendientes, tanto porque pueden afectar el procedimiento mismo, como ejercer presión indebida en la deliberación de la Corte.¹¹⁴ Con todo, dicha presunción general de confidencialidad cede ante el paso del tiempo, con el término del proceso, dado que el objetivo de

¹¹⁰ Ver la versión consolidada en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12008E015:EN:HTML>

¹¹¹ Directorate-General for internal policies, European Parliament, *Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU*, 2016, p. 12. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>

¹¹² En los casos C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P (Association de la presse internationale ASBL (API), sostuvo que “It is clear, both from the wording of the relevant provisions of the Treaties and from the broad logic of Regulation N° 1049/2001 and the objectives of the relevant EU rules, that judicial activities are as such excluded from the scope, established by those rules, of the right of access to documents” (para. 79); “the exclusion of judicial activities from the scope of the right of access to documents, without any distinction being drawn between the various procedural stages, is justified in the light of the need to ensure that, through the court proceedings, the Exchange of argument by the parties and the deliberations of the Court in the case before it take place in an atmosphere of total serenity” (para. 92); “there should be a general presumption that disclosure of the pleadings lodged by one of the institutions in court proceedings would undermine the protection of those proceedings... while those proceedings remain pending” (para. 94); y “the effectiveness of the exclusion of the Court of Justice from the institutions to which the principle of transparency applies... would be largely frustrated” (para. 95).

¹¹³ Decision of the Court of Justice of the European Union of 11 December 2012 concerning public Access to documents held by the Court of Justice of the European Union in the exercise of its administrative functions (2013/C 38/02). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013D0209\(02\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013D0209(02)&from=PL)

¹¹⁴ Directorate-General for internal policies, European Parliament, ob. Cit, p. 13.

proteger el proceso mismo ya se ha cumplido y en consecuencia la presunción general no se aplica.¹¹⁵

- ii. Sin perjuicio de lo anterior, la práctica de diversos tribunales internacionales, como también de los estados miembros de la UE da cuenta que estos bienes no se ven necesariamente afectados por una regla de acceso amplio a documentos judiciales que además considere excepciones específicas y limitadas. Asimismo, se estima que ello puede ser un aporte en darle mayor legitimidad democrática y ciudadana a las cortes.¹¹⁶
- iii. En Francia, la Ley sobre libertad de información obliga a revelar los documentos celebrados por organismos públicos ejerciendo una función administrativa. Con todo, no puede obtenerse acceso a los documentos en poder de las Cortes que tengan relación con su función judicial, o relacionados directamente a procesos judiciales o que no pueden ser aislados de esos procedimientos, documentos judiciales relacionados con estado civil y los documentos de asambleas parlamentarias.¹¹⁷
- iv. En Alemania se sigue el mismo régimen respecto del acceso a documentos en poder de los tribunales de justicia, dado que se estima que su divulgación, en medio del proceso, puede afectar la independencia judicial y el derecho al debido proceso.¹¹⁸
- v. En el caso español, igualmente, el régimen de transparencia se aplica a todas las Administraciones Públicas, y también a los órganos del Poder Legislativo y Judicial “en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”.¹¹⁹ Asimismo, resulta interesante mencionar que el Consejo General del Poder Judicial hizo público el «Protocolo de integración de la gestión de solicitudes de información de los ciudadanos en el

¹¹⁵ Bogdana Neamtu y Dacian Dragos, “Freedom of Information in the European Union: Legal Challenges and Practices of EU Institutions”, Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, p. 44.

¹¹⁶ Directorate-General for internal policies, European Parliament, ob. Cit., pp. 13-14.

¹¹⁷ Marique y Slautsky, ob. cit., p. 85. Ver también Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille “A Brief Comparative Outlook on the Regulation of Parties, Procedure, and Exceptions in Different FOIAs”, Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, p. 633.

¹¹⁸ Dragos, Kovac y Marseille, ob. Cit., p. 634.

¹¹⁹ Ley N° 19/2013, artículo 2°, 1 letra f).

funcionamiento de la organización interna del Consejo General del Poder Judicial» (de 9 de diciembre de 2014), en el que afirma rotundamente que «el acceso a la información pública es un derecho fundamental de carácter universal». Asimismo, ha llevado al Consejo a no exigir la identificación del solicitante de la información, apartándose así de lo que dispone el artículo 17.2.a) de la Ley 19/2013.¹²⁰

- vi. Finalmente, Brasil también ha sido destacado como ejemplo en el Derecho Comparado de un modelo en que tanto los tribunales de justicia como el Parlamento están sujetos al régimen de transparencia, pero sólo en la dimensión administrativa (e.g., contratación pública, uso de recursos fiscales, etc.).¹²¹

2.3.2. Régimen aplicable al Congreso Nacional.

(1) Marco legal aplicable y parámetros en la jurisprudencia del TC.

La Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional dispone la siguiente regulación en materia de transparencia, coherente con la regla del artículo sexto¹²² de la Ley N° 20.285:

- i. Artículo 4°.

“Cada Cámara tendrá la facultad privativa de dictar sus propias

¹²⁰ José Luis Piñar “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, N° 49, diciembre 2014, p. 8.

¹²¹ Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 14. Ver también Ana Paula de Barcellos, “Access to Government Information under Brazilian Law N° 12.527 of 18 November 2011”, en Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro: *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018, pp. 525-542.

¹²² “Artículo sexto.- El Congreso Nacional se rige por el principio de la transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

Las Cámaras deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, en lo pertinente.

Deberán especialmente publicar, además, la asistencia de los parlamentarios a las sesiones de Sala y de comisiones, las votaciones y elecciones a las que concurran y las dietas y demás asignaciones que perciban.

Los reglamentos de ambas Cámaras consignarán las normas que cautelen el acceso del público a la información de que trata este artículo”.

normas reglamentarias para regular su organización y funcionamiento interno.

Las Cámaras establecerán en sus reglamentos las disposiciones que cautelen el acceso del público a la información, de conformidad al artículo sexto de la ley N° 20.285.

Los referidos reglamentos deberán señalar las autoridades u organismos internos encargados de responder las consultas que se formulen y el procedimiento a que se sujetarán los reclamos. Sin perjuicio de las causales establecidas en esta ley, se podrá denegar la entrega de información en virtud de las señaladas en los artículos 21 y 22 de Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado, contenida en el artículo primero de la ley N° 20.285.

Las reclamaciones se resolverán en única instancia por la Comisión de Ética y Transparencia del Senado o de la Cámara de Diputados, según corresponda. Lo dispuesto en los artículos 24 a 30 y 33 de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado no se aplicará al Congreso Nacional ni a sus servicios comunes.

Corresponderá a la Comisión de Biblioteca o, en su caso, a la Comisión Bicameral a que se refiere el inciso cuarto del artículo 2º, resolver, en única instancia, los reclamos que se formulen por estas materias en contra de la Biblioteca del Congreso Nacional o de los demás servicios comunes.

ii. Artículo 5º A.-

“Los diputados y senadores ejercerán sus funciones con pleno respeto de los principios de probidad y transparencia, en los términos que señalen la Constitución Política, esta ley orgánica constitucional y los reglamentos de ambas Cámaras.

... El principio de transparencia consiste en permitir y promover el conocimiento y publicidad de los actos y resoluciones que adopten los diputados y senadores en el ejercicio de sus funciones en la Sala y en las comisiones, así como las Cámaras y sus órganos internos, y de sus fundamentos y de los procedimientos que utilicen.

Las sesiones de las Cámaras, los documentos y registros de las mismas, las actas de sus debates, la asistencia y las votaciones serán

públicas.

Serán públicas los acuerdos adoptados por las comisiones, así como los antecedentes considerados en sus sesiones y la asistencia de los parlamentarios e invitados a las sesiones de las mismas. Al término de cada sesión de comisión se informará resumidamente de lo anterior. La misma regla se aplicará a los comités parlamentarios.

Los informes de comisión serán públicos desde que queden a disposición de la respectiva Sala. Dichos informes darán cuenta de los asistentes a sus sesiones, de sus debates, de los antecedentes y documentos considerados, de los acuerdos alcanzados y sus fundamentos esenciales y del resultado de las votaciones, debidamente individualizadas.

Las sesiones de comisión se realizarán sin la asistencia de público, salvo acuerdo en contrario adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros.

Los materiales de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor, no serán públicos.

Cuando la publicidad de las sesiones y de los antecedentes considerados por la Sala y las comisiones afectaren el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional, el Presidente de la respectiva Corporación o comisión, con el voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, en el primer caso, o de los dos tercios de los integrantes de la comisión, en el segundo, podrá declarar el secreto dejando constancia de los fundamentos de tal declaración. En todo caso, no serán públicas las sesiones y votaciones del Senado en que se resuelvan rehabilitaciones de ciudadanía.

Las sesiones, documentos, antecedentes, actas y votaciones serán siempre secretos cuando se refieran a asuntos cuya discusión, en esa calidad, haya solicitado el Presidente de la República, en conformidad con el número 15º del artículo 32 de la Constitución Política de la República.

Cada Cámara deberá tener una Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria encargada de velar, de oficio o a petición de un parlamentario, por el respeto de los principios de probidad, transparencia y acceso a la información pública, y de conocer y sancionar las faltas a la ética parlamentaria de los miembros de sus respectivas Corporaciones. Cada Cámara elegirá a los integrantes de estas comisiones por los tres

quintos de sus miembros en ejercicio. No podrán formar parte de ellas los miembros de la Mesa de cada Corporación. La comparecencia ante dichas comisiones será obligatoria para el senador o diputado que hubiere sido citado, previo acuerdo adoptado por los dos tercios de sus integrantes, en sesión especialmente convocada al efecto. Los reglamentos de cada Cámara deberán establecer el procedimiento mediante el cual se elegirá a sus integrantes, los tipos de amonestación y el monto de las multas que podrán imponer y el quórum para sesionar y adoptar sus acuerdos y resoluciones, los que serán públicos cuando tengan el carácter de definitivos o así lo acuerde la comisión”.

En esta materia, el TC ha fijado algunos parámetros relevantes en su jurisprudencia:

- i. **Legitimó la distinción realizada en el artículo 5°A de su LOC respecto de la publicidad de ciertos antecedentes vinculados a la elaboración de la ley.** “Que esta razón es consistente con otras restricciones a la publicidad, tanto en el Congreso Nacional como en los tribunales colegiados. En efecto, esta Magistratura legitimó que en la Ley Orgánica del Congreso Nacional (artículo 5° A) se hiciera un distingo respecto de la publicidad de ciertos antecedentes vinculados a la elaboración de la ley. Por una parte, las sesiones de las cámaras, los documentos y registros de las mismas, las actas de sus debates, la asistencia y las votaciones son públicas. Por la otra, no son públicos *“los materiales de registro de las secretarías de las comisiones y de los comités parlamentarios, tales como grabaciones, apuntes u otros instrumentos de apoyo a esa labor”*. Esta Magistratura consideró que ese precepto era constitucional; aunque le formuló una precisión: en el entendido que sólo se refiere a los insumos necesarios para que tanto las comisiones como los comités parlamentarios puedan tomar las decisiones que les correspondan en ejercicio de sus funciones (STC 1602/2010). Lo mismo se observa en los tribunales colegiados. Estos celebran sus acuerdos privadamente (artículo 81, Código Orgánico de Tribunales)”.¹²³
- ii. **Todo lo que tenga que ver con la publicidad, vía derecho de acceso, durante la preparación de los proyectos de ley o fase pre legislativa,**

¹²³ STC 2246-2012, considerando 24°.

afecta negativamente el ejercicio de la potestad legislativa del Presidente de la República.¹²⁴ A esta conclusión llegó el TC sobre la base de los siguientes razonamientos:

- a. “Los anteproyectos de ley se distinguen, desde luego, porque son un borrador de una iniciativa de ley. Como tal, es un escrito que se puede cambiar infinitas veces, porque por definición es provisional. Sólo cuando se transforma en proyecto de ley adquiere el carácter definitivo y completo. Eso sucede cuando el Ejecutivo lo ingresa a la Oficina de Partes de la Cámara respectiva del Congreso. Ahí se transforma de anteproyecto en proyecto... Otra característica de los anteproyectos es que su acceso es restringido, aun dentro del Ejecutivo... Finalmente, el contenido de un anteproyecto y la oportunidad de su ingreso, son discrecionales”.¹²⁵
- b. “Que, entonces, el conocimiento singular, por una persona determinada, de los antecedentes vinculados a un anteproyecto de ley, constituye un privilegio, pues se trata de una información aún no divulgada, cuyo conocimiento puede influir de diversa manera, por lo decisivo del dato. Acceder a esta información sería una ventaja estratégica. Lo anterior explica que cuando se difunden, de manera reglada, en otros países anteproyectos de normas legales, no se hace a favor de un sujeto específico, sino de modo general. Todas las personas obtienen la información. Además, se regula la posibilidad de formular observaciones, con la ponderación consiguiente de dichas respuestas”.¹²⁶
- c. “Que... el conocimiento singular de un anteproyecto por un particular, sería una desconsideración con el Congreso, que es el destinatario final de los proyectos de ley. Una vez que el Gobierno decida el envío del anteproyecto, éste gozará de máxima publicidad”.¹²⁷
- d. “Que... hay que considerar también que la potestad legislativa en nuestro sistema constitucional no es de los Ministros de Estado. En efecto, cuando ña Constitución aborda los distintos aspectos de esta potestad, siempre lo hace mencionando al Presidente de la

¹²⁴ STC 2246-2012, considerando 89°.

¹²⁵ STC 2246-2012, considerando 85°.

¹²⁶ STC 2246-2012, considerando 86°.

¹²⁷ STC 2246-2012, considerando 87°.

República”.¹²⁸

Finalmente, no podemos dejar de destacar en esta materia **el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional a fin de asegurar el acceso a la información pública**, Boletín N° 12.318-07, recientemente ingresado a tramitación legislativa, y patrocinado por un grupo transversal de diputados, que 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 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.¹²⁹

A nuestro juicio se trata de un precedente legislativo muy importante, tanto por su propuesta como por el diagnóstico que ofrece. En efecto:

- i. Destaca positivamente la Ley de Transparencia como un “salto cualitativo en relación al estado anterior” en esta materia, resaltando que “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”,¹³⁰
- ii. Como elemento crítico, y antecedente fundamental de la iniciativa, destaca la forma deficitaria con la que la Ley de Transparencia aborda la regulación de publicidad del Congreso Nacional. Vale la pena examinar en profundidad la argumentación propuesta:

“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 del Congreso Nacional, contiene referencias a la Ley

¹²⁸ STC 2246-2012, considerando 88°.

¹²⁹ Ver Idea matriz, pp. 3-4.

¹³⁰ Ver Fundamentos, p. 2.

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.¹³¹ (El destacado es nuestro).

- iii. Proponen como ideal regulativo, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, cuerpo normativo, sostienen, del cual “se puede colegir, sin lugar a dudas, que toda ley de transparencia y acceso a la información pública, debe tener un alcance amplio, obligando a “todas las ramas del gobierno (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial)”, dado que “no resulta sostenible que el Congreso Nacional se reste del estándar que él mismo exige al resto de los órganos del Estado. Resulta imperioso ajustar no solo la norma, sino también las prácticas, las que deben ser concordantes con un Estado Democrático, dejando atrás todo viso de secreto y privilegio”.¹³²

En suma, se trata de un precedente valioso que razona en forma similar a la argumentación central ofrecida por este informe:

- i. Da cuenta de lo irregular que tanto el Congreso Nacional, pero otras autonomías constitucionales, hayan quedado exentas de entrar íntegramente al régimen general de transparencia y, en cambio, las normas de transparencia sean pocas y de baja densidad;

¹³¹ Id., pp. 2-3.

¹³² Id., p. 3.

- ii. A la luz de sus argumentos, no parece existir fundamento alguno que permita justificar la necesidad de fragmentar el régimen general de transparencia como lo propone el Proyecto de gobierno objeto de análisis por parte de estos informantes, estableciendo en las autonomías constitucionales direcciones de transparencia en lógica autónoma, “balcanizada”. Se trata de una mirada que se opone frontalmente a la lógica del proyecto de ley de estos diputados, aunque no sea explícito;
- iii. El CPLT es percibido por este grupo transversal de diputados como un supervisor y autoridad en materia de transparencia que ha cumplido de manera efectiva con su rol institucional, al que se potencia mediante esta iniciativa, considerándose pilar de una legislación de transparencia que ha sido positiva; y
- iv. Resalta como ideal regulativo el propuesto en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública que, como veremos en el próximo capítulo, tiene, a su vez, como ideal regulativo el CPLT (al igual que la agencia mexicana), a los que invita a seguir al resto de los países de la región.

(2) Elementos de Derecho Comparado.

Como hemos sostenido anteriormente, destacan las definiciones que toma el modelo de la Unión Europea y otros en la legislación comparada respecto de los Parlamentos, la que, en su actuación administrativa, queda sujeta al régimen general de transparencia.

En efecto, en el Parlamento UE se ha realizado una distinción interesante; ha definido en sus Reglas de Procedimiento el concepto de “documento parlamentario”, que incluye todo documento redactado y recibido por los parlamentarios, los órganos, comités y delegaciones, y por la Secretaría, los que quedan bajo el régimen general de transparencia. Ello excluye documentos redactados por otros miembros del Parlamento o por grupos políticos, incluyendo documentos de terceros, que se excluyen de tal regulación.¹³³

¹³³ Neamtu y Dragos, ob.cit., p. 44.

3. Conclusiones preliminares al Capítulo: ¿satisface el Proyecto los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública?

A la luz de lo desarrollado en el presente capítulo, estos informantes estiman que la respuesta a la interrogante formulada es negativa dado que (i) el modelo propuesto por el Proyecto de extensión de la obligación de transparencia respecto de las autonomías constitucionales de naturaleza administrativa debilita los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública; y (ii) el modelo propuesto por el Proyecto de extensión de la obligación de transparencia a las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional y al Congreso Nacional puede satisfacer de mejor forma dichos mandatos constitucionales si, en su dimensión administrativa, se rigen por el régimen general de transparencia.

Llegamos a ambas conclusiones en atención a los siguientes razonamientos:

- i. Nuestro sistema constitucional es uno que, desde el punto de vista de los órganos del Estado, se encuentra regido por los principios de supremacía constitucional y juridicidad, la separación de funciones en diferentes órganos, y un esquema complejo y sofisticado de pesos y contrapesos institucionales, que tienen por objeto, precisamente, maximizar la interacción de controles recíprocos entre diversos órganos constitucionales, sean estos autónomos o no, de representación popular, de control, etc.¹³⁴ Ello en directo beneficio de garantizar una democracia constitucional en forma, en términos generales, y, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular.¹³⁵

- ii. A nuestro juicio, una interpretación sistemática y finalista de la Carta

¹³⁴ Para el profesor Jorge Bermúdez, “Sólo podrá hablarse con propiedad de un Estado de Derecho, al menos en un régimen de sistema administrativo, cuando se encuentre asegurada la vigencia de los siguientes principios: a) separación de poderes; b) derechos fundamentales; c) legalidad; d) control; y e) responsabilidad”. Bermúdez, ob. Cit., p. 478.

¹³⁵ Para el profesor Cea, “Se halla bosquejada en La Política de Aristóteles, pero reconociendo que Montesquieu fue quien formuló la teoría de división de poderes planteando, explícitamente, la necesidad de vigilancia recíproca entre ellos para defensa de la libertad política. Hoy esa teoría se conoce, más usual y correctamente, como separación relativa de las funciones estatales, cada cual confiada por el Código Político a un órgano autónomo, pero no del todo aislado de los otros para que así pueda ser controlado... Ciertamente, el esquema tripartito se ha vuelto más complejo en el Estado contemporáneo, porque ahora se entiende que la teoría abarca a todos los órganos constitucionales, sin excluir a ninguno, incluyendo al Tribunal Constitucional, al Ministerio Público, la Contraloría General de la República y el Banco Central...”. Cea, ob. Cit., pp. 24-26.

Fundamental, invita a maximizar la satisfacción conjunta del principio constitucional de publicidad y el derecho fundamental de acceso a la información pública, por sobre interpretaciones fuertes de la autonomía constitucional que poseen ciertos órganos, especialmente en el caso de órganos constitucionales autónomos de naturaleza administrativa. En efecto, como hemos destacado anteriormente, la autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control interórganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial. A juicio de estos disidentes, ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia por la instauración de un control heterónimo en materia de publicidad de sus actos.¹³⁶

- iii. En efecto, del análisis de la doctrina especializada, la jurisprudencia del TC y un precedente reciente de la Excm. Corte Suprema es posible inferir que:
 - a. No es posible confundir la autonomía que poseen estos órganos con autarquía, en el sentido de que implique sostener la ausencia de mecanismos de control sobre las actuaciones que realizan determinados órganos, creando una suerte de espacio libre de normas y de controles externos.¹³⁷
 - b. Para definir el ámbito de su autonomía, debemos remitirnos a las funciones y atribuciones que la Constitución les encomendó, de modo que su autonomía es derivada y limitada, extendiéndose sólo al ámbito expresamente descrito por la Carta Fundamental, no pudiendo, en consecuencia, extenderse a otros.¹³⁸
 - c. La Carta Fundamental admite (a) que el legislador regule y desarrolle la institución, (b) para lo cual puede considerar diversos grados e

¹³⁶ STC 1051, disidencia Vodanovic y Correa referida, considerando 5°.

¹³⁷ Como sostiene Cordero Quinzacara, “llama profundamente la atención que en muchas ocasiones se identifique la autonomía con autarquía, esto es, con la capacidad que tiene una entidad de darse su propio derecho, o para sostener la ausencia de mecanismos de control sobre las actuaciones que realizan determinados órganos, creando una suerte de espacio libre de normas y de controles externos, lo que de partida no deja de plantear serios cuestionamientos al momento de analizar la cuestión teniendo a la vista diversos preceptos constitucionales”. Cordero Quinzacara, ob. Cit., p. 15.

¹³⁸ Luis Cordero, “La autonomía constitucional”, *La Semana Jurídica*, N° 34, 2001, p. 8.

intensidades de la regulación de tal autonomía, teniendo como límites:

- i. No poder eliminar la institución;
 - ii. No afectar el núcleo esencial de su mandato constitucional, esto es, no cabe que el legislador desfigure o altere las características esenciales que esta institución posee, privándola de todo sentido o eficacia;
 - iii. Imponer una relación de dependencia o tutela directa del poder central o las máximas autoridades gubernativas, afectando o inhibiendo seriamente un actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones en el campo de sus atribuciones exclusivas.
- iv. Todo lo anterior no es sino consecuencia de que, como todo órgano del Estado, debe actuar, conforme al art. 6° y 7° de la CPR, con pleno respeto al principio de juridicidad constitucional. En efecto, como García de Enterría nos recordara de forma lúcida, todo órgano autónomo (legal o constitucionalmente) es y sigue siendo un órgano del Estado, por lo que su potestad y competencia se encuentran limitadas al pleno respeto del principio de juridicidad, no pudiendo, so pretexto de su autonomía, desligarse del control y dirección exigible a cualquier órgano del Estado.¹³⁹ En consecuencia, la idea de neutralidad que justifica la autonomía institucional está circunscrita y relevada únicamente a su quehacer propio, pero en ningún caso al control jurídico sobre sus actos, y al escrutinio propio de cualquier órgano del Estado. Relajar dichos controles constituye una abierta infracción al principio de juridicidad, que rige toda la actuación del Estado.
- v. A nuestro juicio, el diseño propuesto por el Proyecto no satisface los mandatos constitucionales de transparencia y acceso a la información pública al establecer un sistema fragmentado, separado, que rompe con el modelo regulatorio general de la Ley de Transparencia vigente,

¹³⁹ Así, sostuvo: “No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama ... valores que se entiende serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, La Ley, pp. 435-436.

umentando los costos de acceso a la información pública a los ciudadanos, basado en múltiples instituciones, lo que además causará un detrimento en términos de seguridad jurídica al co-existir una serie de criterios interpretativos (de las distintas direcciones de transparencia de cada uno de los órganos). En consecuencia, la idea correcta que subyace al Proyecto de ampliar la aplicación de las normas de transparencia a los órganos autónomos constitucionales, en su ejecución concreta debilita precisamente los mandatos constitucionales que sostiene promover.

- vi. Junto con lo anterior, cabe destacar que no parece haber fundamento alguno para que el legislador haya **obviado la situación del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)**, regulado en el Capítulo XII de la CPR (arts. 106 y 107), el que ha sido excluido entre los sujetos que el Proyecto busca incluir.
- vii. En el caso de las **autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional**, a la luz de la experiencia del Derecho Comparado, parece pacífica la distinción entre el ámbito de ejercicio de funciones administrativas por parte de órganos de naturaleza jurisdiccional que, estarán, en consecuencia, sujetos al régimen general de transparencia y acceso a la información pública de aquel otro, estrictamente jurisdiccional, que no formará parte de dicho sistema. En este sentido, del examen del derecho comparado en este punto específico, Blanke y Perlingeiro dan cuenta de que quedan excluidos del régimen de transparencia aspectos tales como el proceso de selección, promoción y de disciplina a los jueces. El supuesto que subyace esta distinción es extraordinariamente simple: limitar la aplicación del régimen de transparencia a sólo algunos órganos estatales es contrario a la idea misma de acceso a la información pública como derecho fundamental, lo que se traduce en un deber que debe ser compartido por todos los órganos estatales. En consecuencia, no hay fundamento alguno para que, en su dimensión estrictamente administrativa, el Poder Judicial, el TC y la Justicia Electoral no queden sujetas al régimen general de transparencia en este aspecto.
- viii. Respecto del **Congreso Nacional**, y también a la luz de la mejor experiencia del Derecho Comparado, no existen razones fundadas para que, en el ámbito de las funciones administrativas, estas no queden

amparadas bajo el régimen general hoy vigente de transparencia.

- a. Por lo demás, es lo que un grupo de diputados transversales ha planteado mediante el proyecto de ley Boletín N° 12.318-07, que modifica la Ley N° 19.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional a fin de asegurar el acceso a la información pública, recientemente ingresado a tramitación legislativa, y patrocinado por un grupo transversal de diputados, que 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 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.
- b. Se trata de un precedente valioso que razona en forma similar a la argumentación central ofrecida por este informe:
 - i. Da cuenta de lo irregular que tanto el Congreso Nacional, pero otras autonomías constitucionales, hayan quedado exentas de entrar íntegramente al régimen general de transparencia y, en cambio, las normas de transparencia sean pocas y de baja densidad;
 - ii. A la luz de sus argumentos, no parece existir fundamento alguno que permita justificar la necesidad de fragmentar el régimen general de transparencia como lo propone el Proyecto de gobierno objeto de análisis por parte de estos informantes, estableciendo en las autonomías constitucionales direcciones de transparencia en lógica autónoma, balcanizada. Se trata de una mirada que se opone frontalmente a la lógica del proyecto de ley de estos diputados, aunque no sea explícito;
 - iii. El CPLT es percibido por este grupo transversal de diputados como un supervisor y autoridad en materia de transparencia que ha cumplido de manera efectiva con su rol institucional, al que se potencia mediante esta iniciativa, considerándose lo pilar de una legislación de transparencia que ha sido positiva; y
 - iv. Resalta como ideal regulativo el propuesto en la Ley Modelo

Interamericana sobre Acceso a la Información Pública que, como veremos en el próximo capítulo, tiene, a su vez, como ideal regulativo el CPLT (al igual que la agencia mexicana), a los que invita a seguir al resto de los países de la región.

- ix. En definitiva, no encontramos fundamento alguno (ni siquiera, como hemos visto, en términos de preservar la autonomía constitucional de estos órganos, lo que debe considerarse una incorrecta interpretación de la CPR o en un sentido excesivamente fuerte de las autonomías constitucionales) que impida al legislador ampliar el actual esquema de transparencia basado en un regulador independiente, sectorial y experto, con autonomía legal, como es el CPLT, impidiendo con ello la fragmentación del sistema en múltiples direcciones de transparencia dependientes de las diversas autonomías constitucionales, dificultando entonces a los ciudadanos y toda persona de los beneficios del cumplimiento del principio de publicidad y del disfrute efectivo de su derecho fundamental al acceso a la información pública.
- x. Todo lo anterior se vuelve además evidente a la luz del método de selección de los tres miembros de las direcciones de transparencia. En efecto, en comparación a la designación de los directivos del CPLT, podemos observar:
- a. La intervención directa en la designación de uno de los miembros por parte del propio órgano constitucional autónomo, genera un evidente problema de parcialidad;
 - b. La designación por parte de la Comisión de Transparencia del Estado de los otros dos miembros, en caso alguno genera un escenario en que puedan promoverse equilibradamente los principios de ingratitud, imparcialidad y rendición de cuentas y responsabilidad de las autoridades que los están designando (vis a vis el modelo Presidente y Senado que opera para el CPLT). Por lo demás, se trata de un modelo de designación de directivos experimental, que obvia los esquemas probados de designación de altos funcionarios (especialmente considerando el rol que se pretende jueguen).¹⁴⁰

¹⁴⁰ Pardow y Verugo ofrecen evidencia empírica respecto de las bondades del sistema de nombramiento de autoridades regulatorias en Chile, dando cuenta de que la intervención del

- c. Lo anterior, es especialmente deficitario considerando el rol institucional que jugaría la Comisión de Transparencia del Estado.
- xi. Y es que el actual modelo normativo de transparencia, basado en el CPLT como regulador independiente sectorial y especializado, satisface de mejor forma los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública. Su ampliación en los términos antes descritos, esto es, respecto de todos los órganos autónomos constitucionales, e incluyendo las fases administrativas de los órganos autónomos constitucionales de naturaleza jurisdiccional y el Congreso Nacional, demuestra que en realidad la pregunta de diseño institucional relevante en realidad pasa a ser otra: la sede en que se resolverá, por vía de reclamación, las controversias interpretativas respecto de la aplicación de la Ley de Transparencia en los casos concretos cuando exista disparidad de criterios entre ambas instituciones (el CPLT y un órgano autónomo constitucional). Y ello consiste precisamente en garantizar un amplio espacio de revisión judicial. Es, por lo demás, la forma en que hoy opera nuestra legislación de transparencia, mediante un contencioso administrativo especial (reclamo de ilegalidad).

Senado es particularmente virtuosa en diversas dimensiones, analizando cerca de 200 nombramientos realizados en Chile entre 1990 y 2016. Entre los hallazgos figura que los directivos elegidos con participación del Senado tienen niveles similares de afiliación política, pero mejores antecedentes profesionales; el tiempo de permanencia de los directivos es mayor (dos veces más largo); y es tres veces más probable que se mantengan en sus cargos después de la instalación del nuevo gobierno. Diego Pardow y Sergio Verdugo, “El rol del Senado en el nombramiento de las autoridades regulatorias en Chile” (inédito; en arbitraje en revista de derecho).

CAPÍTULO III EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA DE DISEÑO INSTITUCIONAL DEL PROYECTO A LA LUZ DE LA EVIDENCIA DE BUENAS PRÁCTICAS EN EL DERECHO COMPARADO Y LOS ESTÁNDARES OCDE (Y OEA)

1. Elementos críticos del diseño institucional propuesto por el Proyecto.

Existe una serie de aspectos del diseño institucional propuesto por el Proyecto que modifican sustantivamente el modelo regulatorio de la normativa de transparencia vigente en nuestro país.

Los elementos más novedosos del diseño institucional propuesto por el Proyecto en cuanto a su innovación al régimen actual (y no por ello positivos como venimos sosteniendo a lo largo de este informe) son los siguientes:

- i. Creación de 8 Direcciones de Transparencia en cada uno de los órganos autónomos constitucionales propuestos (excluyéndose el COSENA);
- ii. Fortalecimiento institucional del Ministerio SEGPRES y del Ministerio de Justicia y DD.HH.;
- iii. Creación de la Comisión de Transparencia del Estado, entregando una labor fundamental a los Ministerio SEGPRES y de Justicia y DD.HH.;
- iv. Entrega al Ministerio SEGPRES de la administración y control del Portal de Transparencia;

Como hemos sostenido en la sección 1.4 de conclusiones al Capítulo I de este informe, a nuestro juicio, este modelo propuesto por el Proyecto tiene las siguientes consecuencias negativas:

- i. Fragmenta el sistema de transparencia:
 - a. Afecta la coherencia regulatoria que hoy le entrega al sistema el CPLT, debilitando de paso el rol del CPLT como agencia independiente sectorial y especializada;
 - b. Aumenta los costos de información de los ciudadanos al multiplicar el número de órganos con competencia en materia de transparencia, lo

- que equivale a debilitar el ejercicio de su derecho de acceso a la información pública; y
- c. Amenaza la eficacia del principio de publicidad constitucional.
- ii. Fortalece la dimensión gubernamental del sistema (propia de la política ordinaria) en oposición a hacerlo en una lógica estatal (política de Estado), esto es, se trata sin ambigüedades de un retroceso institucional;

Así las cosas, si se examina con detención el nuevo modelo regulatorio propuesto por el Proyecto, por las razones que desarrollaremos en este capítulo a la luz del Derecho Comparado y los estándares OCDE de diseño institucional de reguladores independiente, sectoriales y especializados, existe un evidente retroceso institucional respecto de la Ley de Transparencia. También respecto de los estándares OEA de la Ley Modelo Interamericana. En otras palabras, y como se verá, el nuevo régimen regulatorio propuesto por el Proyecto se aleja de las buenas prácticas de los modelos regulatorios más exitosos en el mundo.

2. Elementos de Derecho Comparado.

En la historia de las denominadas FOI como se le conoce en el Derecho Comparado a la legislación de *Freedom of Information*, suele considerarse la *Freedom of the Press Act* aprobada en Suecia en 1766 como la primera que permitió formalmente la publicación de documentos del Gobierno y el acceso público a los mismos. Luego, tras casi dos siglos, comienza un movimiento internacional de consolidación de esta legislación con hitos relevantes en Finlandia (1951), y especialmente el de Estados Unidos (1966), que con su conocida *Freedom of Information Act* (FOIA),¹⁴¹ establece un marco normativo cuyos principios centrales será replicado en el resto del globo.¹⁴²

¹⁴¹ Ver Robert G. Vaughn y Peter J, Messitte, “Access to Information Under the Federal Freedom of Information Act in the United States”, en Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro: *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018, pp. 191-234.

¹⁴² Ver Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., pp. 2-3; y Ester Appelgreen y Ramón Salaverría, “The Promise of the Transparency Culture”, *Journalism Practice*, 12:8, pp. 987-988. Ver también José Luis Piñar “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, N° 49, diciembre 2014, pp. 1-19, pp. 3-4.

Junto con los estándares generales que ha propuesto la literatura especializada en materia de buen diseño de leyes de transparencia o FOIs,¹⁴³ hoy son especial objeto de estudio comparado las experiencias de la Unión Europea, como modelo supranacional;¹⁴⁴ Australia;¹⁴⁵ Francia;¹⁴⁶ Reino Unido;¹⁴⁷ y Alemania.¹⁴⁸ En el

¹⁴³ Por ejemplo, Blanton señala que los principios que deben informar la legislación de transparencia deben ser: a) la información pertenece a los ciudadanos, no a los gobiernos; b) las excepciones al principio anterior deben ser muy limitadas y deben estar expresamente previstas en la ley; c) las excepciones deben basarse en daños identificables en relación con específicos intereses públicos (no con abstractos intereses generales); d) incluso cuando exista un daño identificable, este debe ser superior al interés público que se atiende mediante la aportación de información;⁸ e) la garantía de la transparencia debe atribuirse a los jueces o a un autoridad independiente. José Luis Piñar “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, N° 49, diciembre 2014, pp. 1-19, p. 3.

¹⁴⁴ En materia de acceso a documentación y al ejercicio del derecho a la información pública la regulación europea descansa principalmente en el artículo 15 del TFEU, y en los artículos 11 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales europea. También en Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, Convenio N° 205, de 18 de junio de 2009. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_consejo_europeo.pdf línea en: f Con todo, la “piedra angular” en esta materia es la Regulación 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. En el considerando 2° de la Regulación 1049/2001 se declara que: “La apertura permite garantizar una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones, así como una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la administración para con los ciudadanos en un sistema democrático. La apertura contribuye a reforzar los principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 6 del Tratado UE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”; mientras que en el 4° sostiene que la norma tiene por objeto “garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso del público a los documentos y determinar los principios generales y los límites que han de regularlo”. Ver Uta Biskup y Wolfgang Rosch, “Recent case-law of the Court of Justice of the European Union on public access to documents: Regulation (EG) No. 1049/2001 and beyond”, *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, vol 2, 2015; y Bogdana Neamtu y Dacian Dragos, “Freedom of Information in the European Union: Legal Challenges and Practices of EU Institutions”, Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 11-70.

¹⁴⁵ La ley de libertad de información de 1978 fue la primera de su tipo en una democracia de tipo Westminster. Al momento de su promulgación Canadá y Nueva Zelanda ya tenían legislaciones similares. En el marco de las reformas de 2010, que incluyen la *Freedom of Information Amendment (Reform) Act* y la *Australian Information Commissioner Act* se buscó consagrar un nuevo paradigma: el plan de publicación de nueva información (IPS), que busca transformar el marco de la ley desde uno que busca potenciar las solicitudes individuales de documentos, a uno que también dependa de las publicaciones de información llevadas a cabo por las agencias. El plan de publicación de nueva información requiere que las agencias divulguen un mayor rango de información y busca proactividad, y ser más accesible al momento de revelar información gubernamental. Una agencia debe tener un plan respecto a que información entregará proactivamente, y cómo y a quién lo hará. Las agencias siguen teniendo una obligación de declarar

sus detalles organizacionales y estructurales, incluyendo los poderes de toma de decisión que afectan al público, como el público puede comentar o participar de propuestas políticas, y otra información relevante. Stewart, Daniel, *Assessing Access to Information in Australia: The Impact of Freedom of Information Laws on the Scrutiny and Operation of the Commonwealth Government* (March 26, 2015). John Wanna, Evert A. Lindquist and Penelope Marshall (Eds), *New Accountabilities, New Challenges*, ANU Press, 2015 (Forthcoming).; ANU College of Law Research Paper No. 15-18. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2585357>, p. 135. Ver también Snell, Rick Douglas y MacDonald, Rowena, *Customising Freedom of Information Law Reform in South Pacific Micro-States* (January 12, 2015). The Round Table Vol 104 Issue 5 2015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2694945>

¹⁴⁶ El caso francés es uno especialmente interesante en la medida en que debió vencer una cultura política tradicionalmente basada en el secretismo (sobre la base del prestigio y aura simbólica del poder). A pesar de que la transparencia administrativa opera desde los 70, en parte como consecuencia de mayo del 68', el acceso a documentos administrativos como derecho fundamental garantizado a los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos civiles desde 2002. Tres grandes piezas legislativas se aprobaron a finales de los 70 a raíz de un movimiento de reforma administrativa, destacando la Ley N° 78-753 de 17 de julio de 1978 (Ley francesa de Libertad de información). Esta ley otorgaba a cada persona el derecho a obtener información o documentos emitidos por un organismo público dentro del marco de su mandato de servicio público, independiente de la forma o el medio. La ley también establece una autoridad independiente, la CADA encargada de controlar su aplicación y recibir las reclamaciones del público en general acerca de las solicitudes de acceso a los documentos administrativos. En 2015 las disposiciones de la Ley N° 78-753 se codificaron en el Libro III del Código francés de relaciones entre el público y la Administración (CRPA). Las disposiciones del Código referentes a la libertad de información se volvieron a modificar el año 2016, con la adopción de la FDRA. Yseult Marique y Emmanuel Slautsky, "Freedom of Information in France: Law and Practice", Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 74 y 77. Ver también Constance Chevallier-Govers, "Right of Access to Public Documents in France", en Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro: *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018, pp. 265-310.

¹⁴⁷ La Ley de libertad de información de UK (FOIA) fue aprobada en 2000 y consagra el derecho de acceso a la información respecto de toda "autoridad pública", en los términos ahí especificados, en un esquema de transparencia activa y pasiva. Incluye toda información que está en posesión de autoridades públicas de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, y autoridades UK establecidas en Escocia. La regulación para Escocia queda entregada a la *Freedom of Information (Scotland) Act* de 2002. Ver ICO, *The Guide to Freedom of Information*, 2018. Disponible en línea en: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-freedom-of-information/> Para una comparación entre este modelo y el chileno ver Isabel Avarés y Pablo García, "Ejercicio del derecho de acceso a la información: comparación de los casos de Reino Unido y Chile", *Transparencia & Sociedad*, N° 3, 2015, pp. 93-108.

¹⁴⁸ En el caso alemán se da cuenta de una evolución lenta y tardía en la implementación de legislación de transparencia, en parte, porque la legislación federal comenzó a desarrollarse de manera posterior a la fragmentada regulación sobre esta materia a nivel de algunos Länder y especialmente por el impulso de la regulación europea. En este sentido, se trata de una legislación reactiva. La legislación más relevante a nivel federal fue aprobada recién en 2005 (*Federal Act Governing Access to Information held by the Federal Government* o IFG). Christoph Emanuel Mueller, Bettina Engenwald y Marius Herr, "Freedom of Information in Germany", Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 207-208. Ver también Arno Schetzberg y Svenja Solka, "Access to Information in German Law in Comparison to Brazilian Law N° 12.527/2011", en

marco iberoamericano, España¹⁴⁹ y México¹⁵⁰ deben ser considerados referentes relevantes para nosotros, como asimismo la Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública¹⁵¹ y la guía para su implementación,¹⁵² de gran

Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro: *The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey*, Springer, 2018, pp. 311-342.

¹⁴⁹ La Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es el cuerpo legal que garantiza el derecho de acceso a la información pública de sus ciudadanos. El preámbulo del referido cuerpo legal destaca que "...con esta Ley se avanza y se profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa que, se entiende, han de vincular a un amplio número de sujetos entre los que se encuentran todas las Administraciones Públicas, los órganos del Poder Legislativo y Judicial en lo que se refiere a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo, así como otros órganos constitucionales y estatutarios. Asimismo, la Ley se aplicará a determinadas entidades que, por su especial relevancia pública, o por su condición de perceptores de fondos públicos, vendrán obligados a reforzar la transparencia de su actividad. La Ley amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica. Igualmente, en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, se establece un amplio catálogo que debe ser accesible y entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos. Por último, se establece la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se coherentes con los intereses de la ciudadanía". Ley N° 19/2013, preámbulo. Para Esteve Pardo, se trata de una legislación surgida en el contexto del "desconcierto y malestar de la opinión pública ante una corrupción que se percibe como muy extendida". Esteve Pardo, ob. Cit., p. 222. Para una mirada crítica respecto de esta ley ver Mario Hernández Ramos, "El derecho de acceso a la información pública en el ordenamiento jurídico español. Legitimación subjetiva, derecho aún no fundamental y balance crítico", *Transparencia & Sociedad*, N° 4°, pp. 133-156.

¹⁵⁰ La Ley general de transparencia y acceso información de mayo de 2015 es el marco legal más relevante en esta materia. De acuerdo al art. 1 inc. 2 de la misma: "Tiene por objeto establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad de la Federación, las Entidades Federativas y los municipios". Disponible en línea en: <http://inicio.ifai.org.mx/MarcoNormativoDocumentos/Decreto%20-%20Ley%20General%20de%20Transparencia.pdf> Para un excelente estudio comparado entre los sistemas mexicano y chileno ver Guillán Montero, ob. Cit.

¹⁵¹ AG/RES. 2607 (XL-O/10), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010. Disponible en línea en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2607_XL-O-10_esp.pdf

¹⁵² Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Comentarios y Guía de implementación para la ley modelo interamericana sobre acceso a la información. Documento presentado por el Grupo de Expertos sobre Acceso a la Información de conformidad con la resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de la Asamblea

prestigio a nivel de derecho Comparado en la materia por lo demás,¹⁵³ en un contexto en que, en la última década, diversos países de la región han adoptado legislaciones en esta materia o reformado sus marcos jurídicos para ello.¹⁵⁴

Ahora bien, más allá de estudiar específicamente la forma en que han consagrado en sus FOI aspectos tales como el régimen de transparencia y acceso a la información (y la naturaleza del derecho de acceso a la información, esto es, constitucional, legal, etc.), el régimen de excepciones, el esquema de gratuidad o cobro, de sanciones, etc., para efectos de este informe nos interesa dar cuenta acerca de aquellas discusiones, mejores prácticas o aprendizajes que puedan ser útiles para efectos de evaluar el diseño institucional propuesto por el Proyecto.

2.1. Órganos públicos sometidos al régimen de transparencia.

Uno de los elementos destacados en el Derecho Comparado dice relación con la amplitud de los obligados bajo el sistema de transparencia. Como se verá, la tendencia es a incorporar a todos los órganos estatales, modulándose respecto de algunos órganos específicos como tribunales de justicia y parlamentos. Ejemplos de esta amplitud encontramos:

- i. En la regulación europea 1049/2001, si inicialmente el foco era el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea, posteriormente se hizo extensivo a todas las instituciones de la UE, incluyendo a la Corte de Justicia y al Banco Central;¹⁵⁵
- ii. En Alemania la regulación federal incluye a todos los órganos federales administrativos, y en su dimensión administrativa al Bundestag, el Bundesrat, la Oficina de la Presidencia Federal, el Banco Federal Alemán, la Auditoría Federal, y las cinco cortes supremas;¹⁵⁶ y

General. Disponible en línea en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2841_XL-O-10_esp.pdf

¹⁵³ Ver Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 16.

¹⁵⁴ OEA, ob cit., p. 14.

¹⁵⁵ Bogdana Neamtu y Dacian Dragos, "Freedom of Information in the European Union: Legal Challenges and Practices of EU Institutions", Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 25-26.

¹⁵⁶ Mueller, Engenwald y Herr, ob. Cit., p. 215.

- iii. En el caso español, también quedan sujetos al régimen de transparencia, la Casa de su Majestad el Rey, las Cortes Generales, el Tribunal Constitucional, el Consejo del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, entre otros, *en ámbitos de actuaciones sujetas al Derecho Administrativo* en su formulación canónica.¹⁵⁷

2.2. Régimen aplicable al Poder Judicial y a los Parlamentos.

Este régimen ya ha sido analizado en profundidad en la sección 2.3 del capítulo anterior. Con todo, a modo de síntesis, diversas legislaciones comparadas dan cuenta de un sano principio: tanto a nivel de tribunales de justicia como parlamentos, sus actuaciones administrativas queden plenamente cubiertas bajo el régimen general de transparencia.

2.3. Prevalencia de reguladores independientes, sectoriales y especializados.

Como se verá con mayor profundidad en la sección 3 de este capítulo, al examinar los estándares OCDE de diseño institucional en la gobernanza de autoridades

¹⁵⁷ “... con el fin de realizar una interpretación extensiva o pro transparencia, la ley podría aplicarse en actuaciones de instituciones que, aunque no estén del todo sujetas al derecho administrativo, tampoco estén expresamente excluidas del ámbito de esta ley, como las siguientes...- La Casa de su Majestad el Rey: en sus actuaciones relativas a contratos, funcionarios y gestión patrimonial deberá cumplir obligaciones de publicidad institucional, organizativa, información presupuestaria, económica y estadística. - Las Cortes Generales: esto es, el Congreso de los Diputados y el Senado, en cuanto a sus actos de derecho administrativo parlamentario, es decir, los que son susceptibles de control jurisdiccional en sede contencioso administrativa. - El Tribunal Constitucional: en lo referido a contratación, gestión patrimonial, recursos humanos, procedimientos de selección y al ámbito disciplinario. - El Consejo General del Poder Judicial; en sus funciones sujetas a derecho administrativo (contractuales, personales y patrimoniales). - El Banco de España: en lo relacionado con los actos dictados en ejercicio de sus potestades administrativas, como serían, por ejemplo, supervisar la solvencia, actuación y cumplimiento de la normativa específica de las entidades de crédito y de cualesquiera otras entidades y mercados financieros cuya vigilancia le haya sido atribuida. - El Consejo de Estado: en sus actos y disposiciones sujetos a derecho administrativo público (personal, contratación y gestión patrimonial). - El Defensor del Pueblo: en cuanto a la publicidad institucional y organizativa de recursos humanos, contratación y gestión patrimonial. - El Tribunal de Cuentas: en sus actuaciones sujetas a derecho administrativo tanto de forma activa como pasiva. - El Consejo Económico y Social: en sus actuaciones sujetas a derecho administrativo...”. Larach, C. (2015). Transparencia y Buen Gobierno en España. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 13, Universidad Externado de Colombia, pp. 255-268. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4194/4817>

sectoriales, en materia de transparencia, las mejores prácticas conducen al modelo de regulador independiente, sectorial y especializado.

Y es que uno de los elementos centrales de un régimen de transparencia dice relación con la arquitectura o el modelo institucional u orgánico de los órganos que garantizan y promueven el ejercicio del acceso a la información pública y la transparencia, y en donde los llamados órganos garantes, rectores o agencias de transparencia desempeñan un papel crucial.¹⁵⁸

En efecto, la literatura especializada no se ha ocupado ampliamente de esta temática, y existe todavía muy poca información y estudios académicos sobre el papel que desempeñan los órganos garantes de las políticas de transparencia y acceso a la información en la efectiva implementación de las mismas, órganos que cumplen importantes funciones en relación con la protección del derecho de acceso – resolviendo apelaciones y reclamos en caso de vulneración del mismo, pero también en la promoción del acceso a la información y, más ampliamente, de la transparencia gubernamental.¹⁵⁹

En este ámbito existen distintos tipos de órganos garantes. En general, se distinguen cuatro modelos principales: los Comisionados de transparencia y acceso a la información; Comisiones o Institutos; la atribución de funciones de órgano garante a la Defensoría del Pueblo/ Ombudsman; u otro organismo que desempeñe dichas funciones.¹⁶⁰

En la legislación comparada encontramos las siguientes experiencias destacadas:

- i. En términos generales, de la experiencia europea se destacan como fórmulas institucionales basadas en reguladores independientes (tanto en modelos de comisiones o comisionados de información o “IC”), que actúan típicamente como ente supervisor y agencia de apelación de las decisiones, con carácter obligatorio, los diseños de los siguientes países: Alemania,

¹⁵⁸ Ver Arazazu Guillán Montero (coord.): *Los órganos garantes de la transparencia y acceso a la información en Chile y México. Estructura administrativa, gestión interna y funcionamiento del Consejo para la Transparencia y el Instituto Federal de Acceso a la información y protección de datos. Avances, oportunidades y buenas prácticas*, 2012 (CPLT-IFAI), p. 14. Disponible en línea en: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2018/01/cplt_ifai_interior.pdf

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Id.

Eslovenia, Serbia, Hungría, entre otros, donde además tienen competencia en protección de datos; Croacia (sólo respecto de transparencia), o en modelos híbridos en términos de competencia como Francia o Bélgica.¹⁶¹ Como sostiene Kovac haciendo una evaluación global de la experiencia de diversos países europeos, la idea de contar con reguladores independientes, de naturaleza administrativa, por sobre la tutela judicial directa del acceso a la información, tiene por objeto facilitar el acceso a la información, aumentar la rapidez y lograrlo a un menor costo (*vis a vis* en un esquema judicial). Pero lo central sigue siendo, más allá de las formas legales, la búsqueda de una revisión holística y coherente, independiente, centralizada y especializada;¹⁶²

- ii. En el caso británico el regulador sectorial independiente es el ICO (*Information Commissioner's Office*), a cargo de un comisionado;¹⁶³
- iii. En el caso francés la autoridad administrativa independiente es un ente colegiado denominado CADA (*Commission d'accès aux documents administratifs*), encargada de supervisar la Ley de libertad de información, aunque más bien en un rol consultivo que resolutivo, lo cual, en el contexto de las agencias de información evaluadas, resulta excepcional. Cuando se creó en 1978, fue una de las primeras autoridades administrativas independientes en Francia, de manera de no ser influenciada por decisiones políticas en la toma de decisiones;^{164 165}

¹⁶¹ Polonca Kovac, "Legal Remedies in Exercising the Right to Information: A Comparative Overview", Dacian Dragos, Polonca Kovac y Albert Marseille (eds.): *The Laws of Transparency in Action: A European Perspective*, Palgrave Macmillan, 2018, p. 650.

¹⁶² Kovac, ob. Cit., p. 654.

¹⁶³ Ver <https://ico.org.uk/about-the-ico/who-we-are/management-board/>

¹⁶⁴ La Comisión se compone de 11 miembros: uno proveniente del Consejo de Estado, uno de la Corte de Casación, uno de Tribunal de Cuentas, uno de la Asamblea Nacional y uno del Senado. También uno elegido de la autoridad local, un profesor universitario, una persona calificada en la administración de archivos, el Presidente de CNIL, o su representante y una persona con conocimiento en la divulgación de información pública. Los miembros de CADA son nombrados por el Primer Ministro. Tanto hombres como mujeres deben ser representados equitativamente. Un delegado del gobierno nombrado por el Primer Ministro también asistirá a las reuniones y el Ombudsman es un miembro sin derecho a voto. Los miembros del CADA son asesorados por un personal administrativo compuesto por 14 personas dependientes de un secretario general y un equipo de relatores (*rapporteurs*). El CADA juega un rol importante en promover la libertad de información entre las autoridades y los ciudadanos, respondiendo solicitudes de información tanto de los ciudadanos como de las autoridades públicas. También entrega consejos a organismos públicos sobre la interpretación de la Ley de libertad de información, y es consultada por el Gobierno sobre posibles enmiendas a textos legislativos o regulatorios de manera de promover la

- iv. En el caso de Australia, la *Australian Information Commissioner Act* de 2010 incorporó la *Office of the Australian Information Commissioner* (OAIC), agencia independiente a cuya cabeza se encuentra el Comisionado de Información Australiano, quien, entre otras atribuciones, tiene potestad de revisión administrativa de las decisiones de rechazo de acceso a la información realizadas por el gobierno y agencias. Contra las decisiones del Comisionado se puede apelar ante el Tribunal de Apelaciones Administrativo (AAT);¹⁶⁶
- v. En el caso español, la Ley N° 19/2013 de transparencia, de acuerdo a su Preámbulo, crea y regula el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, un órgano independiente al que se le otorgan competencias de promoción de la cultura de transparencia en la actividad de la Administración Pública, de

transparencia. A través de su página web y publicaciones, informa al público sobre su derecho de acceder o reutilizar documentos administrativos. Sin embargo, cuantitativamente, el rol más importante de CADA es su función consultiva en controversias entre organismos públicos y la gente que solicita acceso a documentos públicos. Antes de poder interponer cualquier acción judicial por denegación de información por parte de un organismo público, es necesario enviar una solicitud de asesoramiento a CADA, generalmente dentro de los dos primeros meses contados desde la negativa.¹⁶⁴ Esta es una condición de admisibilidad a cualquier acción judicial. Cuando se solicita la opinión del CADA, este emite una decisión favorable o desfavorable sobre la divulgación total o parcial del documento, no se encarga de enviar por sí mismo el documento al solicitante, sino que su labor es emitir su opinión sobre la legalidad de la negativa del organismo para otorgar acceso a los documentos, dentro del plazo de un mes desde el registro de la solicitud de consejo. Yseult Marique y Emmanuel Slautsky, ob. cit., pp. 79-81.

¹⁶⁵ También es importante mencionar a los denominados “PRADAs”, personal a cargo de las solicitudes de acceso a documentos administrativos dentro de los organismos públicos que deben cumplir con esta labor de manera adicional a su labor principal al interior del respectivo servicio. Este personal se asegura que las solicitudes de acceso a la información que se hacen a sus respectivas autoridades, sean tramitadas, además de encargarse de potenciales reclamaciones. Los PRADAs son el vínculo entre las autoridades respectivas y el CADA, y funcionan como referentes internos para cuestiones de transparencia administrativa. También pueden redactar informes anuales sobre el mismo tema. Estos funcionarios suelen encontrarse dentro de los servicios generales o legales de su respectiva institución. El CADA confía en PRADAs para mejorar la efectividad de la Ley de libertad de información en la práctica. Asimismo, el CADA coordina una red de este tipo de personal y organiza regularmente cursos y capacitaciones para ellos. Marique y Slautsky, ob. cit., p. 78.

¹⁶⁶ Ver Office of the Australian Information Commissioner, *FOI Guidelines. Guidelines issued by the Australian Information Commissioner under s 93^a of the Freedom of Information Act*, mayo de 2018. Disponible en línea en: <https://www.oaic.gov.au/freedom-of-information/foi-guidelines/> Ver también, para efectos de la política regulatoria de la OAIC: Office of the Australian Information Commissioner, *Freedom of Information regulatory action policy*, febrero de 2018. Disponible en línea en: <https://www.oaic.gov.au/about-us/our-regulatory-approach/freedom-of-information-regulatory-action-policy/>

control del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, así como de garantía del derecho de acceso a la información pública y de la observancia de las disposiciones de buen gobierno. El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se configura como un órgano independiente, con plena capacidad jurídica y de obrar y cuenta con una estructura sencilla que, a la vez que garantiza su especialización y operatividad, evita crear grandes estructuras administrativas. La independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones vendrá garantizada, asimismo, por el respaldo parlamentario con el que deberá contar el nombramiento de su Presidente;¹⁶⁷

- vi. Respecto de México, el INAI es caracterizado por la Constitución en su artículo 6° en los siguientes términos: 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.

2.4. Reglas por default pro-ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acceso a la información.

En la experiencia europea se destacan ejemplos de países que han adoptado reglas por default favorables al ejercicio del derecho de acceso a la información. Ejemplo de lo anterior, el caso en que un ciudadano formula de manera errónea una solicitud de información a un organismo público. Hay diversas soluciones para enfrentar esta regla; muchas veces respondiendo con una negativa por falta de competencia, no ser el organismo obligado a proveerla, etc. En Europa se ha destacado el caso de Serbia en que la regla es que ante el error del ciudadano en su solicitud respecto del órgano competente, este informará tanto al ciudadano como al Comisionado de Información, y este último dirigirá la solicitud al órgano competente.¹⁶⁸ En este ámbito la experiencia chilena es positiva y el Proyecto fortalece la regla pro-ciudadano.

¹⁶⁷ Ley N° 19/2013, preámbulo.

¹⁶⁸ Dragos, Kovac y Marseille, ob. Cit., p. 604.

2.5. Nuevos principios que informan las FOI.

Un caso reciente que nos ha llamado especialmente la atención dice relación con los principios generales en materia de transparencia contiene la Ley 1/2018, de 21 de marzo de 2018, de Transparencia de la Actividad Pública, de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la que consolida junto a los ya tradicionales principios de transparencia, libre acceso, accesibilidad universal, responsabilidad, o veracidad, principios de más reciente aparición en las legislaciones comparadas como reutilización, interoperabilidad, neutralidad tecnológica, calidad y mejora continua, entre otros.¹⁶⁹

¹⁶⁹ BOE-A-2018-5393. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-5393-consolidado.pdf> En efecto, el artículo 2° dispone: “Artículo 2. Principios generales. Los principios generales en materia de transparencia son: **1. Principio de transparencia**, en cuya virtud toda la información pública es en principio accesible, y sólo puede ser retenida para proteger otros derechos e intereses legítimos de acuerdo con la ley. **2. Principio de libre acceso a la información pública**, en cuya virtud cualquier persona puede solicitar el acceso a la información pública. **3. Principio de accesibilidad universal y diseño para todos**, en virtud del cual la información estará a disposición de las personas en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, sin merma de derechos de los ciudadanos ni restricciones o discriminaciones de cualquier naturaleza. **4. Principio de responsabilidad**, en cuya virtud los sujetos sometidos a lo dispuesta en la presente ley son responsables del cumplimiento de sus prescripciones, asumiendo de forma expresa sus obligaciones ante la ciudadanía, las responsabilidades derivadas de sus decisiones y promoviendo la cultura de la evaluación. **5. Principio de cooperación, colaboración y lealtad** entre las diferentes Administraciones Públicas para hacer posible la efectiva aplicación de esta Ley. **6. Principio de veracidad**, en virtud del cual la información pública ha de ser cierta y exacta, asegurando que procede de documentos respecto de los que se ha verificado su autenticidad, integridad, disponibilidad y conservación de su contenido. **7. Principio de utilidad**, en cuya virtud la información pública que se suministre, siempre que sea posible, ha de ajustarse rigurosamente al contenido de la petición del solicitante. **8. Principio de gratuidad**, en cuya virtud el acceso a la información y las solicitudes de acceso serán gratuitas, sin perjuicio de las exacciones que puedan establecerse por la expedición de copias o trasposición de la información a soporte diferente al original. **9. Principio de simplicidad, facilidad y comprensión**, en cuya virtud la información se facilitará de la forma que resulte más simple e inteligible atendiendo a la naturaleza de la misma y a las necesidades concretas de las personas. **10. Principio de interoperabilidad**, en cuya virtud la información será publicada conforme al Esquema Nacional de Interoperabilidad, aprobado por el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. **11. Principio de reutilización**, en cuya virtud se fomentará que la información sea publicada en formatos que permitan su reutilización, de acuerdo con la legislación aplicable en materia de reutilización de la información del sector público. **12. Principio de neutralidad tecnológica**, apostando por la utilización y promoción de software de código abierto en su funcionamiento, así como por el uso de estándares abiertos y neutrales en materia tecnológica e informática, favoreciendo esas soluciones abiertas, compatibles y reutilizables en la contratación administrativa de aplicaciones o desarrollos informáticos. **13. Principio de calidad y mejora continua**, configurando procesos que permitan evaluar los servicios públicos, tanto por los usuarios, los profesionales que los gestionan, así como los

2.6. El principio de proporcionalidad como límite a los límites.

En el debate en torno al régimen de excepciones de acceso a la información pública (e.g., secreto o reserva chilenos), el principio o test de proporcionalidad ha surgido como un parámetro de control ineludible a la hora de evaluar si las excepciones son de tal magnitud que afectan el derecho fundamental de acceso a la información pública en magnitudes no tolerables.¹⁷⁰

2.7. Autonomía constitucional: la reforma en México.

Importantes reformas constitucionales de 2014 y 2016 al artículo 6° de la Constitución mexicana, consolidaron la regulación constitucional del órgano “garante” en materia de transparencia (INAI), ello en el contexto de garantizar el derecho de acceso a la información. Se trata de un órgano constitucional 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.¹⁷¹

técnicos que los implementan, con el fin de detectar sus deficiencias y corregirlas a los efectos de poderles garantizar unos servicios públicos eficaces, eficientes y de calidad. **14. Principio de seguridad**, en cuya virtud la información será pública conforme al Esquema Nacional de Seguridad, aprobado por el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica.

¹⁷⁰ Ver, por ejemplo, Isabel Serrano, Esther Martínez y Polar Beltrán, “Una revisión crítica de La Ley española 19/2013”; *Transparencia & Sociedad*, No. 5, 2017, p. 62: “No cabe duda de que los límites son necesarios para evitar el abuso, pero hay que plantearse si dicha enumeración es lógica o excesiva, pues no podemos olvidar que los límites a los derechos no pueden ser tales que vacíen de contenido el derecho ni sean desproporcionados al fin que se persigue. El principio de proporcionalidad (Bernal Pulido, 2007) exige la comprobación de que las ventajas que se obtienen con la limitación en el derecho compensan los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Si no es así, o existe un medio menos gravoso para el derecho en cuestión con el que se consiga el mismo fin, se entenderá que no se cumple el requisito de proporcionalidad”.

¹⁷¹ “Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión...

2.8. El problema de la fragmentación de los regímenes de transparencia.

Una de las mayores controversias recientes en Francia, dice relación con el hecho de que durante los últimos años han proliferado diversos regímenes especiales de transparencia, creando el fundado temor de que la Ley de libertad de información está perdiendo su consistencia interna. El sitio web de CADA da cuenta de 46 excepciones debido a regímenes especiales (archivos, regímenes derogatorios, regímenes competitivos, etc.). En algunos de estos regímenes, la CADA cuenta con autoridad de revisión administrativa para las solicitudes rechazadas por un organismo público. Los jueces administrativos han buscado corregir lo que amenaza con transformarse en un serio problema para la eficacia del régimen de transparencia, tendiendo a fallar que la Ley de libertad de información aplica de manera supletoria.¹⁷²

... A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: ...

... VIII. 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.

El organismo garante tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que forme parte de alguno de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal; con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso resolverá un comité integrado por tres ministros. También conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de las entidades federativas que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley...". (los subrayados son nuestros). Una versión actualizada de la Constitución mexicana se encuentra disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf [fecha de consulta: 19 de noviembre de 2018].

¹⁷² Marique y Slautsky, ob. cit., pp. 110-111. El problema de la fragmentación en el contexto de la regulación europea puede verse en Kovac, ob. Cit., pp. 644-645.

2.9. El libre acceso como tendencia.

Finalmente, la tendencia en el marco del *open data* es al libre acceso a la información. En su importante estudio comparado reciente, Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, dan cuenta que se trata de una tendencia que ha comenzado a ser especialmente relevante en Europa mediante diversos esfuerzos legislativos, concretizados en diversos instrumentos; así los casos paradigmáticos de Francia (*Digital Republic*), Alemania (*Open Data Law*), o España (*Proactive disclosure*).¹⁷³

Por ejemplo, en Francia se ha desarrollado una política activa de libre acceso dentro del sector público, especialmente de manera posterior a la adopción de la FDRA el año 2016. El libre acceso se ve como una herramienta para potenciar la innovación y la actividad económica, y también aumentar la responsabilidad democrática de la Administración, así como su eficiencia. El libre acceso dentro del sector público es uno de los desarrollos más importantes relativos a la transparencia administrativa en los últimos años. Es una señal de transición desde una lógica de exigencias a una de oferta de información por parte de las autoridades francesas, así como una transición desde una lógica de acceso a documentos administrativos a una lógica de acceso a bases de datos públicas. Esta política podría mitigar los efectos de la inercia administrativa que había asolado la efectividad de la Ley de libertad de información desde sus inicios. Una unidad administrativa –Etalab- coordina y promueve las iniciativas de apertura de datos a nivel nacional y dirige una plataforma oficial centralizada de acceso de datos (www.data.gouv.fr)¹⁷⁴

3. Estándares OCDE en materia de diseño institucional de agencias independientes (sectoriales y especializados).

3.1. Introducción y prevenciones.

En las últimas tres décadas, la OCDE se ha convertido en una fuente fundamental en la formulación de principios internacionales para buenas prácticas regulatorias y diseños institucionales en materia de gobernanza de agencias independientes,

¹⁷³ Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 62.

¹⁷⁴ Marique y Slautsky, ob. cit., p. 92.

sea en ámbitos institucionales, sociales o económicos.¹⁷⁵ Lo ha hecho desde un enfoque sistémico que considera a todos los actores involucrados: el sector político (i.e., Gobierno y Congreso), los jueces, los regulados (especialmente en materia de regulación económica), los ciudadanos, y las propias agencias,¹⁷⁶ siendo estos principios desarrollados en múltiples informes.¹⁷⁷

Y es que las agencias independientes están jugando un rol cada vez más importante en la búsqueda y obtención de diversos objetivos institucionales, económicos y sociales. En efecto, si bien son los Gobiernos los responsables de establecer políticas públicas, el cumplimiento de diversas metas de carácter social, económicas, ambientales, etc., es una labor que en las modernas sociedades democráticas están quedando crecientemente en manos de agencias regulatorias las que asumen labores de regulación, fiscalización, adjudicación, etc.¹⁷⁸

Así, los estándares OCDE están diseñados para ayudar a las estructuras institucionales de las agencias a ser más efectivas en el sistema regulatorio en el que funcionan.¹⁷⁹

No importando la forma institucional que adopten las agencias regulatorias,¹⁸⁰ la OCDE ha promovido siete principios fundamentales para su gobernanza: (1)

¹⁷⁵ OECD, *The Governance of Regulators. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, 2014, p. 14.

¹⁷⁶ OECD, 2014, p. 14.

¹⁷⁷ Además de los documentos que serán utilizados en esta sección del informe, ver, por ejemplo, OECD, *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, 2005, disponible en línea en: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35028836.pdf>; OECD, *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, 2012, disponible en línea en: www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2012-recommendation.htm; OECD, *Regulatory management practices in OECD countries*, 2013, disponible en línea en: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/regulatory-management-practices-in-oecd-countries_5jm0qwm7825h-en; OECD, *OECD Principles on Transparency and Integrity in Lobbying*, 2013, disponible en línea en: www.oecd.org/corruption/ethics/Lobbying-Brochure.pdf.; OECD, *Governance of Regulators' Practices: Accountability, Transparency and Co-ordination, The Governance of Regulators*, 2016, disponible en línea en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255388-en>; y OECD, *Creating a Culture of Independence, Practical Guidance against Undue Influence*, 2017, disponible en línea en: <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/creating-a-culture-of-independence-9789264274198-en.htm>. Todos estos documentos apoyan el trabajo actual realizado en los países OCDE para mejorar los procesos operacionales y las prácticas de los reguladores y apoyar los esfuerzos de los reguladores para atraer y desarrollar la mejor gente.

¹⁷⁸ OECD, 2014, p. 9.

¹⁷⁹ OECD, 2014, p. 15.

claridad en el rol; (2) evitar influencias indebidas para mantener la confianza y la integridad en la toma de decisiones; (3) estructura de gobierno del órgano directivo; (4) *accountability* (rendición de cuentas) y transparencia; (5) vinculación e interacción con el medio (*engagement*); (6) financiamiento; y (7) evaluación de desempeño.¹⁸¹ Ello no importa crear un enfoque que sirva a todos por igual, un modelo único de agencia, sino que promover un enfoque más consistente y coherente, donde las diferencias entre los distintos reguladores reflejen el mejor modelo para sus funciones particulares, sobre la base de las mejores prácticas observadas.¹⁸²

A continuación, desarrollaremos en profundidad aquellos principios que estimamos de mayor relevancia para efectos de nuestro informe. Lo hacemos sobre la base de dos prevenciones que ha puesto sobre la mesa la propia OCDE:

- i. La mayoría de sus recomendaciones está pensada especialmente, pero no exclusivamente para agencias independientes, sectoriales¹⁸³ y especializados en el campo económico. Con todo, también en sus informes da cuenta que las agencias independientes sectoriales y especializados deben ser entendidos en un sentido amplio dado que son no solamente

¹⁸⁰ Los reguladores pueden tomar diversas formas institucionales, esto es, los elementos que caracterizan y definen al órgano que toma las decisiones y su forma legal, el grado de separación organizacional de ministerios, las fuentes de fondos para su funcionamiento, poderes de empleo y obligaciones de rendición de cuentas. Pueden ser desempeñados bajo modelos de administración centralizada (un ministerio) o por órganos autónomos; pueden serlo a nivel nacional, regional, municipal, o incluso, a escala supra nacional (como sucede con los reguladores independientes de la Unión Europea). OECD, 2014, p. 18.

¹⁸¹ Si bien las discusiones en torno a las mejores prácticas de gobernanza, suelen asociarse a su dimensión externa, esto es, mirado desde afuera del regulador, en relación a los roles, relaciones y distribución de poderes y responsabilidades entre la legislatura, ministerios, ministros, judicatura, el órgano de gobernanza del regulador, los regulados, los ciudadanos, etc., ello tiene una vinculación directa a la gobernanza interna, esto es, a la estructura organizacional del regulador, estándares de comportamiento, roles y responsabilidades, medidas de cumplimiento, supervisión de los procesos, reportes financieros, evaluación de desempeño, etc. Y es que un regulador no puede ser efectivo ni eficiente sin una organización interna clara y que funcione bien. La gobernanza interna no solo es importante para generar confianza pública, sino que también para el contexto judicial y otras revisiones independientes como las auditorías externas. OECD, 2014, pp. 19-20.

¹⁸² OECD, 2014, p. 24.

¹⁸³ Es importante mencionar que, de manera creciente, en el ámbito económico, comienzan a surgir experiencias basadas en agencias regulatorias *multisectoriales*, con enfoque de libre competencia, que han ido absorbiendo varias agencias sectoriales y especializadas.

sectores y objetivos económicos los que pueden estar bajo la supervisión de este tipo de órganos; y

- ii. En su reciente informe de 2016 para Chile en materia regulatoria,¹⁸⁴ la OCDE da cuenta dos elementos relevantes para los objetivos de este informe:
 - a. Se destaca al CPLT como un organismo autónomo responsable de promover la cultura de transparencia en la administración chilena, asegurando que el derecho de acceso a la información se encuentre garantizado, que promueve y crea capacidades en términos de transparencia, pero también impone sanciones a funcionarios de gobierno que se rehúsan a divulgar información pública.¹⁸⁵ Si bien tiende a ser una conceptualización descriptiva, lo ubica entre las agencias independientes, en oposición, a la totalidad de los reguladores económicos, ninguno de los cuales categoriza como una agencia independiente en el sentido que le da la OCDE.
 - b. En efecto, el informe OCDE 2016 da cuenta del nivel de retraso en el diseño institucional de nuestros reguladores económicos (i.e., Superintendencias) mostrando que, en Chile, en este campo, no existen realmente agencias regulatorias independientes en el sentido que les entrega la OCDE.

Con todo, creemos estas prevenciones en nada debilitan el análisis que ofreceremos acerca de las recomendaciones que la OCDE realiza en materia de diseño institucional de reguladores independientes sectoriales y especializados. Por el contrario, estimamos que se tratan de un conjunto de estándares de buenas prácticas de diseño institucional que, (i) por un lado, dan cuenta de los altos grados de autonomía técnica y de la política que requiere el regulador sectorial de un sector para ser realmente autónomo; y, (ii) por el otro, cómo el Proyecto objeto de nuestro análisis, al modificar sustantivamente las bases de un diseño institucional exitoso que descansa en un regulador independiente sectorial y especializado, sujeto a control judicial, esto es, el CPLT, se aleja de las recomendaciones OCDE en esta materia.

¹⁸⁴OECD, *Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation*, OECD Reviews of Regulatory Reform, 2016a.

¹⁸⁵ OECD, 2014, p. 66.

3.2. Cuatro estándares OCDE decisivos para evaluar el diseño propuesto por el Proyecto.

Bajo el contexto antes descrito, pasemos a examinar los estándares más relevantes que ha desarrollado OCDE en materia de la configuración de reguladores independientes (sectoriales y especializados).

3.2.1. Claridad de rol y mandato al regulador.

La claridad en el rol es esencial para que un regulador pueda entender y cumplir con su cometido de manera efectiva.

- i. El rol del regulador debería estar definido con precisión en términos de objetivos, funciones y coordinación con otras entidades. Estas deberían ser claras para el regulador, pero también para los cuerpos regulados, ciudadanos y otras partes interesadas, que cada uno comprenda que son complementarios y no en detrimento de los otros. Si no se especifican claramente los objetivos, el regulador puede no tener suficiente contexto para establecer prioridades, procesos y límites en su trabajo. Además, los objetivos claros son necesarios para que se pueda hacer responsable al regulador por su desempeño y rendir cuenta también a los *stakeholders*.¹⁸⁶
- ii. Un problema importante de la falta de definición clara de roles y funciones dice relación con que puede abrir la puerta a intervenciones excesivas o indebidas del Gobierno.¹⁸⁷¹⁸⁸

¹⁸⁶ OECD, 2014, p. 31.

¹⁸⁷ En efecto, la poca claridad en los respectivos roles crea “áreas grises” donde las decisiones de política prioritaria y objetivos (responsabilidades del gobierno electo) se mezclan con decisiones regulatorias que deberían contribuir a lograr estos objetivos (responsabilidades de reguladores independientes). OECD, *Being an independent regulator*, 2016, p. 18.

¹⁸⁸ Algún tipo de superposición es inevitable e intrínseca, sin embargo, debería evitarse confusión y estancamiento de resultados; como por ejemplo, identificando anticipadamente posibles áreas problemáticas y comunicándose regularmente el Ejecutivo y los reguladores, sobre posibles soluciones. OECD, 2016, p. 11. En efecto, “En algunos casos, el Ejecutivo emite declaraciones sobre expectativas que tiene, y los reguladores responden a estas, intentando clarificar como planean cumplir con estas expectativas. Este proceso trae cierta formalidad envuelta, así como también da integridad y credibilidad a la relación entre el regulador y el Ejecutivo, lo que podría potencialmente ayudar a resolver posibles conflictos o malentendidos entre ambos. La forma en que se realizan este tipo de declaraciones y su contenido, puede ser muy importante. Si las declaraciones otorgan guías sobre hacia donde está encaminada la actividad de un regulador, puede a su vez traer claridad sobre los roles respectivos del regulador y el Ejecutivo y servir como

- iii. El proceso legislativo y el Parlamento pueden ser útiles para solucionar bloqueos provocados por la falta de claridad sobre los límites entre los reguladores y el Gobierno.¹⁸⁹

3.2.2. Evitar la influencia indebida y presiones sobre el regulador, aumentando la integridad en la toma de decisiones: importancia central de la independencia del regulador.

- i. Un alto grado de integridad en la toma de decisiones, la cual es objetiva, imparcial, consistente y evita los riesgos de conflicto, influencia inapropiada o sesgada.¹⁹⁰ Garantizar institucionalmente que la agencia cuente con

incentivo para fortalecer y mejorar los procesos internos (por ejemplo, dando orientación en cómo mejorar las políticas de regulación o los indicadores de rendimiento). Por otro lado, no tendrían mucho uso, si estas declaraciones se convierten en una “lista de compras” de expectativas vagas y amplias. Podrían incluso verse como contraproducentes si son vistas como torpes, sugiriendo resultados en áreas técnicas que se encuentran dentro de las funciones del regulador. Existen ciertas instancias donde la falta de claridad en los roles y funciones puede abrir la puerta a intervenciones indebidas por parte del Gobierno. Algunos reguladores han sido proactivos en señalar estos problemas, mientras que, en otros casos, el bloqueo se ha vuelto evidente y ha sido resultado con intervención del Gobierno. Estas instancias pueden desestabilizar el ambiente regulatorio y crear inseguridades a los inversionistas y operadores de mercado sobre quien esta finalmente a cargo de supervisar el sector. Es inevitable la superposición hasta cierto punto en la relación entre el Ejecutivo y los reguladores, sin embargo, debe evitarse la confusión, de manera de minimizar los posibles bloqueos entre ambos. Por ejemplo, pueden evitarse los bloqueos y disiparse la confusión, si se revisa por adelantado posibles áreas problemáticas, teniendo reuniones de manera regular para poder encontrar soluciones, de acuerdo a la legitimidad de los roles y sus responsabilidades”. OECD, 2016, pp. 25-26.

¹⁸⁹ Y es que siempre existirán “áreas grises”, puesto que es muy difícil establecer roles y límites tan claros entre las responsabilidades del Ejecutivo y las del regulador. El diálogo e intercambio regular de información entre reguladores y el parlamento, puede ayudar a los parlamentarios a informarse mejor del rol de los reguladores y facilitar un debate informado cuando los problemas surjan. OECD, 2016, p. 26.

¹⁹⁰ Existen diferentes razones por la que los diversos actores involucrados en un área determinada querrán influenciar la decisión de reguladores. Ya sea que las ganancias sean políticas, financieras o cualquier otra, los reguladores se verán enfrentados a la presión de quienes deseen obtener una decisión favorable. Los reguladores pueden evitar las influencias reales o percibidas simplemente siendo más transparentes con sus decisiones. Las decisiones basadas en evidencia empírica o investigación, evaluación posterior a la implementación u opiniones de inversionistas, puede ayudar a crear confianza en esas decisiones. También es importante que las justificaciones o el razonamiento detrás de la decisión, estén abiertas al escrutinio del público, de manera de obtener no solo buenos resultados regulatorios, sino apoyar temas más importantes como el Estado de Derecho. OECD, 2014, p. 54. La naturaleza de algunas decisiones regulatorias pueden implicar a veces un mayor riesgo para la integridad del proceso regulatorio, por ejemplo, debido a la naturaleza de las decisiones, muchas veces sensibles políticamente, polémicas o donde existen presiones de intereses afectados. OECD, 2014, p. 47.

grados altos de independencia (tanto de quienes regula como del Gobierno) puede significar mayor confianza en que sus decisiones se están tomando con integridad.¹⁹¹

- ii. Importancia de la independencia frente al poder político y a regulados/interesados. Establecer al regulador con un grado de independencia formal puede otorgar gran confianza en que las decisiones son imparciales. Una cultura de independencia, liderazgo fuerte y una adecuada relación laboral con el gobierno y otros interesados son esenciales para un comportamiento de independencia regulatoria. La historia política y el contexto con el que operan los reguladores puede ser más acorde culturalmente hacia la independencia. Sin embargo, la protección de la independencia de los reguladores es un elemento importante para lograrlo. Cualquier consideración de independencia debería enfatizar que la “independencia” de una agencia regulatoria respecto del Gobierno nunca puede ser absoluta, sino que es una cosa de grados y naturaleza. Sin embargo, su nivel de autonomía ayudará a mantener la percepción de confianza respecto de las decisiones tomadas.¹⁹²

¹⁹¹ Un alto nivel de integridad mejora el resultado de las decisiones regulatorias. Los reguladores deberían tener disposiciones generales para prevenir influencias indebidas en su proceso de toma de decisiones, garantizando que estas sean objetivas, imparciales, consistentes y profesionales. OECD, 2014, p. 47.

¹⁹² OECD, 2014, p. 48. Ahora bien, la independencia del Gobierno, esto es, proteger a los reguladores del proceso político y de objetivos políticos de corto plazo, es tan importante el hecho que los reguladores no sean presa de la influencia excesiva de la industria regulada o de quienes tienen intereses que se ven afectados. Esto es igual de importante para asegurar la confianza de los ciudadanos en un ambiente regulatorio imparcial donde los reguladores tampoco sean capturados por lobistas, ya sea directa o indirectamente a través de otras presiones provenientes de otras partes del gobierno. OECD, *Being an Independent Regulator. The Governance of Regulator*, 2016, pp. 17-18. Y es que más allá de las consultas formales, los interesados pueden tratar de influenciar la decisión del regulador, a través del lobby y campañas de los medios dirigidas directamente a los reguladores, y más indirectamente mediante el contacto con ministros y miembros del Parlamento. Los casos más problemáticos son aquellos donde los interesados (especialmente la industria) pueden ejercer presión en Ministros y miembros del Parlamento para afectar las decisiones de los reguladores. La efectividad de estas presiones dependerá del grado de protección del regulador respecto de presiones indebidas por parte del Ejecutivo y el Parlamento. Sin embargo, los gobiernos son responsables de determinar el mandato y los poderes de los reguladores y estas intervenciones pueden afectar el poder y el rol del regulador. Algunos reguladores han contraatacado este riesgo haciendo públicos estos problemas y provocando un debate público entre los ciudadanos, ante quienes el gobierno es responsable. OECD, 2016, p. 64. Las campañas en los medios pueden ser especialmente virulentas, atacando no solo el mérito de una determinada decisión, sino también la legitimidad del regulador. En esos casos, donde existe un ambiente pluralista de los medios, los reguladores han podido contraatacar, usando los medios

- iii. Elementos de diseño institucional que fortalecen la independencia. La independencia es una herramienta que busca resultados más efectivos –y no un fin en sí mismo.¹⁹³ En este sentido, la literatura especializada ha identificado un amplio rango de tipos de independencia existentes, sin embargo, existe consenso sobre varias dimensiones. Las dimensiones de independencia usadas más frecuentemente son: (1) independencia presupuestaria; (2) nombramiento de directivos (unipersonal o colegiado);¹⁹⁴ (3) condiciones de destitución de los directivos;¹⁹⁵ y (4) rendición de cuentas¹⁹⁶ y reportes a los actores políticos y *stakeholders*.¹⁹⁷

para explicar sus posiciones y las razones por las que han tomado ciertas decisiones. Los reguladores también dependen de las reglas de lobby establecidas por el Gobierno (como la obligación de registrar a los lobistas y tener reunión con estos) para hacer así, la relación con la industria más transparente. OECD, 2016, p. 63.

¹⁹³ OECD, 2016, p. 34.

¹⁹⁴ Las Condiciones del nombramiento para miembros del consejo, comisión o junta directiva. Un aspecto importante de los acuerdos institucionales que protegen la independencia de los reguladores son las disposiciones relacionadas con las condiciones de nombramiento de los miembros del órgano directivo superior.¹⁹⁴ El proceso de nominación (más que el de designación) parece ser un punto fundamental. El nombramiento del Jefe de Agencia o de los miembros del Consejo es relativamente transparente y puede incluir frenos y contrapesos como debates parlamentarios o audiencias (con o sin voto formal). Sin embargo, el proceso que conlleva la elección de los nominados es en algunos casos una “caja negra”, donde la proximidad con la autoridad que nombra o algún “reparto de botín” puede ser percibido como más importante que el profesionalismo u objetividad. En algunos países, la autoridad que nombra –usualmente el Ejecutivo- se apoya en ciertos comités de búsqueda de carácter independiente, lo que ayuda en parte a abrir la caja negra y cambiar estas percepciones. OECD, 2016, p. 29. También es relevante la forma en que los reguladores atraen, retienen y motivan al personal de un regulador es esencial de la habilidad que deben poseer para actuar de manera independiente y tomar decisiones objetivas y basadas en evidencia. La cultura del profesionalismo acompañada de incentivos “suaves” compensa de cierta forma, las diferencias de remuneración con la industria. OECD, 2016, p. 13. En efecto, “Las personas que trabajan en una agencia regulatoria juegan un rol esencial en dar forma a la cultura de independencia que permea el trabajo de un regulador... Esta cultura empieza con selección y nombramientos transparentes y objetivos, se refuerza a través de rendición de cuentas y responsabilidades para el cuerpo profesional de la agencia y el desarrollo de una cultura organizacional que fomente los valores de servicio público. Trabajos interesantes y desafiantes en un ambiente que pone la importancia en incentivos no monetarios, como, por ejemplo, atención al balance entre trabajo y vida, y la posibilidad de crecer rápido dentro de la organización, ayuda a compensar las diferencias salariales entre la remuneración de los reguladores y las remuneraciones y bonos que se pagan en la industria regulada”. OECD, 2016, p. 67.

¹⁹⁵ Las condiciones de desvinculación de los directivos de reguladores independientes. La independencia de la toma de decisiones regulatorias está protegida por una serie de factores, y uno de ellos es limitar el término en condiciones de arbitrariedad de directivos de reguladores. OECD, 2014, p. 60. Asimismo, la duración limitada de los mandatos es útil para proteger de esta supuesta captura, pero se debe evitar despojar al sistema regulatorio de su experiencia y

- iv. ¿Cuándo es más idóneo un regulador independiente? Un tema relevante es si es mejor que ciertas decisiones regulatorias sean tomadas por reguladores independientes o por un ministerio o servicio del gobierno central. Para la OCDE, las agencias regulatorias independientes deberían considerarse en las siguientes situaciones: cuando hay necesidad de ver a un regulador como independiente, para mantener la confianza pública en la objetividad e imparcialidad de las decisiones; tanto las entidades gubernamentales como las no gubernamentales se encuentran regulados bajo el mismo marco y por lo tanto la neutralidad competitiva es necesaria; y, las decisiones del regulador pueden tener un impacto significativo en los intereses particulares por lo que es necesario proteger la imparcialidad. En estos tres casos, la integridad regulatoria es muy importante y es posible que exista un alto nivel de riesgo (o riesgo percibido) de vulneración a la integridad del regulador independiente, es por esto que es necesario un alto grado de independencia y distancia del gobierno (Cuadro N° 1).¹⁹⁸ Bajo otras condiciones es preferible un ministerio (Cuadro N° 2).¹⁹⁹

conocimientos. Los periodos escalonados de los miembros de la Junta puede ser un mecanismo útil para otorgar continuidad de acercamiento y proteger la independencia. OECD, 2014, p. 60.

¹⁹⁶ La posibilidad de recusación o descalificación de los miembros de la junta, funcionarios superiores u otros funcionarios involucrados en la decisión que afecta a empleadores anteriores. Esto protegerá a los reguladores de la influencia real o percibida de que podrían actuar de forma poco ética o injusta. OECD, 2014, p. 59.

¹⁹⁷ OECD, 2016, p. 41.

¹⁹⁸ OECD, 2014, p. 49. La extensión del riesgo y de la independencia requerida permitirá tomar la decisión respecto si el lugar más apropiado para el personal de apoyo del regulador independiente es dentro de un ministerio o en un cuerpo. En algunos casos está claro que es necesario un cuerpo regulatorio legalmente independiente y estructuralmente separado, mientras que en otros casos dependerá del criterio. Los factores a considerar se encuentran en los cuadros N°s 1 y 2. El objetivo fundamental al establecer un regulador como entidad independiente es administrar y mitigar cualquier riesgo a la integridad reguladora. Un alto nivel de independencia y mecanismos de responsabilidad bien diseñados se refuerzan mutuamente. Los reguladores que reciben más poder y autonomía en sus decisiones también necesitan ser más responsables ante el gobierno y la legislatura. Mecanismos de rendición de cuentas fuertes para los reguladores independientes, que no son elegidos popularmente ni administrados directamente por oficiales electos, permite a los ministros y legisladores evaluar si es que los objetivos establecidos para ellos están siendo cumplidos eficientemente y sus poderes ejercidos con integridad (Cuadro N° 1). OECD, 2014, p. 51. En cambio, cuando un regulador se ubica dentro de un ministerio, pueden lograrse diferentes grados de independencia desde la dirección ministerial, a través del diseño del esquema regulatorio (Cuadro N° 2). Por ejemplo, la legislación puede permitir que la administración ministerial se involucre de cerca en las políticas operacionales y la estrategia del regulador, pero a la vez conteniendo una prohibición para todos, incluyendo al ministerio, de dirigir encargados ministeriales respecto de ciertas decisiones, por lo tanto, otorgando un cierto grado de independencia. OECD, 2014, p. 52.

¹⁹⁹ Algunas publicaciones recientes sugieren que la participación de reguladores en redes de

Cuadro N° 1
Factores a considerar al crear un cuerpo regulatorio independiente y
estructuralmente separado.²⁰⁰

Factor	Descripción
Compromisos creíble a largo plazo	Establecer un regulador más independiente puede enviar un mensaje importante a las entidades reguladas, respecto del compromiso del gobierno de tener una administración objetiva y transparente y cumplimiento de la regulación.
Estabilidad	A mayor distancia de las influencias políticas, mayor será la posibilidad de un resultado más consistente y una toma de decisiones regulatorias predecibles.
Abordar posibles conflictos de interés	Las decisiones regulatorias que producen un impacto para el Gobierno, o que deben ser aplicadas imparcialmente tanto para entidades gubernamentales como no gubernamentales, deben ser tomadas por entidades que se encuentren separadas de ministros o ministerios.
Desarrollo de competencia regulatoria	Existe la necesidad de un especialista, en una unidad especializada con recursos.

Cuadro N°2
Factores a considerar al crear un esquema regulatorio de base ministerial²⁰¹

Factor	Descripción
Función vinculada estrechamente	La función regulatoria debe encontrarse vinculada estrechamente con la actividad ministerial, quienes mantienen el foco de conocimiento especializado y experiencia dentro del Gobierno.
Ambiente regulatorio cambiante	El ambiente regulado está sujeto a cambios rápidos, mientras que las políticas aún se desarrollan. Las decisiones regulatorias no pueden separarse rápidamente de decisiones políticas realizadas por personas bajo el control directo de ministros electos.
Función menor	La función regulatoria es incidental a las actividades no regulatorias de los ministerios, como es el caso de la prestación de servicios. Crear una entidad separada para desarrollar esta función, o asignarla aun regulador independiente no es justificable.

reguladores que operan a través de distintos sectores y fronteras nacionales puede aumentar la independencia de los reguladores. A través de su participación en la red, los reguladores podrían ganar grandes niveles de experiencia en su campo de operación, incluyendo conocimiento de potenciales soluciones que podrían proponer al Gobierno, usando información sobre lo lograble a nivel internacional. OECD, 2016, p. 43.

²⁰⁰ OECD, 2014, p. 51.

²⁰¹ OECD, 2014, p. 53.

3.2.3. Estructura del órgano directivo de agencias independientes para la toma de decisiones.

- i. Desde el punto de vista de su gobernanza, existen diversos modelos para agencias independientes, pero se puede simplificar a dos paradigmas: modelos colegiados o unipersonales. Y si bien ello dependerá de la tarea regulatoria y de los sectores sujetos a regulación, la experiencia OCDE sugiere que los modelos colegiados son los que prevalecen ampliamente.
- ii. En efecto, el informe OECD *Making Reform Happen: Lessons from OECD countries* (2010) notó que la gran mayoría de los reguladores independientes en los países OCDE siguen el modelo colegiado, que se estima asegura un mayor nivel de independencia e integridad.²⁰² Ello en función de diversos factores:
 - a. Dadas las trascendentales consecuencias de las decisiones de los reguladores, especialmente las de impacto económico y financiero, decisiones colegiadas minimizan, en relación a un individuo, las posibles de captura regulatoria o influencia política;
 - a. La diversidad en la experiencia y percepciones requeridas para tomar una decisión informada (por ejemplo, donde la regulación es basada en principios o particularmente compleja); la decisión colectiva permite diversos enfoques y la ponderación de los diversos bienes por parte de un grupo y no de un solo individuo;
 - b. Un órgano de múltiples miembros dará mayor fuerza en el proceso de tomas de decisiones estratégicas de gran complejidad; y
 - c. Promoverá la consistencia regulatoria en el largo plazo; una decisión tomada por múltiples miembros otorga una mayor “memoria corporativa” a través del tiempo.²⁰³

3.2.4. Rendición de cuentas y transparencia.

- iii. La rendición de cuentas y transparencia es la otra cara de la moneda de la independencia y es necesario un balance entre estas dos. La rendición de

²⁰² OECD, “Enabling regulatory reform” (Gabriela Meloni), *Making Reform Happen: lessons from OECD countries*, 2010, p. 249. Disponible en línea en: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/making-reform-happen/enabling-regulatory-reform_9789264086296-10-en

²⁰³ OECD, 2014, 69-71.

cuentas comprensiva y medidas de transparencia son un apoyo al buen comportamiento y desempeño de las agencias independientes, ya que permiten que su comportamiento y accionar sea evaluado sobre parámetros objetivos.²⁰⁴

- iv. Algunos elementos relevantes que han sido destacados por OCDE en esta materia son los siguientes:
- a. Expectativas del gobierno y diálogo gobierno-agencia. Un buen mecanismo para que los ministros y reguladores logren expectativas claras, es que los ministros entreguen una declaración de expectativas a cada uno de los reguladores.²⁰⁵
 - b. Rendición de cuenta a la legislatura. Los reguladores independientes deberían informar sobre su rendimiento anualmente a la legislatura, como a comités de supervisión, directamente o a través de su ministro, y publicar un informe.²⁰⁶
 - c. Rendición de cuentas a regulados y ciudadanos.²⁰⁷

²⁰⁴ OECD, 2014, p. 81.

²⁰⁵ OECD, 2014, p. 81. Los ejecutivos pueden hacer declaraciones sobre sus expectativas de como el regulador debería realizar sus actividades. El grado de interferencia política en las decisiones regulatorias dependerá de qué tan amplias sean las instrucciones: ya sea que otorguen un marco de política más bien relajado, donde el regulador tenga la libertad de elegir como cumplir con esas metas políticas, o si es que el Gobierno se encuentra presente en cada paso del proceso regulatorio para dirigir la agenda regulatoria. OECD, 2016, p. 53. Los reguladores pueden hacer recomendaciones o emitir opiniones acerca de proyectos de ley o documentos preparados por el Gobierno. En algunos casos, este rol es parte del mandato formal del regulador, e incluso requerido por ley, especialmente cuando se trata de legislación relativa a sectores que deben ser regulados. Sin embargo, no siempre las opiniones de los reguladores a los proyectos de ley serán públicas. OECD, 2016, p. 53. Algunos gobiernos comentan las decisiones regulatorias a través de los medios. Esto implica una interacción más allá de los canales institucionales más formales, y podría convertirse en una forma de ejercer presiones indebidas sobre el regulador. No obstante, los medios pueden ser usados por los reguladores para clarificar roles y contraatacar estas presiones. Esto ocurrió en Francia, donde el ministro señaló cual era la solución que él esperaba en un caso concreto, asunto que era competencia del regulador determinar. El regulador reaccionó a través de una declaración pública clarificando que el ministro no tenía autoridad en la materia. OECD, 2016, pp. 57-58. Existen casos, sin embargo, donde el regulador comparte funciones y poderes con el Ejecutivo, y a pesar de los compromisos formales por parte del Ejecutivo, de salvaguardar la independencia del regulador, la aplicación práctica de este compromiso se puede interpretar de distintas formas por parte del Ejecutivo y del regulador, afectando su relación. OECD, 2016, p. 59.

²⁰⁶ El reporte anual debería ser principalmente sobre los resultados acordados, indicadores e incluir adicionalmente cualquier orden del ministro hecha posterior a la declaración de expectativas y la aprobación del plan regulador corporativo del ministro. OECD, 2014, p. 82.

²⁰⁷ El regulador tiene una responsabilidad para con las entidades reguladas, de ejercer sus poderes de una forma que aumente la confianza en el mercado, Estado de Derecho y en general confianza

- d. La judicatura debería ayudar a asegurar que el regulador opere dentro de los poderes que se le atribuyen.²⁰⁸

4. La Ley de Transparencia vigente se basa en un CPLT como agencia independiente (sectorial y especializada) que satisface plenamente los estándares de diseño institucional OCDE y OEA para garantizar su autonomía y eficacia.

4.1 La discusión sobre agencias independientes en Chile.

Es creciente la doctrina nacional que, en la última década, ha comenzado a proponer como modelo de regulador sectorial, especializado, el de las “agencias independientes”, “agencias regulatorias independientes” o “reguladores independientes”.²⁰⁹ Como ha sostenido uno de nosotros en el pasado, estos conceptos se hace referencia a ciertos organismos públicos, insertos en la Administración del Estado, que fueron creados en tal condición o bien reformados hacia esa figura, que disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social, en donde resulta indispensable que exista

en el Estado. Al mismo tiempo le regulador debe dar respuesta al público sobre como usa sus poderes y por la forma en que lo ejerce, y si es que logra las metas políticas para las cuales existe. OECD, 2014, p. 81.

²⁰⁸ OECD, 2014, p. 81.

²⁰⁹ Ver, por ejemplo, Nicolás Enteiche, “Superintendencias: una necesaria autonomía constitucional” en I. Covarrubias y J. Alvear (eds): *Desafíos Constitucionales*, Tirant Lo Blanch, pp. 205-230; Alejandro Vergara, “Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* N° 25, julio-diciembre, 2017, pp. 45-58; Luis Cordero y José Francisco García, “Elementos de discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las “superintendencias”, *Anuario de Derecho Público UDP*, 2012, pp. 415-435; José Francisco García y Sergio Verdugo (2010), “De las Superintendencias a las Agencias Regulatorias Independientes en Chile: Aspectos Constitucionales y de Diseño Regulatorio”, *Actualidad Jurídica UDD*, Año XI, N° 22, pp. 263-305; Enrique Rajevic, “El Consejo Para La Transparencia como Agencia Independiente”, en E. Rajevic – R. Letelier (coords.) *La Transparencia en la Administración del Estado*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, 231-247; José Francisco García, “¿Inflación de Superintendencias? Un diagnóstico crítico desde el derecho regulatorio”, *Actualidad Jurídica UDD*, N° 19, Tomo I, pp. 327-371; y Superintendencia de Valores y Seguros (2008), *Comisión de Valores y Seguros*. Incluso antes de esta literatura, entre los criterios para establecer la autonomía de un órgano de naturaleza administrativa, Pierry consideraba los siguientes: régimen de designación de sus autoridades; régimen de remoción de las mismas; grados de control de tutela; régimen de financiamiento (más o menos independiente). Pedro Pierry, “La Administración del Estado en la Constitución Política”, *Revista de Derecho* (PUCV), Vol. 10, 1986, p. 427.

desvinculación del centro administrativo de decisión.^{210 211} En este sentido, las razones comunes esgrimidas en los sistemas comparados para justificar este modelo de supervisión regulatoria sectorial son esencialmente tres: neutralidad política,²¹² especialización técnica,²¹³ y eficacia.²¹⁴

²¹⁰ Cordero y García, 2012, p. 420. Su origen y discusión es transversal en la doctrina del Derecho Comparado, admitiendo distintas denominaciones: en el Reino Unido se ha dado el nombre de *quangos* (*quasi autonomous non governmental organisations*); en Estados Unidos *independent agencies*, distinguiéndolas de las *executive agencies*; en Francia se les denomina *autorités administratives indépendantes*; en Alemania *funktionale Selbstverwaltungsträgern*; en España *Autoridades Independientes*. En el Derecho Público Español, en el debate respecto de las llamadas administraciones o reguladores independientes), las coordenadas del mismo han girado en torno a la relación Estado y sociedad civil, y el régimen de Derecho Administrativo aplicable. En este sentido, el profesor Esteve Pardo indica que los órganos autónomos son tipos de organización administrativa “relativamente novedosa” y por ello “con algunos aspectos todavía por definir o categorizar”. Sin embargo, considera que “se caracterizan por la concurrencia en ella de dos rasgos o elementos fundamentales. El primero es el relativo a la posición que ocupan en el sistema administrativo tomando especialmente como referencia las coordenadas de la correlación entre el Estado y sociedad. El segundo afecta al contenido material de la actividad que desarrollan... En lo relativo a las coordenadas que nos dan la posición de estas administraciones, lo determinante es su pretendida distancia, equidistancia, respecto al Estado o a las instancias gubernamentales, de un lado, y los poderes sociales del otro. De ahí que se las califique también como administraciones neutrales”. José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons (6° ed.), 2016, pp. 151-152. En términos similares, el profesor Miguel Sánchez Morón sostiene que: “Estos organismos se caracterizan por dos notas. Una, de naturaleza sustantiva, relativa al tipo de actividades que les corresponden, que son de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (...) esto es, actividades típicamente administrativas. Otra, de régimen jurídico, ya que se rigen por el Derecho Administrativo tanto en los aspectos referidos a su organización interna como a su actividad y relaciones externas.” Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo: Parte General*, Tecnos, 2012 (8° d.), p. 414.

²¹¹ En el Derecho Público Español, en el debate respecto de las llamadas administraciones o reguladores independientes), las coordenadas del mismo han girado en torno a la relación Estado y sociedad civil, y el régimen de Derecho Administrativo aplicable. En este sentido, el profesor Esteve Pardo indica que los órganos autónomos son tipos de organización administrativa “relativamente novedosa” y por ello “con algunos aspectos todavía por definir o categorizar”. Sin embargo, considera que “se caracterizan por la concurrencia en ella de dos rasgos o elementos fundamentales. El primero es el relativo a la posición que ocupan en el sistema administrativo tomando especialmente como referencia las coordenadas de la correlación entre el Estado y sociedad. El segundo afecta al contenido material de la actividad que desarrollan... En lo relativo a las coordenadas que nos dan la posición de estas administraciones, lo determinante es su pretendida distancia, equidistancia, respecto al Estado o a las instancias gubernamentales, de un lado, y los poderes sociales del otro. De ahí que se las califique también como administraciones neutrales”. Esteve Pardo, ob. Cit., pp. 151-152. En términos similares, el profesor Miguel Sánchez Morón sostiene que: “Estos organismos se caracterizan por dos notas. Una, de naturaleza sustantiva, relativa al tipo de actividades que les corresponden, que son de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (...) esto es, actividades típicamente administrativas. Otra, de régimen jurídico, ya que se rigen por el Derecho Administrativo tanto en los aspectos referidos a su organización interna como a su actividad y relaciones externas.” Sánchez Morón, ob. Cit., p. 414.

²¹² En cuanto “obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la lucha

Desde el punto de vista de la organización, la principal característica de todas las llamadas “agencias independientes”, es el considerable grado de autonomía que la Constitución o la ley les atribuye para el desempeño de su función. Son organismos a los que se ha dotado de una autonomía cuantitativa y cualitativa muy superior a los denominados organismos administrativos históricamente “autónomos” que en estricto rigor son los “descentralizados”. Por eso la literatura, prefiere resaltar la denominación “independiente”.²¹⁵ Como sostiene Vergara, lo que caracteriza esencialmente a estas instituciones,

“es la autonomía respecto del Gobierno, esto es, del Presidente de la República (dedicado a labores de política estricta) en la ordenación, regulación y toma de decisiones y destinos en materias que la sociedad entiende relevantes, en especial cuando es necesario tomar decisiones de alta racionalidad técnica; es el caso de los bancos centrales. Por cierto estos órganos están sujetos a la Ley (que fija el Poder Legislativo) y sus decisiones están sujetas a control jurisdiccional. Su autonomía es respecto del gobierno (Presidente, sus ministros y demás instancias del Ejecutivo)”.²¹⁶

En consecuencia se trata de organizaciones de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración activa y que están configuradas legalmente de forma que el Gobierno y el resto de la Administración gubernativa carecen de las facultades de dirección que configuran

política de partidos, es decir, a la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos políticos, y más concretamente de los órganos del Estado en los que tiene lugar dicha lucha. Lo que se busca es garantizar una cierta “neutralidad” o “imparcialidad” en el ejercicio de la función y que para ello es preciso atribuir dicha función a un organismo “alejado” (independiente) de los órganos políticos del Estado”. Cordero y García, ob. Cit., p. 421.

²¹³ Con ello se busca “que este tipo de agencias adopten decisiones de alto contenido técnico que pueda superar la trampa de la denominada inconsistencia dinámica, es decir, que se confundan las prioridades técnicas de corto y largo plazo. Se afirma que la “independencia”, permitiría sustraer al Gobierno de turno de adoptar decisiones que afecten los objetivos técnicos de una regulación consistente en el largo plazo”. Cordero y García, ob. Cit., p. 421.

²¹⁴ dado que este tipo de agencias “se separan de la política y responden a objetivos técnicos, se sostiene que disfrutan de un régimen jurídico que les permite funcionar con oportunidad adecuada para resolver los problemas que les han sido entregados por la ley”. Cordero y García, ob. Cit., p. 421.

²¹⁵ Cordero y García, ob.cit., p. 420.

²¹⁶ Vergara, ob. Cit., p. 48.

típicamente su relación con la Administración institucional instrumental, y ello con la finalidad de neutralizar políticamente una actividad integrada en la órbita del Poder Ejecutivo.²¹⁷

A la luz de la evidencia OCDE, es sintomático que, en la búsqueda de diversos objetivos sociales, económicos e institucionales que se ponen en manos de estas agencias independientes, el modelo de comisión, colegiado, que refuerce la independencia de los mismos sobre la base de un sistema de designación y remoción exigente, mecanismos de protección frente a la captura de los actores políticos y de los regulados e interesados, mecanismos de financiamiento idóneos, y altos estándares de transparencia y rendición de cuentas, en Chile se ha plasmado en instituciones como el Banco Central, el CNTV y, en lo que importa, el propio CPLT, con indiferencia de si se tratan de autonomías constitucionales o legales.

4.2 El CPLT es una agencia independiente sectorial y especializada.

El que el CPLT es una agencia independiente sectorial y especializada es una idea pacífica en la literatura comparada y nacional más autorizada..

A nivel de derecho comparado en la materia, en su reciente estudio comparativo sobre acceso a la información pública, Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, dan cuenta que, a nivel de diseño institucional, existe una tendencia de crear órganos extrajudiciales independientes para hacer exigible el derecho de acceso a la información pública. Entre los modelos que destacan a nivel global como órganos de supervisión que son efectivamente independientes y cuyas potestades están configuradas a nivel legal, destaca el CPLT chileno.²¹⁸

Se trata de órganos autónomos caracterizados por los siguientes elementos de acuerdo a estos autores:

- i. Altos grados de autonomía (funcional);
- ii. Mandato y competencia legal;
- iii. Cuentan con presupuesto propio; y
- iv. Cuyos directivos cuentan con un periodo específico de ejercicio de su mandato, y en su designación y remoción, bajo causales específicas,

²¹⁷ Cordero y García, ob. Cit., 420.

²¹⁸ Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 49.

intervienen el legislativo y el ejecutivo (incluso en algunos casos el judicial).²¹⁹

Por otro lado, Perlingeiro, Liani y Díaz, en un estudio reciente, también destacan que, en el contexto de agencias independientes, Chile destaca en el concierto latinoamericano junto a México por seguir el modelo ideal de comisión de información que configura la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información.²²⁰

En otras palabras, la literatura especializada más reciente replica buena parte de los principios de diseño institucional OCDE, pero ahora aplicados de manera específica a agencias independientes sectoriales y especializadas en materia de transparencia.

Entre nosotros, y como recuerda de manera reciente el profesor Alejandro Vergara, fue un artículo del profesor Enrique Rajevic el que caracterizará por vez primera al CPLT, y de manera “perspicaz”, como una agencia independiente (“autoridad independiente” para Rajevic), bajo los estándares internacionales de este tipo de modelo.²²¹

En efecto, para Rajevic, los elementos nucleares de esta definición se encuentran en:

- i. Una naturaleza jurídica y un diseño institucional que otorga una autonomía reforzada respecto del Gobierno, lo que se materializa en arreglos específicos que la garantizan: (i) naturaleza jurídica como corporación autónoma de derecho público, con la capacidad de proponer sus propios estatutos;²²² (ii) designación y cese de los titulares de los órganos de gobierno del CPLT, en que, además, en la práctica existirán equilibrios que contribuirán a su imparcialidad;²²³ y (iii) autonomía medial, marcada por la

²¹⁹ Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 50.

²²⁰ Ricardo Perlingeiro, Milena Liani e Ivonne Díaz, “Principles of the Right of Access to Official Information in Latin America”, en Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro: The Right of Access to Public Information. An International Comparative Legal Survey, Springer, 2018, pp. 71-131.

²²¹ Vergara, ob. Cit., p. 55.

²²² Rajevic, ob. Cit., p. 233.

²²³ Rajevic, ob. Cit., pp. 236-238. Respecto de los equilibrios, Rajevic sostiene que: “Conviene destacar que haber configurado un órgano colegiado a la cabeza del CpT que necesariamente tendrá integrantes elegidos por la oposición al Gobierno, cuyo quorum de funcionamiento exige

potestad de auto organización, gestión de personal, auto disposición de bienes;²²⁴

- ii. Respecto de las potestades sustantivas de ordenación del CPLT, el mandato amplio y claro que le define la Ley de Transparencia, da cuenta de por qué el legislador lo diseña como una autoridad independiente (o regulador independiente sectorial y especializado en el lenguaje de este informe). En efecto, ello permite entregarle amplias potestades normativas de carácter general; potestades resolutivas en casos singulares; potestades fiscalizadoras y sancionatorias; entre otras;²²⁵
- iii. En su génesis conceptual y hasta su aprobación en el Congreso Nacional, el modelo de regulador colegiado, independiente, sectorial y especializado, contó con un amplio y transversal apoyo en el mundo técnico y político:

“... no debe olvidarse que el diseño legal del Consejo –como el de toda Administración Independiente– pretendió explícitamente generar una especie de “parcela competencial” donde la dirección presidencial fuera mínima, pues se entendía que ello era esencial para garantizar genuinamente el acceso a la información pública: así fue propuesto por el Informe del Grupo de Expertos nombrado por la Presidente de la República en noviembre de 2006 [omite cita], así lo recogió la Indicación Sustitutiva Presidencial de diciembre de 2006, así lo entendieron los parlamentarios de ambas cámaras que respaldaron *unánimemente* este modelo organizacional y así lo entendió el Tribunal Constitucional al validarlo en su sentencia Rol N° 1051/2008 (con algunas disidencias)”.²²⁶

- iv. Junto con lo anterior, Rajevic nos recuerda un valioso antecedente: la referida Comisión de Expertos, no sólo promovió en su informe “la autonomía necesaria para desarrollar su función”, sino que señaló como “óptimo que tuviera rango constitucional”, promoviendo una regla de

tres de los cuatro integrantes y cuya presidencia es rotativa, contribuye de manera relevante a la imparcialidad de este organismo”. Rajevic, ob. Cit., p. 238.

²²⁴ Rajevic, ob. Cit., pp. 238-240.

²²⁵ Rajevic, ob. Cit., pp. 240-244.

²²⁶ Rajevic, ob. Cit., p. 246.

designación presidencial con el acuerdo de 2/3 del Senado y con remoción bajo causales estrictas con el mismo quorum por el Senado;²²⁷

Por otro lado, Cordero y García también dan cuenta en su texto fundacional sobre agencias independientes, que el CPLT es uno de los pocos ejemplos en nuestro sistema institucional que satisface plenamente las condiciones requeridas para ser un regulador independiente.²²⁸

Vergara, por su parte, siguiendo a Rajevic, destaca también al CPLT, junto al Banco Central, la Contraloría General de la República, el CNTV, y el Ministerio Público, como “excepcionalísimos casos de órganos autónomos”, que pueden ser equiparados a agencias independientes.²²⁹

4.3 El CPLT es una autoridad independiente, sectorial y especializada, bajo los estándares de la OEA, constituyendo para esta un modelo a seguir en la región.

La Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública ha sido destacada por la literatura comparada especializada tanto en términos generales, como específicamente en el modelo de diseño institucional de comisión de información que propone.²³⁰

A la luz de la Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública y la guía para su implementación, encontramos los siguientes parámetros que dan cuenta de por qué el CPLT no es sólo una agencia independiente sectorial y especializada, sino que, como veremos al final de esta sección, es modelo de supervisor en materia de transparencia y acceso a la información pública para la región, junto con el regulador mexicano.

²²⁷ Rajevic, ob. Cit., p. 246.

²²⁸ Cordero y García, ob. Cit., p. 419.

²²⁹ Vergara, ob. Cit., pp. 53-54.

²³⁰ Ver Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, ob. Cit., p. 16. Por su parte, Perlingeiro, Liani y Díaz, ob. Cit., p. 113 han señalado que: “La Comisión de Información establecida en la Ley Modelo Interamericana es una institución de importancia fundamental, aunque haya sido adoptada sólo por una minoría de los estados miembros de la OEA. La Comisión es configurada como un órgano independiente con plena capacidad legal, a cargo de promover de forma efectiva acceso a información pública, con atribuciones para hacer exigible la normativa y resolver controversias a través de una mediación (extrajudicial) entre las partes en apelación al rechazo de entrega de información”.

En efecto, a partir de la preceptiva OEA antes indicada se han destacado los siguientes elementos fundamentales de diseño institucional:

- i. Establecimiento de un órgano administrativo especializado destinado a supervisar y satisfacer el cumplimiento de la legislación y la resolución de controversias que surgen entre el derecho de acceso a la información pública y el interés del Estado en proteger determinada información;²³¹
- ii. Para la Relatoría Especial de Libertad de Expresión, la experiencia y la práctica comparada han demostrada la importancia de contar con autoridades independientes y especializadas en los distintos ordenamientos jurídicos para evitar que se diluyan los esfuerzos en el cumplimiento de esta legislación, sin perjuicio de la existencia de revisión judicial de las decisiones denegatorias de acceso;²³²
- iii. La Ley Modelo y su guía destacan la importancia de contar con un órgano supervisor especializado capaz de generar políticas uniformes en materia de información pública, para todos los organismos obligados por la normativa, que tenga además la facultad de coordinar los esfuerzos de distintas áreas, capacitar recursos humanos, generar conciencia ciudadana, identificar y difundir buenas prácticas, asesorar a funcionarios y desarrollar mecanismos para facilitar la gestión de las solicitudes de información;²³³
- iv. De acuerdo a la guía de implementación de la Ley Modelo, existen varios modelos para el establecimiento de un órgano de supervisión, “pero quizás es más eficaz, como se destaca en la Ley Modelo, sea un sistema que cuente con una Comisión de Información especializada responsable de supervisar el funcionamiento del régimen de acceso a la información, así como como su cumplimiento.” Asimismo, la guía destaca que, independientemente del modelo de supervisor que se elija, “es vital que el mandato del órgano o unidad se establezca por ley”, a la vez que enfatiza

²³¹ OEA, ob. Cit., p. 16.

²³² OEA, ob. Cit., p. 17.

²³³ OEA, ob. Cit., p. 17.

que “a medida que se va adquiriendo experiencia en esta materia, se observa la necesidad de un órgano de supervisión especializado”;²³⁴

- v. Los modelos de Comisión, como el CPLT, se consideran el mejor modelo entre los alternativos dado que es congruente con los principios de independencia, rentabilidad, accesibilidad, oportunidad y especialidad. De hecho, el Título VI de la Ley Modelo, N° 53 y ss., consagra una comisión de información modelo que cuenta con un diseño institucional extraordinariamente similar al CPLT en diversas dimensiones;²³⁵
- vi. La guía de implementación de la Ley Modelo reconoce que la independencia es fundamental para el éxito de los supervisores, distinguiendo entre los elementos de independencia externos e internos.
 - a. Los externos se asocian al (i) modo en que el organismo ha sido creado y constituido o al modo mediante el cual le fue otorgado el mandato de supervisión y cumplimiento de lo establecido en la normativa de acceso a la información, siendo relevante la base legal y autonomía operativa conferida; (ii) posición dentro del organigrama institucional y cobertura territorial; (iii) reglas para la selección y remoción de sus autoridades; y (iv) la existencia de organizaciones rivales que puedan disputar el ejercicio de sus funciones.
 - b. Desde la perspectiva interna, esto es, asociados a su funcionamiento una vez que ha sido conformado, la independencia y autonomía se relaciona con (i) el presupuesto que obtiene para desarrollar sus actividades; (ii) el personal que cuenta para el desarrollo de sus funciones y el grado de especialización de sus recursos humanos;²³⁶

De acuerdo a los criterios que se consagran en la Ley Modelo, la guía para su implementación, y el conjunto de estándares que ha surgido a la luz de las mejores prácticas de diseño institucional y de aplicación de las respectivas legislaciones de transparencia, la OEA ha llegado a la siguiente conclusión:

“La sistematización realizada permitió corroborar la importancia del funcionamiento de órganos autónomos especializados que aseguren el

²³⁴ Guía implementación Ley Modelo, ob. Cit., p. 14.

²³⁵ Guía implementación Ley Modelo, ob. Cit., p. 17.

²³⁶ OEA, ob. Cit., p. 20.

derecho al acceso a la información pública. Asimismo, una conclusión general de este estudio es la importancia de que estos órganos tengan el mandato específico y preciso de resolver controversias respecto a la aplicación de las leyes en la materia. La incidencia de estos órganos en la garantía plena del derecho es notoria. Los marcos normativos que atribuyen competencias a unidades especializadas, autónomas e independientes para resolver las disputas que puedan crearse respecto del acceso o denegatoria de información pública tienden a tener resoluciones más robustas y exhaustivas. **Por ello, se recomienda seguir el ejemplo de aquellos Estados, como México y Chile, donde se muestra una vigorosa práctica de protección del derecho a partir de dichas instituciones**". (El destacado y subrayado es nuestro).

Bajo este contexto, resulta evidente bajo los estándares que ha identificado y promovido las instituciones OEA que el CPLT es un regulador independiente sectorial y especializado, constituyendo para esta un modelo a seguir en la región.

5. Conclusiones al capítulo: ¿el diseño institucional propuesto por el Proyecto, satisface las mejores prácticas en el Derecho Comparado y de diseño institucional de reguladores independientes sectoriales y especializados bajo los estándares OCDE y OEA?

A nuestro juicio, la respuesta es negativa. En efecto, el diseño institucional propuesto por el Proyecto importa un retroceso respecto de los importantes avances que ha conseguido nuestro país en materia de transparencia (ver diagnóstico en el Capítulo I). Ello en atención a los siguientes argumentos:

- i. Una mirada respecto de **buenas prácticas, los desafíos y los aprendizajes más relevantes en el Derecho Comparado**, nos llevan a destacar que a la luz de los criterios identificados, y especialmente los que a nuestro juicio son los más relevantes, descritos en las **letras a,²³⁷ b,²³⁸ c²³⁹ y h,²⁴⁰** salvo el primero (a), el diseño institucional propuesto por el

²³⁷ Máxima amplitud de los órganos públicos sometidos a la normativa general de transparencia, lo que incluye al equivalente de lo que en Chile denominamos órganos autónomos constitucionales.

²³⁸ Aplicación del régimen general de transparencia a los tribunales de justicia y a los parlamentos, pero sólo en su fase administrativa.

²³⁹ Prevalencia de los reguladores independientes, sectoriales y especializados, respecto de los órganos garantes de la normativa de transparencia, los que típicamente toman la forma de un

Proyecto no se ajusta a los mismos. Ello da cuenta de un retroceso institucional respecto de la situación actual de la Ley N° 20.285. En efecto:

- a. Si bien debe ser considerado un importante avance la ampliación de las normas de transparencia a los órganos autónomos constitucionales de naturaleza administrativa, jurisdiccional y el Congreso Nacional, el que lo hagan bajo un régimen excepcional, especial, fragmentado, contraría las buenas prácticas comparadas;
 - b. En efecto, la fragmentación del sistema, de acuerdo a la propuesta del Proyecto, contraría las experiencias internacionales que han demostrado las negativas consecuencias de esta fragmentación, lo que aconseja, evitar caminar por dicho camino;
 - c. Contamos en nuestro sistema jurídico con una agencia independiente, sectorial y especializada, el CPLT, de naturaleza colegiada, que ha logrado en su accionar dar un enfoque holístico y coherente a la Ley de Transparencia; ello se perdería bajo el nuevo sistema institucional propuesto, especialmente desde la perspectiva de las nuevas Direcciones de Transparencia fragmentadas entre las autonomías constitucionales y la creación de la Comisión de Transparencia del Estado que, en la práctica, se transformaría en un supra-poder, minimizando el rol institucional del CPLT con todo los efectos negativos que ello conllevaría, y de lo que hemos dado cuenta a lo largo de este informe;
- ii. A la luz de **los parámetros que ha establecido la OCDE en materia de gobernanza de agencias independientes sectoriales y especializadas**, podemos concluir que de los cuatro más relevantes que hemos identificado como críticos, esto es, (a) claridad en el mandato (legal); (b) independencia técnica y política que garantice la integridad regulatoria; (c) estructura de gobierno del regulador, y (d) rendición de cuentas y transparencia, el Proyecto tiende a desnaturalizar los tres primeros (a, b y c) y avanza en la dirección correcta con d. En efecto:
- a. El CPLT hoy tiene un mandato claro de naturaleza legal como

órgano colegiado en la mayoría de los casos o, en países de cultura anglosajona, la de comisionado, que tienen por objeto lograr un enfoque holístico y coherente.

²⁴⁰ Evitar y/o minimizar modelos regulatorios que promuevan la fragmentación, evitando la proliferación de regímenes especiales, afectando la seguridad jurídica y la coherencia interna de la regulación, lo que, en el caso de Francia, ha debido ser corregido por los jueces tendiendo a aplicar de manera supletoria la ley de libertad de información

autoridad regulatoria, fiscalizadora y sancionatoria en materia de transparencia en la Ley N° 20.285. Dicho mandato se desperfila y desnaturaliza con el mandato que se entrega a las Direcciones de Transparencia en las autonomías constitucionales y especialmente con el rol institucional que asumiría la Comisión de Transparencia del Estado propuesta.

- b. Al potenciar las dos instituciones antes referidas, a la vez que potenciar el rol del Ministerio SEGPRES y del Ministerio de Justicia y DD.HH., todos los beneficios sociales de contar con un regulador independiente sectorial y especializado se pierden, especialmente la garantía de autonomía bajo la cual el CPLT ha venido desarrollando su labor en la última década, potenciándose los elementos político-gubernamentales. En efecto, bajo esta idea de un supra-poder, la Comisión del Estado, sólo aumenta el poder del Gobierno respecto del sistema de transparencia, en perjuicio del CPLT, lo que, como hemos visto, tiene manifestaciones muy concretas como el control y administración del Portal de Transparencia.
- c. En otras palabras, cualquier innovación introducida por el Proyecto a la luz de los estándares OCDE, debiese apuntar a aumentar el poder y autonomía del CPLT, no ha disminuirlo o diluirlo, y, en caso alguno, aumentar *vis a vis*, las atribuciones del gobierno central en materia de transparencia. Ocurre exactamente lo opuesto con el Proyecto;
- d. En esta materia, lo único destacable es que se aumentan los estándares de rendición de cuentas del CPLT, avance respecto de la situación actual.
- e. Se debe destacar que en su reciente informe 2016 para Chile en materia regulatoria, la OCDE destaca al CPLT como un organismo autónomo responsable de promover la cultura de transparencia en la administración chilena, asegurando que el derecho de acceso a la información se encuentre garantizado, que promueve y crea capacidades en términos de transparencia, pero también impone sanciones a funcionarios de gobierno que se rehúsan a divulgar información pública. Si bien tiende a ser una conceptualización descriptiva, lo ubica entre las agencias independientes, en oposición, a la totalidad de los reguladores económicos, ninguno de los cuales categoriza como una agencia independiente en el sentido que le da la OCDE.

- f. Todo lo anterior da cuenta de que, en términos de los principios de diseño institucional promovidos por la OCDE, el CPLT, en comparación a un modelo que busca fortalecer los ministerios y las direcciones de transparencia en las autonomías constitucionales, es superior en cada una de estas dimensiones.
- iii. La literatura especializada comparada más reciente (Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, 2018) da cuenta que, a nivel de diseño institucional, existe una tendencia de crear órganos extrajudiciales independientes para hacer exigible el derecho de acceso a la información pública. Entre los modelos que destacan a nivel global como órganos de supervisión que son efectivamente independientes y cuyas potestades están configuradas a nivel legal, destaca el CPLT chileno. Se trata de órganos autónomos caracterizados por los siguientes elementos de acuerdo a estos autores: (a) altos grados de autonomía (funcional); (b) mandato y competencia legal; (c) cuentan con presupuesto propio; y (d) cuyos directivos cuentan con un periodo específico de ejercicio de su mandato, y en su designación y remoción, bajo causales específicas, intervienen el legislativo y el ejecutivo (incluso en algunos casos el judicial). En otras palabras, la literatura especializada más reciente replica buena parte de los principios de diseño institucional OCDE, pero ahora aplicados de manera específica a agencias independientes sectoriales y especializadas en materia de transparencia.
- iv. Finalmente, bajo los parámetros que ha definido la OEA en la Ley Modelo Interamericana, como en la guía para su implementación, la Ley de Transparencia, en general, y el CPLT como regulador independiente sectorial y especializado, son considerados modelos para imitar en la región:
- a. La Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información pública ha sido destacada por la literatura comparada especializada tanto en términos generales, como específicamente en el modelo de diseño institucional de comisión de información que propone.
 - b. La Ley Modelo y su guía destacan la importancia de contar con un órgano supervisor especializado capaz de generar políticas uniformes en materia de información pública, para todos los organismos obligados por la normativa, que tenga además la facultad de coordinar los esfuerzos de distintas áreas, capacitar

recursos humanos, generar conciencia ciudadana, identificar y difundir buenas prácticas, asesorar a funcionarios y desarrollar mecanismos para facilitar la gestión de las solicitudes de información.

- c. De acuerdo a la guía de implementación de la Ley Modelo, existen varios modelos para el establecimiento de un órgano de supervisión, pero destaca el de Comisión de Información especializada responsable de supervisar el funcionamiento del régimen de acceso a la información, así como como su cumplimiento. Asimismo, la guía destaca que, independientemente del modelo de supervisor que se elija, es vital que el mandato del órgano o unidad se establezca por ley, a la vez que enfatiza que a medida que se va adquiriendo experiencia en esta materia, se observa la necesidad de un órgano de supervisión especializado.
- d. Los modelos de Comisión, como el CPLT, se consideran el mejor modelo entre los alternativos dado que es congruente con los principios de independencia, rentabilidad, accesibilidad, oportunidad y especialidad. De hecho, el Título VI de la Ley Modelo, N° 53 y ss., consagra una comisión de información modelo que cuenta con un diseño institucional extraordinariamente similar al CPLT en diversas dimensiones.

CAPÍTULO IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A lo largo de este informe, hemos ido dando cuenta de las falencias del Proyecto tanto en su dimensión constitucional, como en su dimensión de diseño institucional. Este capítulo final del informe, está dividido en dos partes: primero, sintetizamos las conclusiones más relevantes del mismo; segundo, formulamos recomendaciones a modo de lineamientos de reforma al Proyecto objeto de nuestro análisis.

I. CONCLUSIONES

1. **A pesar de los desafíos pendientes, existe, en general, un diagnóstico positivo acerca de la aplicación de la ley N° 20.285 desde su vigencia en 2008 en nuestro país, lo que se ve confirmado en múltiples estudios, indicadores comparados y nacionales, iniciativas legislativas que buscan perfeccionar el modelo vigente, e incluso el propio diagnóstico formulado por el Gobierno. Con todo, en caso alguno este diagnóstico puede justificar la reconfiguración sustantiva del diseño institucional que propone el Proyecto, reconfiguración que deben ser calificada sin ambigüedades como un retroceso institucional y un experimento voluntarista en diseño de instituciones en nuestro país sin evidencia que lo respalde.**
 - i. Existe un consenso amplio en nuestra sociedad en torno a los importantes avances conseguidos en materia de transparencia y acceso a la información pública en la última década, desde la implementación de la Ley N° 20.285 y antes de eso, de la reforma constitucional de 2005 que consagró el principio constitucional de publicidad en el art. 8° inc. 2 CPR. Ello, además, bajo el contexto de jurisprudencia relevante de la CIDH (caso *Claude Reyes*), como asimismo del TC (desde STC Rol N° 634-2007), que han ido configurando ambos institutos, dándole densidad normativa.
 - ii. Estos avances pueden verse reflejados en los indicadores comparados de transparencia, donde nuestro país se ubica en posiciones de avanzada, como también en indicadores generados por el CPLT en su encuesta nacional de transparencia la que da cuenta, cómo, en la práctica, se ha ido instalando lentamente una verdadera “cultura de la transparencia” en

nuestro país.

- iii. Diversas iniciativas legislativas y propuestas de política pública han buscado perfeccionar nuestro régimen de transparencia, sobre la base del fortalecimiento (y de sus capacidades institucionales) del CPLT. Ello es posible de observar, por ejemplo, en las recomendaciones de la Comisión Engel o en diversos proyectos de ley.
- iv. A pesar de que en los antecedentes y fundamentos basales del Proyecto el Gobierno reconoce buena parte de este diagnóstico, justificando el cambio regulatorio propuesto sobre la base de este consenso compartido, en lógica incrementalista, y especialmente considerando la aplicación práctica de la Ley N° 20.285, iluminada por la jurisprudencia del CPLT y de los tribunales de justicia, llama la atención, como será desarrollado a lo largo de este Informe, que el modelo regulatorio propuesto en caso alguno descansa sobre una lógica incrementalista. Muy por el contrario, sus elementos nucleares dan cuenta de un drástico cambio en bases esenciales del diseño institucional.
- v. En concreto, sin ánimo de ser exhaustivos, y sólo para efectos de ilustrar el cambio de paradigma que busca implementar el Proyecto, este descansa sobre las siguientes bases:
 - a. **Fragmenta el sistema de transparencia.** Ello sobre la base de crear diversas direcciones de transparencia en los órganos autónomos constitucionales a los que, correctamente, amplía la obligación de las normas de transparencia. Sin embargo, el medio regulatorio elegido, como se verá, genera una serie de consecuencias negativas:
 - i. Afecta la coherencia regulatoria que hoy le entrega al sistema el CPLT, debilitando de paso el rol del CPLT como agencia independiente sectorial y especializada;
 - ii. Aumenta los costos de información de los ciudadanos al multiplicar el número de órganos con competencia en materia de transparencia, lo que equivale a debilitar el ejercicio de su derecho de acceso a la información pública; y
 - iii. Amenaza la eficacia del principio de publicidad constitucional.

b. Fortalece la dimensión gubernamental del sistema (propia de la política ordinaria) en oposición a hacerlo en una lógica estatal (política de Estado), esto es, se trata sin ambigüedades de un retroceso institucional.

- i. En efecto, en vez de potenciar las capacidades institucionales del CPLT, por ejemplo, ampliando su competencia en materia de transparencia respecto de las autonomías constitucionales, en su rol asesor del Gobierno en materia de políticas públicas de transparencia, o como administradora del portal de transparencia, potencia en estos ámbitos, *vis a vis*, el rol del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y del Ministerio de Justicia y DD.HH., lo que debe ser visto, sin ambigüedades, como un retroceso institucional.
- ii. En este sentido, no es aconsejable que los entes públicos obligados por esta ley, sean quienes tengan un rol tan relevante de contenido y control de la normativa de transparencia. El Ministerio SEGPRES es un sujeto pasivo, obligado ante la normativa de transparencia, no tener un rol relevante como cuasi-regulador, o al menos, coordinador de un sistema nacional de transparencia que minimiza, en consecuencia, el rol del CPLT.
- iii. Por lo demás, un área de política que ha logrado instalarse en la esfera de lo estatal, dominado en lógica de política de Estado, pasa al campo de lo gubernamental, en la esfera de la política partisana ordinaria. Como se verá en el Capítulo III se trata de una innovación (involución) que va exactamente en la dirección contraria a las experiencias en el Derecho Comparado y los estándares de la OCDE y OEA;
- iv. La creación de la Comisión de Transparencia del Estado y entregar al Ministerio SEGPRES la administración del Portal de Transparencia fortalece y ejemplifica la crítica anterior. En efecto:
 1. La nueva Comisión, lejos de constituirse en un espacio estatal en oposición a lo gubernamental, tiende a fragmentar el sistema de transparencia, minimiza el rol institucional del CPLT y busca fortalecer el rol del

gobierno en el sistema. Un examen del diseño institucional propuesto, los miembros que lo componen, las potestades que se le asignan, la especial relevancia de los ministerios SEGPRES y Justicia, etc., son todos ejemplos que fortalecen la crítica esgrimida en (b) anterior.

2. A idéntica conclusión llegamos a la hora de preguntarnos por qué el Portal de Transparencia será administrado por el Ministerio SEGPRES.

2. El modelo propuesto por el Proyecto de extensión de la obligación de transparencia respecto de las autonomías constitucionales de naturaleza administrativa si bien está correctamente orientado, no satisface los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública. Asimismo, el modelo propuesto por el Proyecto de extensión de la obligación de transparencia a las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional y al Congreso Nacional puede satisfacer de mejor forma los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública si, en su dimensión administrativa, se rigen por el régimen general de transparencia.

- i. Nuestro sistema constitucional es uno que, desde el punto de vista de los órganos del Estado, se encuentra regido por los principios de supremacía constitucional y juridicidad, la separación de funciones en diferentes órganos, y un esquema complejo y sofisticado de pesos y contrapesos institucionales, que tienen por objeto, precisamente, maximizar la interacción de controles recíprocos entre diversos órganos constitucionales, sean estos autónomos o no, de representación popular, de control, etc. Ello en directo beneficio de garantizar una democracia constitucional en forma, en términos generales, y, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en particular.
- ii. A nuestro juicio, una interpretación sistemática y finalista de la Carta Fundamental, invita a maximizar la satisfacción conjunta del principio constitucional de publicidad y el derecho fundamental de acceso a la información pública, por sobre interpretaciones fuertes de la autonomía constitucional que poseen ciertos órganos, especialmente en el caso de

órganos constitucionales autónomos de naturaleza administrativa. En efecto, como hemos destacado anteriormente, la autonomía no equivale a una autarquía absoluta en todas sus decisiones y ciertamente no se contrapone a que la Constitución y la ley puedan establecer, dentro de límites, un control interórganos, en materias que no sean las propias de su competencia constitucional o esencial. A juicio de estos disidentes, ninguno de estos órganos constitucionalmente autónomos verá afectada su autonomía para resolver en las materias de su exclusiva competencia por la instauración de un control heterónomo en materia de publicidad de sus actos.

- iii. En efecto, del análisis de la doctrina especializada, la jurisprudencia del TC y un precedente reciente de la Excm. Corte Suprema es posible inferir que:
 - a. No es posible confundir la autonomía que poseen estos órganos con autarquía, en el sentido de que implique sostener la ausencia de mecanismos de control sobre las actuaciones que realizan determinados órganos, creando una suerte de espacio libre de normas y de controles externos.
 - b. Para definir el ámbito de su autonomía, debemos remitirnos a las funciones y atribuciones que la Constitución les encomendó, de modo que su autonomía es derivada y limitada, extendiéndose sólo al ámbito expresamente descrito por la Carta Fundamental, no pudiendo, en consecuencia, extenderse a otros.
 - c. La Carta Fundamental admite (a) que el legislador regule y desarrolle la institución, (b) para lo cual puede considerar diversos grados e intensidades de la regulación de tal autonomía, teniendo como límites:
 - i. No poder eliminar la institución;
 - ii. No afectar el núcleo esencial de su mandato constitucional, esto es, no cabe que el legislador desfigure o altere las características esenciales que esta institución posee, privándola de todo sentido o eficacia;
 - iii. Imponer una relación de dependencia o tutela directa del poder central o las máximas autoridades gubernativas, afectando o inhibiendo seriamente un actuar con independencia al momento de adoptar sus propias decisiones en el campo de

sus atribuciones exclusivas.

- iv. Todo lo anterior no es sino consecuencia de que, como todo órgano del Estado, debe actuar, conforme al art. 6° y 7° de la CPR, con pleno respeto al principio de juridicidad constitucional. En efecto, como García de Enterría nos recordara de forma lúcida, todo órgano autónomo (legal o constitucionalmente) es y sigue siendo un órgano del Estado, por lo que su potestad y competencia se encuentran limitadas al pleno respeto del principio de juridicidad, no pudiendo, so pretexto de su autonomía, desligarse del control y dirección exigible a cualquier órgano del Estado.²⁴¹ En consecuencia, la idea de neutralidad que justifica la autonomía institucional está circunscrita y relevada únicamente a su quehacer propio, pero en ningún caso al control jurídico sobre sus actos, y al escrutinio propio de cualquier órgano del Estado. Relajar dichos controles constituye una abierta infracción al principio de juridicidad, que rige toda la actuación del Estado.
- v. A nuestro juicio, el diseño propuesto por el Proyecto no satisface los mandatos constitucionales de transparencia y acceso a la información pública al establecer un sistema fragmentado, separado, que rompe con el modelo regulatorio general de la Ley de Transparencia vigente, aumentando los costos de acceso a la información pública a los ciudadanos, basado en múltiples instituciones, lo que además causará un detrimento en términos de seguridad jurídica al co-existir una serie de criterios interpretativos (de las distintas direcciones de transparencia de cada uno de los órganos). En consecuencia, la idea correcta que subyace al Proyecto de ampliar la aplicación de las normas de transparencia a los órganos autónomos constitucionales, en su ejecución concreta debilita precisamente los mandatos constitucionales que sostiene promover.
- vi. Junto con lo anterior, cabe destacar que no parece haber fundamento alguno para que el legislador haya **obviado la situación del Consejo de**

²⁴¹ Así, sostuvo: “No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama ... valores que se entiende serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, La Ley, pp. 435-436.

Seguridad Nacional (COSENA), regulado en el Capítulo XII de la CPR (arts. 106 y 107), el que ha sido excluido entre los sujetos que el Proyecto busca incluir.

- vii. En el caso de las **autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional**, a la luz de la experiencia del Derecho Comparado, parece pacífica la distinción entre el ámbito de ejercicio de funciones administrativas por parte de órganos de naturaleza jurisdiccional que, estarán, en consecuencia, sujetos al régimen general de transparencia y acceso a la información pública de aquel otro, estrictamente jurisdiccional, que no formará parte de dicho sistema. En este sentido, del examen del derecho comparado en este punto específico, Blanke y Perlingeiro dan cuenta de que quedan excluidos del régimen de transparencia aspectos tales como el proceso de selección, promoción y de disciplina a los jueces. En consecuencia, no hay fundamento alguno para que, en su dimensión estrictamente administrativa, el Poder Judicial, el TC y la Justicia Electoral no queden sujetas al régimen general de transparencia en este aspecto.
- viii. Respecto del **Congreso Nacional**, y también a la luz de la mejor experiencia del Derecho Comparado, no existen razones fundadas para que, en el ámbito de las funciones administrativas, estas no queden amparadas bajo el régimen general hoy vigente de transparencia.
- a. Por lo demás, es lo que un grupo de diputados transversales ha planteado mediante el proyecto de ley que modifica la Ley N° 19.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional a fin de asegurar el acceso a la información pública, recientemente ingresado a tramitación legislativa, y patrocinado por un grupo transversal de diputados, que 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 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.
 - b. Se trata de un precedente valioso que razona en forma similar a la argumentación central ofrecida por este informe:

- i. Da cuenta de lo irregular que tanto el Congreso Nacional, pero otras autonomías constitucionales, hayan quedado exentas de entrar íntegramente al régimen general de transparencia y, en cambio, las normas de transparencia sean pocas y de baja densidad;
 - ii. A la luz de sus argumentos, no parece existir fundamento alguno que permita justificar la necesidad de fragmentar el régimen general de transparencia como lo propone el Proyecto de gobierno objeto de análisis por parte de estos informantes, estableciendo en las autonomías constitucionales direcciones de transparencia en lógica autónoma, balcanizada. Se trata de una mirada que se opone frontalmente a la lógica del proyecto de ley de estos diputados, aunque no sea explícito;
 - iii. El CPLT es percibido por este grupo transversal de diputados como un supervisor y autoridad en materia de transparencia que ha cumplido de manera efectiva con su rol institucional, al que se potencia mediante esta iniciativa, considerándose lo pilar de una legislación de transparencia que ha sido positiva; y
 - iv. Resalta como ideal regulativo el propuesto en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública que, como veremos en el próximo capítulo, tiene, a su vez, como ideal regulativo el CPLT (al igual que la agencia mexicana), a los que invita a seguir al resto de los países de la región.
- ix. En definitiva, no encontramos fundamento alguno (ni siquiera, como hemos visto, en términos de preservar la autonomía constitucional de estos órganos, lo que debe considerarse una incorrecta interpretación de la CPR o en un sentido excesivamente fuerte de las autonomías constitucionales) que impida al legislador ampliar el actual esquema de transparencia basado en un regulador independiente, sectorial y experto, con autonomía legal, como es el CPLT, impidiendo con ello la fragmentación del sistema en múltiples direcciones de transparencia dependientes de las diversas autonomías constitucionales, dificultando entonces a los ciudadanos y toda persona de los beneficios del cumplimiento del principio de publicidad y del disfrute efectivo de su derecho fundamental al acceso a la información

pública.

- x. Todo lo anterior se vuelve además evidente a la luz del método de selección de los tres miembros de las direcciones de transparencia. En efecto, en comparación a la designación de los directivos del CPLT, podemos observar:
 - a. La intervención directa en la designación de uno de los miembros por parte del propio órgano constitucional autónomo, genera un evidente problema de parcialidad;
 - b. La designación por parte de la Comisión de Transparencia del Estado de los otros dos miembros, en caso alguno genera un escenario en que puedan promoverse equilibradamente los principios de ingratitud, imparcialidad y rendición de cuentas y responsabilidad de las autoridades que los están designando (vis a vis el modelo Presidente y Senado que opera para el CPLT). Por lo demás, se trata de un modelo de designación de directivos experimental, que obvia los esquemas probados de designación de altos funcionarios (especialmente considerando el rol que se pretende jueguen).²⁴²
 - c. Lo anterior, es especialmente deficitario considerando el rol institucional que jugaría la Comisión de Transparencia del Estado.

- xi. Y es que el actual modelo normativo de transparencia, basado en el CPLT como regulador independiente sectorial y especializado, satisface de mejor forma los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública. Su ampliación en los términos antes descritos, esto es, respecto de todos los órganos autónomos constitucionales, e incluyendo las fases administrativas de los órganos autónomos constitucionales de naturaleza jurisdiccional y el Congreso Nacional, demuestra que en realidad la pregunta de diseño institucional relevante en realidad pasa a ser otra: la

²⁴² Pardow y Verugo ofrecen evidencia empírica respecto de las bondades del sistema de nombramiento de autoridades regulatorias en Chile, dando cuenta de que la intervención del Senado es particularmente virtuosa en diversas dimensiones, analizando cerca de 200 nombramientos realizados en Chile entre 1990 y 2016. Entre los hallazgos figura que los directivos elegidos con participación del Senado tienen niveles similares de afiliación política, pero mejores antecedentes profesionales; el tiempo de permanencia de los directivos es mayor (dos veces más largo); y es tres veces más probable que se mantengan en sus cargos después de la instalación del nuevo gobierno. Diego Pardow y Sergio Verdugo, “El rol del Senado en el nombramiento de las autoridades regulatorias en Chile” (inédito; en arbitraje en revista de derecho).

sede en que se resolverá, por vía de reclamación, las controversias interpretativas respecto de la aplicación de la Ley de Transparencia en los casos concretos cuando exista disparidad de criterios entre ambas instituciones (el CPLT y un órgano autónomo constitucional). Y ello consiste precisamente en garantizar un amplio espacio de revisión judicial. Es, por lo demás, la forma en que hoy opera nuestra legislación de transparencia, mediante un contencioso administrativo especial (reclamo de ilegalidad).

3. Desde la perspectiva del diseño institucional propuesto, el Proyecto contraría las buenas prácticas que encontramos en el Derecho Comparado, como, asimismo, los estándares de buena gobernanza de reguladores independientes sectoriales y especializados que ha definido la OCDE, como asimismo los estándares que ha desarrollado la OEA.

- i. Una mirada respecto de **buenas prácticas, los desafíos y los aprendizajes más relevantes en el Derecho Comparado**, nos llevan a destacar los siguientes elementos:
 - a. Máxima amplitud de los órganos públicos sometidos a la normativa general de transparencia, lo que incluye al equivalente de lo que en Chile denominamos órganos autónomos constitucionales;
 - b. Aplicación del régimen general de transparencia a los tribunales de justicia y a los parlamentos, pero sólo en su fase administrativa;
 - c. Prevalencia de los reguladores independientes, sectoriales y especializados, respecto de los órganos garantes de la normativa de transparencia, los que típicamente toman la forma de un órgano colegiado en la mayoría de los casos o, en países de cultura anglosajona, la de comisionado, que tienen por objeto lograr un enfoque holístico y coherente;
 - d. Aumento de reglas por default que miran el interés de los ciudadanos/interesados en facilitar el acceso a la información pública;
 - e. La aparición creciente de nuevos principios orientadores que se suman a los tradicionales. Ejemplos de los primeros: reutilización, interoperabilidad, neutralidad tecnológica, calidad y mejora continua entre otros.
 - f. El test o principio de proporcionalidad también está jugando un rol

- relevante en la lógica de ponderación de los diversos derechos en juego;
- g. Del caso mexicano resulta especialmente interesante la opción de transformar a su regulador independiente en una autonomía constitucional;
 - h. Evitar y/o minimizar modelos regulatorios que promuevan la fragmentación, evitando la proliferación de regímenes especiales, afectando la seguridad jurídica y la coherencia interna de la regulación, lo que, en el caso de Francia, ha debido ser corregido por los jueces tendiendo a aplicar de manera supletoria la ley de libertad de información;
 - i. El libre acceso como tendencia futura, el que ha buscado cambiar la lógica desde la demanda de información por parte de la ciudadanía, hacia ampliar la oferta de la información.
- ii. A la luz de los criterios antes expuestos, y especialmente los que a nuestro juicio son los más relevantes, descritos en las **letras a, b, c y h**, salvo el primero (a), el diseño institucional propuesto por el Proyecto no sólo se aleja, sino se pone en completa oposición a ellos. Ello da cuenta de un grave retroceso institucional respecto de la situación actual de la Ley N° 20.285. En efecto:
- a. No existe razón alguna para que todos los órganos autónomos constitucionales de naturaleza administrativa ingresen al régimen general de transparencia, y, sólo en sus fases administrativas lo hagan las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccionales (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Justicia Electoral), y el Congreso Nacional;
 - b. Contamos en nuestro sistema jurídico con un regulador independiente, sectorial y especializado, el CPLT, de naturaleza colegiada, que ha logrado en su accionar dar un enfoque holístico y coherente a la Ley de Transparencia; ello se perdería bajo el nuevo sistema institucional propuesto, especialmente desde la perspectiva de las nuevas Direcciones de Transparencia fragmentadas entre las autonomías constitucionales y la creación de la Comisión de Transparencia del Estado que, en la práctica, se transformaría en un supra-poder, minimizando el rol institucional del CPLT con todo los efectos negativos que ello conllevaría;

- c. Idénticas consideraciones nos llevan a plantear que la fragmentación del sistema, de acuerdo a la propuesta del Proyecto, contraría las experiencias internacionales que han demostrado las negativas consecuencias de esta fragmentación, lo que aconseja, evitar caminar por dicho camino;
- iii. Podemos sintetizar las **recomendaciones que ha formulado OCDE en materia de diseño institucional de reguladores independientes sectoriales y especializados**, en los términos siguientes:
 - a. La claridad en el rol es esencial para que un regulador pueda entender y cumplir con su cometido de manera efectiva.
 - i. Debe estar definido con precisión en términos de objetivos, funciones y coordinación con otras entidades;
 - ii. Es fundamental para que rinda cuenta por su desempeño;
 - iii. La falta de claridad en esta definición puede abrir la puerta a intervenciones excesivas o indebidas del gobierno;
 - iv. El proceso legislativo y el Congreso son útiles para solucionar bloqueos provocados por la falta de claridad de rol entre el regulador y el Gobierno.
 - b. Para evitar la influencia indebida sobre el regulador por parte del Gobierno, del sistema político y los intereses particulares, y aumentar la integridad regulatoria es fundamental la independencia efectiva del regulador.
 - i. La integridad regulatoria requiere de una toma de decisiones objetiva, imparcial, consistente, carente de conflictos de interés y de una influencia inapropiada o sesgada;
 - ii. La independencia efectiva del regulador lo es cuando se la garantiza tanto respecto del Gobierno y del sistema político (y de objetivos políticos de corto plazo), como de los intereses particulares. También es relevante que se le garantice de modo indirecto (evitando el lobby de intereses particulares a través del sistema político para lograr decisiones favorables del regulador);
 - iii. El diseño institucional de un regulador es fundamental para conseguir una independencia efectiva. Ello se relaciona con variables o dimensiones como:
 - a. Independencia presupuestaria;

- b. Condiciones de nombramiento y remoción de autoridades y directivos;
- c. Rendición de cuentas y reportes a actores políticos y stakeholders.
- iv. Existirán hipótesis bajo las cuales se recomienda que el regulador sea un órgano independiente:
 - a. Cuando existe la necesidad de mantener la confianza pública en la objetividad e imparcialidad de sus decisiones;
 - b. Los regulados son tanto entidades públicas como privadas, lo que requiere neutralidad (competitiva en el caso económico);
 - c. Impacto significativo en intereses particulares que requiere proteger la imparcialidad de las decisiones.
- v. Por el contrario, hipótesis en las cuales se privilegiará un regulador ministerial, un servicio dependiente directamente del gobierno, están asociadas a la idea de que las decisiones regulatorias ni son centrales respecto de las actividades no regulatorias del ministerio, ni pueden separarse fácil y rápidamente de las decisiones políticas realizadas por personas bajo el control directo de ministros electos.
- c. Desde la perspectiva de la estructura y gobernanza del órgano directivo de los reguladores independientes para la toma de decisiones, si bien existen modelos colegiados o unipersonales, la experiencia OCDE sugiere que los modelos colegiados son los que prevalecen ampliamente:
 - i. Se estima asegura un mayor nivel de independencia e integridad;
 - ii. Dadas las trascendentales consecuencias de sus decisiones, las que son colegiadas minimizan, en relación a un individuo, las posibles de captura regulatoria o influencia política;
 - iii. La diversidad en la experiencia y percepciones requeridas para tomar una decisión informada (por ejemplo, donde la regulación es basada en principios o particularmente compleja); la decisión colectiva permite diversos enfoques y la ponderación de los diversos bienes por parte de un grupo y no de un solo individuo;

- iv. Un órgano de múltiples miembros dará mayor fuerza en el proceso de tomas de decisiones estratégicas de gran complejidad; y
 - v. Promoverá la consistencia regulatoria en el largo plazo; una decisión tomada por múltiples miembros otorga una mayor “memoria corporativa” a través del tiempo.
 - d. La rendición de cuentas y transparencia es la otra cara de la moneda de la independencia y es necesario un balance entre estas dos. La rendición de cuentas comprensiva y medidas de transparencia son un apoyo al buen comportamiento y desempeño del regulador, ya que permiten que el comportamiento del regulador sea evaluado por la legislatura o la autoridad responsable.
- iv. A la luz de los parámetros que ha establecido la OCDE en materia de gobernanza de reguladores independientes sectoriales y especializados, podemos concluir que de los cuatro más relevantes que hemos identificado como críticos, esto es, (a) claridad en el mandato (legal); (b) independencia técnica y política que garantice la integridad regulatoria; (c) estructura de gobierno del regulador, y (d) rendición de cuentas y transparencia, el Proyecto tiende a desnaturalizar los tres primeros (a, b y c) y avanza en la dirección correcta con d. En efecto:
 - a. El CPLT hoy tiene un mandato claro de naturaleza legal como autoridad regulatoria, fiscalizadora y sancionatoria en materia de transparencia en la Ley N° 20.285. Dicho mandato se desperfila y desnaturaliza con el mandato que se entrega a las Direcciones de Transparencia en las autonomías constitucionales y especialmente con el rol institucional que asumiría la Comisión de Transparencia del Estado propuesta.
 - b. Al potenciar las dos instituciones antes referidas, a la vez que potenciar el rol del Ministerio SEGPRES y del Ministerio de Justicia y DD.HH., todos los beneficios sociales de contar con un regulador independiente sectorial y especializado se pierden, especialmente la garantía de autonomía bajo la cual el CPLT ha venido desarrollando su labor en la última década, potenciándose los elementos político-gubernamentales. En efecto, bajo esta idea de un supra-poder, la Comisión del Estado, sólo aumenta el poder del Gobierno respecto del sistema de transparencia, en perjuicio del CPLT, lo que, como

- hemos visto, tiene manifestaciones muy concretas como el control y administración del Portal de Transparencia.
- c. En otras palabras, cualquier innovación introducida por el Proyecto a la luz de los estándares OCDE, debiese apuntar a aumentar el poder y autonomía del CPLT, no ha disminuirlo o diluirlo, y, en caso alguno, aumentar *vis a vis*, las atribuciones del gobierno central en materia de transparencia. Ocurre exactamente lo opuesto con el Proyecto;
 - d. En esta materia, lo único destacable es que se aumentan los estándares de rendición de cuentas del CPLT, avance respecto de la situación actual.
 - e. Se debe destacar que en su reciente informe 2016 para Chile en materia regulatoria, la OCDE destaca al CPLT como un organismo autónomo responsable de promover la cultura de transparencia en la administración chilena, asegurando que el derecho de acceso a la información se encuentre garantizado, que promueve y crea capacidades en términos de transparencia, pero también impone sanciones a funcionarios de gobierno que se rehúsan a divulgar información pública. Si bien tiende a ser una conceptualización descriptiva, lo ubica entre las agencias independientes, en oposición, a la totalidad de los reguladores económicos, ninguno de los cuales categoriza como una agencia independiente en el sentido que le da la OCDE.
 - f. Todo lo anterior da cuenta de que, en términos de los principios de diseño institucional promovidos por la OCDE, el CPLT, en comparación a un modelo que busca fortalecer los ministerios y las direcciones de transparencia en las autonomías constitucionales, es superior en cada una de estas dimensiones.
- v. La literatura especializada comparada más reciente (Hermann-Josef Blanke y Ricardo Perlingeiro, 2018) da cuenta que, a nivel de diseño institucional, existe una tendencia de crear órganos extrajudiciales independientes para hacer exigible el derecho de acceso a la información pública. Entre los modelos que destacan a nivel global como órganos de supervisión que son efectivamente independientes y cuyas potestades están configuradas a nivel legal, destaca el CPLT chileno. Se trata de órganos autónomos caracterizados por los siguientes elementos de acuerdo a estos autores: (a) altos grados de autonomía (funcional); (b) mandato y competencia legal; (c)

cuentan con presupuesto propio; y (d) cuyos directivos cuentan con un periodo específico de ejercicio de su mandato, y en su designación y remoción, bajo causales específicas, intervienen el legislativo y el ejecutivo (incluso en algunos casos el judicial). En otras palabras, la literatura especializada más reciente replica buena parte de los principios de diseño institucional OCDE, pero ahora aplicados de manera específica a agencias independientes sectoriales y especializadas en materia de transparencia.

vi. Finalmente, bajo los **parámetros que ha definido la OEA** en la Ley Modelo Interamericana, como en la guía para su implementación, **la Ley de Transparencia, en general, y el CPLT como regulador independiente sectorial y especializado, en particular, son considerados modelos para imitar en la región.**

- a. Establecimiento de un órgano administrativo especializado destinado a supervisar y satisfacer el cumplimiento de la legislación y la resolución de controversias que surgen entre el derecho de acceso a la información pública y el interés del Estado en proteger determinada información;
- b. La Ley Modelo y su guía destacan la importancia de contar con un órgano supervisor especializado capaz de generar políticas uniformes en materia de información pública, para todos los organismos obligados por la normativa, que tenga además la facultad de coordinar los esfuerzos de distintas áreas, capacitar recursos humanos, generar conciencia ciudadana, identificar y difundir buenas prácticas, asesorar a funcionarios y desarrollar mecanismos para facilitar la gestión de las solicitudes de información;
- c. Si bien de acuerdo la guía de implementación de la Ley Modelo, existen varios modelos para el establecimiento de un órgano de supervisión, “pero quizás es más eficaz, como se destaca en la Ley Modelo, sea un sistema que cuente con una Comisión de Información especializada responsable de supervisar el funcionamiento del régimen de acceso a la información, así como como su cumplimiento.” Asimismo, la guía destaca que, independientemente del modelo de supervisor que se elija, “es vital que el mandato del órgano o unidad se establezca por ley”, a la vez que enfatiza que “a medida que se va adquiriendo experiencia en

- esta materia, se observa la necesidad de un órgano de supervisión especializado”;
- d. Los modelos de Comisión, como el CPLT, se consideran el mejor modelo entre los alternativos dado que es congruente con los principios de independencia, rentabilidad, accesibilidad, oportunidad y especialidad. De hecho, el Título VI de la Ley Modelo, N° 53 y ss., consagra una comisión de información modelo que cuenta con un diseño institucional extraordinariamente similar al CPLT en diversas dimensiones;
- e. De acuerdo a los criterios que se consagran en la Ley Modelo, la guía para su implementación, y el conjunto de estándares que ha surgido a la luz de las mejores prácticas de diseño institucional y de aplicación de las respectivas legislaciones de transparencia, la OEA ha llegado a la siguiente conclusión: “La sistematización realizada permitió corroborar la importancia del funcionamiento de órganos autónomos especializados que aseguren el derecho al acceso a la información pública. Asimismo, una conclusión general de este estudio es la importancia de que estos órganos tengan el mandato específico y preciso de resolver controversias respecto a la aplicación de las leyes en la materia. La incidencia de estos órganos en la garantía plena del derecho es notoria. Los marcos normativos que atribuyen competencias a unidades especializadas, autónomas e independientes para resolver las disputas que puedan crearse respecto del acceso o denegatoria de información pública tienden a tener resoluciones más robustas y exhaustivas. **Por ello, se recomienda seguir el ejemplo de aquellos Estados, como México y Chile, donde se muestra una vigorosa práctica de protección del derecho a partir de dichas instituciones**”. (El destacado y subrayado es nuestro).

II. RECOMENDACIONES.

A la luz de las conclusiones que hemos desarrollado en la sección anterior, hemos llegado a una convicción que no estaba del todo nítida al comenzar la investigación que sostiene este informe: el modelo de diseño institucional en que está basada la Ley de Transparencia, esto es, la centralidad del CPLT como autoridad independiente sectorial y especializada –a la que además el Congreso busca entregar la supervisión de los datos personales, dando cuenta de la confianza institucional que existe respecto de su labor–, es un modelo que, como ha definido el sistema OEA resulta un modelo a seguir en sí mismo.

En efecto, a la luz de la investigación realizada hemos llegado a la conclusión de que:

- i. La Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública goza de gran prestigio a nivel global entre la literatura especializada, especialmente el modelo de Comisión de Información propuesto en la misma;
- ii. La institucionalidad OEA bajo esta Ley y en su guía de implementación da cuenta que el CPLT es la concretización de tal modelo en su esencia;
- iii. Los modelos de comisión de información colegiados como agencias independientes están comenzando a proliferar globalmente sólo de manera reciente y los aprendizajes institucionales comparados se están desarrollando en paralelo a los del CPLT; y
- iv. En consecuencia, en el contexto actual, el CPLT es un diseño institucional modelo, de exportación, no sólo en la región sino a nivel global.

En virtud de lo anterior, existiendo un conjunto de perfeccionamientos positivos que propone el Proyecto, desde la perspectiva del diseño institucional, consideramos que es un error plantear un cambio sustantivo de paradigma, basado en el CPLT como autoridad supervisora, y, los perfeccionamientos deben ser más bien en lógica de perfeccionamiento incremental, sobre la base del aprendizaje institucional de la última década, en el margen.

En consecuencia, y sin perjuicio de que en la segunda fase de este trabajo tomen

la forma de indicaciones o enmiendas al Proyecto, nuestras recomendaciones, desde la perspectiva de fortalecer los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública, y hacerlo, conjuntamente, en línea con buenas prácticas en el Derecho Comparado y las recomendaciones generales OCDE de diseño institucional de agencias independientes sectoriales y especializadas, y específicas de OEA en materia de comisiones de información, son las siguientes:

1. Innovaciones que introduce el Proyecto al régimen de transparencia y otros cuerpos legislativos que fortalecen los mandatos y estándares referidos, y que deben ser consideradas positivas:

- i. Extensión del ámbito de aplicación de la actual ley a otros sujetos, sólo en cuanto se propone aumentar los sujetos obligados por la Ley de Transparencia, incorporando a las corporaciones y asociaciones municipales, así como a los órganos autónomos constitucionales.²⁴³
- ii. Se crea el sitio electrónico Portal de Transparencia del Estado,²⁴⁴ con la finalidad de facilitar a los órganos del Estado el cumplimiento de los deberes de transparencia activa, además de permitir la presentación y tramitación de solicitudes de acceso a la información que se presenten ante dichos órganos.

Prevención: Este Portal debe ser administrado por el CPLT, en línea con la propuesta del Centro de DD.HH. UDP de “Darle rango legal al Portal del estado, estableciendo la obligatoriedad de su uso y asignando su administración al Consejo para la Transparencia (a diferencia del proyecto de ley N° 12-100-07, que lo entrega al propio Ejecutivo)”.²⁴⁵

²⁴³ Modificación introducida al artículo 2°, inciso 4°: “El Congreso Nacional, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral y el Tribunal Calificador de Elecciones se ajustarán a las disposiciones contenidas en la ley N° 20.285 y en sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente, cuando ello corresponda.” (también se incorpora el Banco Central y la Contraloría General de la República).

²⁴⁴ Artículo décimo segundo.

²⁴⁵ Centro de DD.HH. UDP, ob. Cit., p. 285.

- iii. Nuevas funciones del Ministerio Secretaría General de la Presidencia y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.^{246 247}

Prevención: Son positivas en los ámbitos específicos de su competencia, excluyendo, como hemos visto, sus competencias ampliadas en la Comisión de Transparencia del Estado.

- iv. Nueva obligación de cuenta pública del Consejo para la Transparencia.²⁴⁸ Esta nueva obligación va en línea con las prescripciones que hemos dado cuenta de la experiencia del Derecho Comparado, y los estándares fijados por OCDE y OEA.
- v. Modificaciones al procedimiento del derecho al acceso a la información pública.

Prevención: Todas las innovaciones en esta materia nos parecen positivas y en algunos casos prudenciales (aumentos de plazo). Con todo, la idea de fortalecer la oposición de terceros, aumentando el plazo de 2 a 5 días hábiles para que los órganos de la Administración del Estado notifiquen a terceros que puedan verse menoscabados en sus derechos con la entrega de información requerida, como, asimismo, que el tercero afectado podrá ejercer el derecho de oposición dentro del plazo de 10 días hábiles en vez de 3, contados desde la notificación,²⁴⁹ es un buen ejemplo de uno de los déficits procesales que tienen las direcciones de transparencia de los

²⁴⁶ Artículo décimo tercero, numeral 3, del Mensaje, que crea el artículo 9 B) nuevo: “La División de Integridad Pública y Transparencia tendrá como función asesorar al Presidente de la República, cuando así lo solicite, en la elaboración, promoción e implementación de políticas, planes y programas referidos a integridad pública, probidad en el ejercicio de función pública, transparencia y gobierno abierto.

Asimismo, le corresponderá la difusión, promoción e implementación de legislación y medidas administrativas referidas a integridad, probidad y transparencia en ejercicio de la función pública, así como servir de instancia de coordinación a las oficinas de atención ciudadana de los órganos de la Administración Central del Estado, en orden a favorecer el mejoramiento de la calidad del servicio público.”

²⁴⁷ Artículo décimo quinto.

²⁴⁸ Artículo primero, letra s), que agrega el artículo 40 bis. En su inciso final se agrega: “Además, el Consejo deberá establecer, según disponga una resolución dictada por el Consejo Directivo, un consejo de la sociedad civil, de carácter consultivo, que estará conformado de manera diversa, representativa y pluralista por integrantes de asociaciones sin fines de lucro que tengan relación con la competencia del Consejo para la Transparencia.”

²⁴⁹ Artículo primero, letra j) que modifica el artículo 20 de la Ley.

órganos autónomos constitucionales cuando el Proyecto les entrega potestades de reclamación: en dichos casos la posición de los terceros se ve disminuida respecto de estas innovaciones, derechos a los que los terceros que se oponen no acceden y, en consecuencia, estimamos se generan vulneraciones a los artículos 19 N° 2 CPR respecto de igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria y 19 N° 3 CPR sobre debido proceso (infracción al justo y racional procedimiento del inc. 6).

vi. Modificaciones al procedimiento de reclamo o amparo ante el Consejo para la Transparencia.^{250 251 252 253}

vii. Nuevas sanciones.²⁵⁴

viii. Nuevas obligaciones de transparencia activa.²⁵⁵

ix. Introducción de nuevas obligaciones de transparencia fiscal.²⁵⁶

2. Innovaciones del Proyecto que debilitan los mandatos constitucionales de publicidad y acceso a la información pública y se oponen a las buenas prácticas del Derecho Comparado y los estándares OCDE y OEA, y que invitan a formular indicaciones o enmiendas al Proyecto:

- i. La creación de Direcciones de Transparencia para cada uno de los 8 órganos constitucionales autónomos referidos por el Proyecto, mediante la modificación de sus leyes orgánicas constitucionales respectivas, las que estarían integradas por 3 directores cada una, dos de los cuales serían designados por un nuevo órgano denominado “Comisión de Transparencia” y el restante por el presidente, jefe superior u órgano de dirección superior del órgano autónomo constitucional, según corresponda, a base de una

²⁵⁰ Artículo primero, letra m) que introduce el nuevo artículo 24 bis.

²⁵¹ Artículo primero, letra n) que agrega un nuevo inciso final.

²⁵² Artículo primero, letra o) que sustituye el artículo 26 de la Ley.

²⁵³ Artículo primero, letra p) que modifica el actual artículo 27 de la Ley.

²⁵⁴ Artículo primero, letras u), v) y w) que reemplazan los artículos 45, 46 y 47 de la Ley.

²⁵⁵ Artículo primero, letra c) que modifica el artículo 7° de la Ley.

²⁵⁶ Artículo primero, letra d) que incorpora un nuevo artículo 7° bis.

nómina que elaborará el Consejo de Alta Dirección Pública.²⁵⁷

Recomendaciones:

- a. Ampliar el régimen de transparencia existente en la Ley N° 20.285 a todos los órganos autónomos constitucionales, incluyendo los de naturaleza administrativa, también al COSENA, y, en su dimensión administrativa, a las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional y al Congreso Nacional. Ello importa, eliminar del Proyecto las direcciones de transparencia propuestas.
- b. Así, concordamos, en términos generales, con el planteamiento formulado en el reciente informe de DD.HH. UDP, que propone: “Terminar con los regímenes de autocontrol en materia de transparencia existentes en el Congreso u otros órganos del Estado, en lo referente a la vertiente administrativa de su gestión, preferentemente extendiendo hacia ellos la competencia del Consejo para la Transparencia a través de una reforma constitucional, sea estableciendo comisiones especiales en cada caso que no sea autogeneradas, de manera de contar con un recurso eficaz para garantizar el derecho de acceso a la información pública. El primer camino parece preferible para evitar que la fragmentación del sistema lo debilite, lo que probablemente ocurrirá de aprobarse la propuesta del proyecto de ley N° 12.100-07”.²⁵⁸
- c. Estimamos que para lograr el objetivo de (a) no se requiere de una reforma constitucional, pero sí buscar una interpretación diferente respecto de la jurisprudencia del TC que ha limitado la obligatoriedad de la regulación dictada por el CPLT respecto de las autonomías constitucionales.
- d. A la luz de experiencias del Derecho Comparado, es posible pensar en transformar las direcciones de transparencia propuestas en el Proyecto, en unidades especializadas de transparencia al interior de las autonomías constitucionales que tengan un relacionamiento

²⁵⁷ Artículo décimo primero, inciso 2°.

²⁵⁸ Centro de DD.HH. UDP, ob. Cit., p. 285.

intenso, en lógica de coordinación institucional, capacitación, etc., con el CPLT. Lo que sí resulta de la esencia de esta modificación (y de la recomendación general de (a) de eliminar las direcciones de transparencia del Proyecto), es no puedan tener competencia de las reclamaciones por no entrega de información.

- e. Respecto de las autonomías constitucionales de naturaleza jurisdiccional debemos distinguir:
 - i. Respecto del Poder Judicial.
 - 1. La extensión del régimen general de transparencia debiese limitarse principalmente a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.
 - 2. De mayor complejidad, resultan otras actuaciones administrativas, de los tribunales superiores de justicia, en materia de disciplina y calificaciones. A nuestro juicio, en estas materias sí podría estudiarse una regla de excepción al régimen general de transparencia, mediante la creación de una unidad de transparencia especializada, al interior del Poder Judicial, que resolviera respecto de las solicitudes de acceso de información.
 - ii. Respecto del Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, debiese seguirse el criterio expuesto en 1.
 - iii. Respecto del Congreso Nacional, debiese ingresar al régimen general de transparencia las dimensiones administrativas de su quehacer, especialmente aquellas bajo la competencia de del Consejo Resolutivo de asignaciones parlamentarias y el Comité de auditoría parlamentaria, regulado en el Título VII de la LOC del Congreso Nacional. En línea con el proyecto recientemente ingresado por un grupo de diputados, ello implica modificar el régimen de reclamaciones del artículo 4° inc. 4, como asimismo someter al régimen general de transparencia las actuaciones del referido consejo y comité

regulados en los artículos 66 y siguientes de la LOC del Congreso Nacional.

- ii. Creación de la Comisión de Transparencia del Estado,²⁵⁹ la cual actuará de instancia de coordinación de los órganos del Estado, cuyas funciones serán determinar los lineamientos generales del desarrollo, funcionamiento e implementación del Portal de Transparencia del Estado y velar por la correcta y adecuada implementación y aplicación de la ley, entre otros.²⁶⁰

Recomendaciones:

- a. Eliminarlo del Proyecto.
- b. En subsidio, y siguiendo el modelo mexicano, promover que sea el CPLT, a través de su Presidente, quien presida la Comisión de Transparencia del Estado, dejando en un segundo nivel a las autoridades ministeriales que el Proyecto potencia (Ministerio SEGPRES y Justicia y DD.HH.).

3. Reformas constitucionales que permitirían fortalecer la posición institucional del CPLT.

- i. Consagrar al CPLT en la Carta Fundamental como órgano autónomo constitucional.

²⁵⁹ Artículo décimo primero, inciso 3°: “Dicha Comisión de Transparencia del Estado de Chile estará integrada por las siguientes autoridades.

- k) El Ministro Secretario General de la Presidencia, en representación del Presidente de la República, quien la presidirá;
- l) El Presidente del Senado;
- m) El Presidente de la Cámara de Diputados;
- n) El Presidente de la Corte Suprema; el Fiscal Nacional del Ministerio Público;
- o) El Presidente del Tribunal Constitucional;
- p) El Presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral;
- q) El Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones;
- r) El Contralor General de la República;
- s) El Presidente del Banco Central; y,
- t) El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien actuará como Secretario Ejecutivo.

²⁶⁰ Artículo décimo primero, inciso 1°.

- a. En principio, y de acuerdo a lo que podemos extraer de este informe, la interpretación fuerte de la autonomía constitucional (en alguna jurisprudencia del TC), ha venido cediendo de manera creciente en iniciativas legislativas o el poderoso precedente reciente de la Excma. Corte Suprema respecto de la bitácora de la toma de razón de la CGR, a una más equilibrada que busca respetar la autonomía funcional de dichos órganos, pero haciéndolo compatible con controles externos en los ámbitos que no son los nucleares del mismo.
 - b. Por otro lado, sabemos, a la luz del Derecho Comparado, y las buenas prácticas OCDE y OEA analizadas, el concepto de “autonomía” se relaciona más bien con aspectos de diseño institucional. El CPLT es un paradigma en esta materia; su fuerte autonomía está dada por un diseño institucional virtuoso, que trasciende su naturaleza de autonomía “simplemente” legal, no constitucional.
 - c. Con todo, la reciente experiencia mexicana –sin perjuicio de la necesidad de tener a la vista los aspectos culturales y su forma de Estado federal–, debe ser vista con especial interés en la medida en que, llevada a nuestra realidad, podría consolidar al CPLT en lógica de ser garante de una política de Estado, órgano de control protegido por la rigidez constitucional, y de mayorías ocasionales y transitorias. Sabemos, la rigidez constitucional cumple un rol central de protección de los órganos de control.
- ii. Aprobar la reforma constitucional que otorga reconocimiento constitucional al principio de transparencia y al derecho de acceso a la información pública (Boletín 8805).²⁶¹

²⁶¹ Centro de DD.HH UDP, ob. Cit., p. 286.

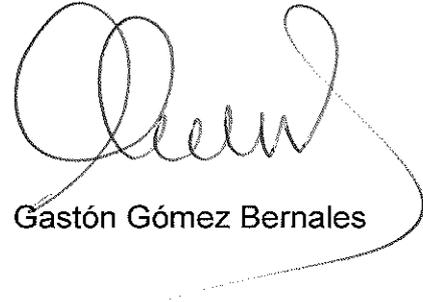
Evaluación proyecto de ley que modifica Ley N° 20.285
GÓMEZ, PALLAVICINI & GARCÍA ABOGADOS
Diciembre de 2018

Es todo cuanto podemos informar a ustedes.

Les saludan atentamente,



José Francisco García García



Gastón Gómez Bernales