

INFORME EN DERECHO

“Factibilidad de otorgar a un organismo administrativo autónomo por ley potestades para fiscalizar deberes de transparencia por parte de órganos constitucionales autónomos”

Enrique Rajevic Mosler *

El presente informe revisará si es factible que un organismo con autonomía de rango legal que integra la Administración del Estado pueda ejercer facultades fiscalizadoras por mandato legal respecto del cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Transparencia por parte de órganos constitucionales autónomos, entregando además, alternativas regulatorias para el caso que se requiera aplicar modificaciones normativas.

1. La historia de la Ley N° 20.285: de la admisión inicial al retroceso y la sentencia de control preventivo del Tribunal Constitucional.

1.1. La indicación que dio origen al Consejo para la Transparencia.

La Ley N° 20.285 (D.O. 20.08.2008), sobre acceso a la información pública (LAIP), se originó en una moción parlamentaria (Boletín N° 3.773-06) sobre la materia (de los Senadores Jaime Gazmuri y Hernán Larraín) que impulsó el Gobierno a sugerencia del Grupo de Expertos que nombró la Presidenta Michelle Bachelet, en noviembre de 2006, para superar una serie de escándalos ligados al uso de fondos públicos. Para estos efectos el Gobierno ingresó una indicación sustitutiva el 06.12.2006, ya en el segundo trámite constitucional del proyecto en la Cámara de Diputados, la que transformó dicha moción -originalmente un conjunto de modificaciones de leyes vigentes- en una Ley en sí misma, de más de 40 artículos, creando un “Instituto de Promoción de la Transparencia” que tenía competencia sobre la Administración Pública y se aplicaba expresamente a “la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades” (art. 2°). La denominación del instituto se transformaría en la tramitación legislativa para llegar a la actual de Consejo para la Transparencia (en adelante, CpIT).

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Profesor de la Universidad Alberto Hurtado. Máster en Política Territorial y Urbanística y Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

1.2. La exclusión de Contraloría y el Banco Central.

La Contraloría participó activamente en la discusión de este proyecto de ley y sostuvo en el segundo trámite constitucional, al igual que el Banco Central, que no podían quedar sujetos a la tuición del Consejo, posición que terminó por prevalecer llevando a excluirlos.

Con todo, si se revisa el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados¹ el texto del artículo 2º permaneció idéntico, pese a que ya en esa instancia el Ejecutivo presentó una indicación para suprimir la mención al Banco Central y crear un régimen semejante al que finalmente prosperó (sin tuición del CplT), la que fue rechazada por 8 votos en contra y 2 abstenciones². Sin embargo, fue repuesta en la Comisión de Hacienda de la misma Cámara³, que examinó a continuación el proyecto, instancia en que fue aprobada por unanimidad sin que consten los fundamentos de la decisión⁴. La Sala confirmó esta decisión.

Atendido el rechazo completo del proyecto por el Senado, en el tercer trámite constitucional, el proyecto terminó de elaborarse en la respectiva Comisión Mixta, en cuyos debates participaron y “allegaron minutas explicativas de las diferentes materias abordadas, autoridades y representantes de la Contraloría General de la República y del Banco Central”⁵. Según el informe de esta comisión, de 14.01.2008, el art. 2º fue “objeto de un extenso debate” pues algunos plantearon extenderlo y otros restringirlo. La Contraloría General de la República solicitó suprimir su mención en este artículo “...puesto que mantenerlo vulneraría la independencia del órgano contralor al quedar éste supervigilado por el Consejo para la Transparencia”⁶. En cambio, las ONG ChileTransparente y la Fundación Pro Acceso propusieron extenderlo a todos los organismos constitucionales.⁷

El Ejecutivo resolvió la discrepancia presentando una indicación con la redacción vigente, esto es:

¹ De 08.05.2007.

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia de la Ley N° 20.285”, p. 183.

³ El Informe es de 16.06.2007. Puede verse la aprobación del cambio en “Historia...”, ob. cit., p. 251.

⁴ La indicación del Ejecutivo agregaba, además, el artículo séptimo de la Ley que agregó un nuevo artículo 65 bis y modificó el inciso 1º del art. 66 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central para establecer un régimen de reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago en vez de ante el CplT. Dicho texto es idéntico al finalmente aprobado.

⁵ “Historia...”, ob. cit., p. 392. Se agrega que “También concurrieron y consignaron sus observaciones por escrito, representantes de las organizaciones PRO ACCESO y CHILE TRANSPARENTE”.

⁶ “Historia...”, ob. cit., p. 394.

⁷ *Ibíd.*, p. 394-5.

- Extraer del control del CplT a la Contraloría General de la República y el Banco Central, limitando la aplicabilidad de la LT sólo a las normas que ésta misma señale y a las de sus propias leyes orgánicas;
- Establecer "...que los demás órganos del Estado (debe entenderse los órganos constitucionalmente autónomos: Poderes Legislativo y Judicial; Ministerio Público; Tribunal Constitucional y Justicia Electoral, con exclusión del Consejo de Seguridad Nacional que tiene su propio estatuto sobre esta materia en el artículo 107 de la Constitución Política), en lo que respecta a la transparencia de gestión y acceso a la información pública, se ajustarán sólo a las disposiciones de sus propias leyes orgánicas que versen sobre estos asuntos"⁸.

La recepción de esta idea puede verse en la explícita declaración que hace el entonces Ministro Secretario General de la Presidencia, José A. Viera-Gallo⁹, en la discusión en sala en el Senado del Informe de la Comisión Mixta¹⁰: "El Banco Central se somete en todo a los principios de la iniciativa, al igual que la Contraloría General de la República, **excepto en la tuición del Consejo para la Transparencia. Porque el Instituto Emisor y el Órgano Contralor revisten rango constitucional y el Consejo es un organismo legal**" (el destacado es nuestro).

La forma de materializar esta idea fue la de establecer un doble articulado en la Ley. Por una parte, el artículo primero de la Ley N° 20.285 aprueba la "Ley de Transparencia de la Función Pública y de acceso a la información de la Administración del Estado", o "Ley de Transparencia" (en adelante LT). Luego, los artículos cuarto a noveno de la N° 20.285 abordan la regulación de los los órganos constitucionalmente autónomos mediante modificaciones a sus legislaciones orgánicas, así, las Municipalidades (Art. Cuarto), la Contraloría General de la República (Art. Quinto), el Congreso Nacional (Art. Sexto), el Banco Central (Art. Séptimo), los Tribunales (Art. Octavo) y, en un solo artículo, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral (Art. Noveno).

De la lectura de estas disposiciones se extraía el siguiente sistema:

- a) Una categoría de organismos constitucionales autónomos sujetos al control del CplT (las municipalidades);
- b) Un grupo de organismos constitucionales autónomos sujetos al control de la Corte de Apelaciones respectiva o de Santiago (la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y

⁸ *Ibíd.*, p. 395. Más adelante se afirma que "Sobre la base de esta proposición el debate se orientó a dar al Poder Legislativo el mismo tratamiento que el proyecto asigna a otros organismos constitucionalmente autónomos, como el Banco Central o la Contraloría General de la República" (p. 429).

⁹ "Historia...", *ob. cit.*, p. 485.

¹⁰ Sesión 84 de la Legislatura 355, de 16.01.2008.

- la Justicia Electoral), dos de los cuales integran la Administración Pública (Contraloría y Banco Central); y
- c) Un grupo de organismos constitucionales autónomos sin control externo (el Congreso Nacional y los Tribunales).

1.3. STC Rol N° 1051/2008, que controló preventivamente el proyecto de ley de acceso a la información pública.

El último capítulo de la historia de la ley que es relevante para nuestros efectos corresponde a esta sentencia en que el TC hizo el control preventivo preceptivo de las normas de rango orgánico constitucional del proyecto. En el tema que nos ocupa las decisiones y declaraciones más relevantes son las siguientes:

- a) A través de “considerandos interpretativos” se establece que la atribución del Consejo en orden a impartir instrucciones generales a los organismos de la Administración del Estado “para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información” (art. 33 d), y que de acuerdo al proyecto debían ser “consideradas” por el propio Tribunal Constitucional, la Contraloría, el Ministerio Público y la Justicia Electoral cuando dictasen sus propias instrucciones, no resultaba vinculante para estos organismos dado que son constitucionalmente autónomos (considerandos 38° y 48°);
- b) A través del mismo sistema (“considerandos interpretativos”) se establece que el CplT no puede conocer de reclamos respecto de las normas de transparencia activa tratándose de los mismos órganos recién citados, como podría haberse entendido de la referencia a la aplicación literal del título II de la Ley de Transparencia. Eso es, el radio de acción del Consejo sería la Administración del Estado que no quedó expresamente excluida de la competencia del CplT por la Ley de Transparencia (considerandos 37° y 44°);
- c) Un tercer considerando interpretativo establece que el artículo noveno, en cuanto permite acudir a la Corte de Apelaciones respectiva para reclamar en contra del Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral no se aplica a ambos dado que “de acuerdo a lo previsto en el artículo 82 de la Carta Fundamental, están al margen de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Por consiguiente, no resultaría constitucionalmente admisible que sus resoluciones o determinaciones queden sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como es una Corte de Apelaciones” (considerando 46°). En realidad es una declaración de inconstitucionalidad disfrazada de considerando interpretativo; y

d) Finalmente, el apartado 7º de la sentencia se refiere a la única norma declara inconstitucional por el TC por vulnerar la dimensión normativa de la autonomía del Banco Central. Recordemos que aunque este integra la Administración del Estado según la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (arts. 1º, inc. 2º) y la propia Ley de Transparencia (art. 1º, inc. 2º N° 5), el art. 108 CPR lo define como un “organismo autónomo”. De allí que como comentamos el artículo séptimo de la Ley N° 20.085, de 2008, contemplase una regulación especial para él que no es sino una reforma de la propia Ley Orgánica del Banco Central (un nuevo artículo, el 65 bis). Al final de esa regulación se indicaba que el Banco, mediante acuerdo de su Consejo, “establecería las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, *adoptando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia*” (cursivas mías). Era una redacción diferente de la que, en la misma línea, se dictó para la Contraloría, el Ministerio Público o el propio Tribunal Constitucional, tampoco sujetos a la competencia del Consejo dada su autonomía constitucional, pues en el caso de estos últimos se dijo que al dictar sus propias e instrucciones sobre transparencia sólo deberían “considerar” las emitidas por el Consejo que no les resultaban vinculantes, lo que dejaba a salvo su autonomía según el TC (haciendo innecesaria la interpretación efectuada en los considerandos 38º y 48º). El Banco Central, en cambio, debía “adoptar” esas normas lo que quiere decir, según el diccionario de la RAE, hacer propia una norma ajena o creada por otro, en este caso la emitida por el Consejo para la Transparencia. Esto desconocía su autonomía y, con ello, vulnera el art. 108 de la CPR (consid. 54º), lo que lleva a que el TC lo declare inconstitucional.

En consecuencia, la sentencia aumenta el grupo de organismos constitucionales autónomos sin control externo (Congreso Nacional, Tribunales, Tribunal Constitucional y Justicia Electoral) y consagra una visión rígida y absoluta de la autonomía.

Hay disidencias interesantes respecto de estos criterios, entre ellas destaco la de los ministros Correa y Vodanovic que consideraron que la posibilidad de reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva en contra de las denegaciones de información del Tribunal Constitucional y los tribunales que integran la justicia electoral era constitucional dado que se refería a materias que no eran “las propias de su competencia constitucional o esencial”, esto es, que no afectaban la autonomía de estos órganos para “resolver en las materias de su exclusiva competencia” y respondía a un valor —la publicidad en el ejercicio de funciones públicas— que el constituyente consagró como una de las bases de la institucionalidad. Por ello señalan que “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”. Y en una mirada más general de estos disidentes “...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”.

1.4. La fórmula del proyecto de “Ley de Transparencia 2.0”.

El actual Gobierno anunció una modificación de la Ley de Transparencia en la cuenta presidencial (una Ley de Transparencia 2.0) que tenía dentro de sus objetivos ampliar los órganos sujetos a la Ley estableciendo los correlativos procesos de reclamación, tema crítico para los órganos excluidos de la competencia del Consejo para la Transparencia, pero sujetos a un reclamo judicial de ilegalidad.

Este proyecto de ley (Boletín N° 12.100-07) fue presentado en septiembre de 2018 y, en el punto que nos interesa, genera un sistema de direcciones para cada uno de los 8 órganos constitucionales autónomos como organismo de control, cada una integrada por tres personas, “...dos de los cuales serán designados por la Comisión de Transparencia del Estado de Chile y el restante por el presidente, jefe superior u órgano de dirección superior del órgano autónomo constitucional, según corresponda, en base a una nómina que elaborará el Consejo de Alta Dirección Pública”¹¹. Los 8 órganos son el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la

¹¹ Exposición de Motivos del Mensaje contenido en el Boletín N° 12.100-07, p. 9-10.

Contraloría General de la República, el Banco Central, el Servicio Electoral, el Tribunal Calificador de Elecciones y la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Se trata de un avance relativo, atendida la fragilidad que cada una de estas direcciones tendrá, y que en principio parece reflejar la asunción de la idea de autonomías institucionales absolutas que repelen el heterocontrol. Sin embargo, resultaría excesivo hacer esta afirmación porque el proyecto considera interacciones entre estos organismos que no se ajustan a los criterios de la SCT 1.051/2008. Sólo por resumir:

- a) Dos de los tres directores de cada organismo son seleccionados por una instancia externa al órgano constitucional respectivo, la ya mencionada Comisión de Transparencia del Estado de Chile, que el proyecto define como “instancia de coordinación de los órganos del Estado” compuesta por 11 integrantes y que preside el “Ministro Secretario General de la Presidencia, en representación del Presidente de la República”. La composición considera dos Ministros de Estado y 9 jefes superiores de organismos constitucionales autónomos¹². En consecuencia, la mayoría de los integrantes de estos nuevos organismos de control serían decididos por autoridades diferentes de la controlada;
- b) Los directores de estos organismos no podrán ser removidos por mal desempeño por el titular del órgano constitucional autónomo controlado, sino sólo por la Corte Suprema y por causales objetivas;
- c) Las normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones sobre transparencia del Fiscal Nacional, el Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones, el pleno de la Corte Suprema, el pleno del Tribunal Constitucional, el Consejo Directivo del Servicio Electoral, el Contralor General de la República, el Consejo del Banco Central y la Dirección de Transparencia Parlamentaria deben dictarse “considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 33 del artículo primero de la ley N° 20.285”;
- d) En sus decisiones cada una de estas direcciones “deberá considerar fundadamente las decisiones del Consejo para la Transparencia”; y

¹² “1) El Ministro Secretario General de la Presidencia, en representación del Presidente de la República, quien la presidirá;

2) El Presidente del Senado;

3) El Presidente de la Cámara de Diputados;

4) El Presidente de la Corte Suprema;

5) El Fiscal Nacional del Ministerio Público;

6) El Presidente del Tribunal Constitucional;

7) El Presidente del Consejo Directivo del Servicio Electoral;

8) El Presidente del Tribunal Calificador de Elecciones;

9) El Contralor General de la República;

10) El Presidente del Banco Central; y,

11) El Ministro de Justicia y Derechos Humanos, quien actuará como Secretario Ejecutivo.

e) En todos los casos hay un recurso ante la Corte de Apelaciones contra las decisiones cada una de estas direcciones, al modo del reclamo de ilegalidad contra las decisiones del CplT.

Como se advierte con claridad, lo señalado en los literales c), d) y e) contradice criterios expresos de la STC 1051/2018.

2. ¿Reconoce la Constitución de 1980 un sistema separación de poderes que haga inviable que el CplT fiscalice órganos constitucionales autónomos?

2.1. La CPR no optó por un modelo clásico de separación de poderes.

La CPR no reconoce en su redacción la denominación de poderes del Estado, al modo de Montesquieu, salvo en lo relativo al Poder Judicial. En palabras de Pantoja, la Carta Fundamental "...consagró un sistema de distribución de competencias públicas, no de separación de poderes", el que "sitúa a los órganos y organismos del Estado en otro contexto, en aquel en que esas diversas organizaciones establecidas en la Carta Fundamental pasan a asumir determinados roles institucionales, sometidas sólo a la Constitución y a la ley"¹³

El mismo autor cita la opinión del Comisionado Jaime Guzmán en el proceso de elaboración de este texto quien señaló que era "conveniente abandonar la expresión Poderes del Estado; que la expresión funciones del Estado se aviene mejor a la realidad constitucional moderna, y que es muy difícil decir hoy día cuántos son los Poderes del Estado; es mucho más claro concluir que el Estado tiene diversas funciones esenciales que las cumplen órganos determinados. / A su juicio la función legislativa en Chile la cumplían determinados órganos, que eran el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Pero no sólo ellos, ya que es bien sabido que una parte de la función legislativa también la cumplía de alguna manera la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad. Señala que esta situación, que se ha llamado la interdependencia de los Poderes del Estado, va más lejos todavía y representa la superación de la tradicional división de los Poderes, tal como se la entendió a partir de la Revolución Francesa. Dicha concepción se tiende a reemplazar hoy por otra que ve al Estado como un ente que tiene diversas funciones, cada una de las cuales es encomendada, en sus diversas facetas, a determinados órganos. Lo que ocurre es que aquel órgano a quien le corresponde preponderantemente la función ejecutiva lo llamamos el órgano ejecutivo, pero tiene parte de otras funciones". Concluye afirmando "...que esta

concepción de los Poderes del Estado como independientes tal como está formulada, a su juicio se apega demasiado a esquemas que conviene superar; ve detrás de ella, sin embargo, el deseo de dejar establecido un principio que tiene validez y valor permanente, que es la idea de la distribución del poder. En otros términos, señala que todas estas funciones esenciales del Estado van a ser ejercidas por órganos distintos, por órganos que van a ser independientes entre sí y no concentrados en uno solo, como ocurre en las que sólo hay órganos simplemente delegatorios¹⁴.

Recientemente Marshall y Muñoz han afirmado que la Carta Fundamental no sigue el sistema de separación de poderes sino uno de conmensurabilidad de las competencias, que permite que los diferentes órganos constitucionales puedan tener funciones que materialmente corresponden preferentemente a otro, así como mecanismos de pesos y contrapesos, salvo en el caso del Poder Judicial que sigue un modelo clásico de independencia¹⁵.

De hecho, más que de poderes la Carta Fundamental emplea la categoría de “órgano del Estado”, especialmente en su Capítulo I, que se extiende a todos los órganos constitucionales y también a la red de personas jurídicas que crea el legislador para desarrollar y articular cada una de las funciones públicas que el constituyente encarga desarrollar. Como se ha dicho, en ella “quedan comprendidos todos los órganos constitucionales, de gobierno, legislación o jurisdiccionales, y todos los órganos administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentren vinculados orgánicamente al Estado”¹⁶. Ya en 1963 Silva B. utilizaba esta noción indistintamente para funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, con lo que reflejaba la aplicación de la teoría del órgano en el derecho público¹⁷. Por ello, no es extraño que la Comisión Ortúzar (que Silva B. integró hasta 1977) optara por este término para referirse genéricamente a las autoridades¹⁸. Cea E. ha señalado que los órganos estatales pueden ser constitucionales o subordinados, según si los contempla

¹³ PANTOJA B., Rolando (2004): *La organización administrativa del Estado*, reimp. 1ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, p. 273.

¹⁴ *Ibid.*, p. 277. Sesión 49ª, de 27 de junio de 1974.

¹⁵ Marshall y Muñoz, 2016:13-22.

¹⁶ MOLINA G., Hernán (2008): *Derecho Constitucional*, 8ª ed. Santiago: Santiago: LexisNexis, p. 80. Este autor define a los órganos del Estado como “todos los encargados de formular una voluntad imputable al Estado”. *Ibid.*

¹⁷ SILVA B., Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*, T. I. Santiago: Jurídica de Chile, 1963, p. 301-309.

¹⁸ Cfr. SILVA B., Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, T. IV. Santiago: Jurídica de Chile, p. 136, con cita a la CENC: «Se aprueba la proposición del señor Bertelsen consistente en uniformar en los artículos 6º y 7º la referencia a “autoridades públicas”, “órganos de autoridad” y “órganos del Estado”, estableciendo sólo esta última expresión con el objeto de evitar en lo futuro posibles interpretaciones equívocas respecto de tales preceptos». Sesión 411ª, de 06.09.1978, disponible en https://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_XI_Comision_Ortuzar.pdf

directamente la Carta Fundamental o si “su creación, organización, control y financiamiento se hallan definidos en virtud de las leyes y otras disposiciones de nivel jurídico inferior”¹⁹. Este último es el caso de la Academia Judicial.

2.2. La práctica legislativa: casos en que el CplT y otros organismos intervienen en entidades que no pertenecen al mismo órgano del Estado.

Esta flexibilidad del modelo constitucional no quita que los órganos constitucionales deban preservar la autonomía. Sólo quiere decir que esta no es barrera infranqueable y que el límite de las interferencias es afectar su autonomía para los fines constitucionales que justifican su creación, no para cualquiera.

Esto ha permitido que el propio CplT haya sido facultado por ley para asumir competencias de control sobre entidades que no integran la Administración del Estado. Así ocurrió con el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (CISEN), creado por la Ley N° 20.936, de 2016²⁰, como un “organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del sistema eléctrico nacional que operen interconectadas entre sí” (artículo 212°-1, inc. 1°, de la Ley General de Servicios Eléctricos o LGSE) que “no forma parte de la Administración del Estado, no siéndole aplicable las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público, salvo expresa mención” (artículo 212°-1, inc. 3°, LGSE).

De igual modo, la Ley N° 20.915, que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización (publicada en el D.O. de 15.04.2016), introdujo a la Ley N° 18.603, orgánica constitucional de los Partidos Políticos, un nuevo Título VI compuesto por los artículos 36 bis y 36 ter, denominado “Del Acceso a Información y Transparencia”. Allí se establece un régimen de transparencia activa para los partidos políticos cautelado por el Consejo para la Transparencia y el Servicio Electoral. Cabe señalar que de acuerdo a la Ley los partidos políticos son “asociaciones autónomas y voluntarias organizadas democráticamente, dotadas de personalidad jurídica de derecho público”.

¹⁹ CEA E., José Luis (1999): *Teoría del Gobierno*. Santiago: Ediciones UC, p. 301-309.

²⁰ Ley que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, introduciendo diversas modificaciones a la Ley General de Servicios Eléctricos. Publicada en el D.O. de 20.07.2016.

2.3. Órganos constitucionales autónomos fiscalizados por el CplT: Municipalidades y GORES.

Adicionalmente el CplT ejerce actualmente competencias sobre dos órganos constitucionales autónomos: Las Municipalidades y los Gobiernos Regionales. Las primeras incluso con una legitimación democrática directa que robustece su autonomía.

3. El derecho comparado: España y México.

Si revisamos el Derecho comparado la Ley española 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que consagró un Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, incluyó en su ámbito subjetivo de aplicación no sólo a la Administración Pública sino también a “...el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo” (art. 2.1 f). Con todo, no se incluyó la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales. Todo esto, por cierto, sin reforma constitucional alguna.

En el caso mexicano el artículo 6º, fracción VIII, establece un “organismo autónomo, especializado, imparcial y colegiado” en materia de transparencia cuya competencia, desde la reforma constitucional de 2016, le permite “...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”²¹. Una solución más amplia, pero con expresa cobertura constitucional y la excepción del Poder Judicial.

²¹ Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29.01.2016.

4. Conclusiones y sugerencias de alternativas regulatorias.

- a) La factibilidad de fiscalizar los deberes de transparencia de órganos constitucionales autónomos por un organismo administrativo autónomo supone distinguir tres esferas: i. órganos constitucionales autónomos que cumplen funciones administrativas; ii. órganos constitucionales autónomos que cumplen funciones no administrativas; y iii. Poder Judicial.
- b) Tratándose de órganos constitucionales autónomos que cumplen funciones administrativas no se ve inconveniente en esta figura, en tanto se trate de un organismo genuinamente autónomo, como ocurre con el CplT. No obstante, la opinión del Tribunal Constitucional ha sido contraria a esta posibilidad.
- c) En los órganos constitucionales autónomos que cumplen funciones no administrativas, como el Congreso o el Tribunal Constitucional, este informante estima que podría caber este control por ley tratándose de su actividad materialmente administrativa (contrataciones, régimen de personal, etc.). En las funciones propias sería precisa una habilitación constitucional expresa, al modo mexicano.
- d) Tratándose del Poder Judicial no parece apropiado que un organismo administrativo autónomo pudiera desarrollar este control, básicamente porque él mismo está sujeto al control jurisdiccional lo que haría innecesaria su intervención. En este caso pareciera que no queda sino resignarse al régimen de autocontrol.

Es cuanto puedo informar, quedando a su disposición para las clarificaciones, profundizaciones o precisiones de lo aquí señalado.

Atentamente,


Enrique Rajevic Mosler

Santiago, 27 de diciembre de 2018

Índice

Informe “Factibilidad de otorgar a un organismo administrativo autónomo por ley potestades para fiscalizar deberes de transparencia por parte de órganos constitucionales autónomos”

1. La historia de la Ley N° 20.285: de la admisión inicial al retroceso y la sentencia de control preventivo del Tribunal Constitucional.	1
1.1. La indicación que dio origen al Consejo para la Transparencia.	1
1.2. La exclusión de Contraloría y el Banco Central.	2
1.3. STC Rol N° 1051/2008, que controló preventivamente el proyecto de ley de acceso a la información pública.	4
1.4. La fórmula del proyecto de “Ley de Transparencia 2.0”.	6
2. ¿Reconoce la Constitución de 1980 un sistema separación de poderes que haga inviable que el CpIT fiscalice órganos constitucionales autónomos?	8
2.1. La CPR no optó por un modelo clásico de separación de poderes.	8
2.2. La práctica legislativa: casos en que el CpIT y otros organismos intervienen en entidades que no pertenecen al mismo órgano del Estado.	10
2.3. Órganos constitucionales autónomos fiscalizados por el CpIT: Municipalidades y GORES.	11
3. El derecho comparado: España y México.....	11
4. Conclusiones y sugerencias de alternativas regulatorias.....	12