



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho

EL DERECHO DE ACCEDER A LA INFORMACIÓN PÚBLICA:

VÍAS DE INTERVENCIÓN CIUDADANA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES

Camilo Andrés Jara Villalobos

Carmen Silvia Gajardo Maturana

PROFESORES GUÍA

María Nora González Jaraquemada

Marcelo Gastón Oyharçabal Fraile

Santiago, Chile

2013

INTRODUCCIÓN

La noción de transparencia está relacionada con la posibilidad de ver a través de algo. En el caso de nuestro estudio, se trata de que el Estado deje a los ciudadanos ver a través de su gigante infraestructura y poderes casi ilimitados, qué es lo que están haciendo los funcionarios públicos, cómo lo están haciendo y en qué se están gastando los recursos –siempre escasos– que nunca alcanzan a cubrir todas las necesidades del país.

Desde un punto de vista teórico, la transparencia, acceso o libertad de información, es una herramienta que tiene como fin principal el combatir la corrupción y las malas prácticas dentro del gobierno¹. En este sentido, la sabiduría popular siempre ha señalado que no hay mejor desinfectante que un poco de luz solar².

El otro fin está relacionado con el uso eficiente de los recursos públicos. Toda vez que el presupuesto nacional es aportado, en su gran mayoría por los impuestos que pagan los habitantes de la república, se entiende que “dado que el dinero de los contribuyentes está siendo gastado, cada ciudadano tiene el derecho de saber cómo es gastado y a criticar las decisiones de los funcionarios públicos”³.

En este sentido, el acceso a la información está relacionado con el *accountability* o rendición de cuentas. En una sociedad democrática, los

¹ MENDEL, Toby. 2003. Freedom of Information: A Comparative Legal Survey, London, UNESCO [en línea]
<http://portal.unesco.org/ci/en/file_download.php/fa422efc11c9f9b15f9374a5eac31c7efreedom_info_laws.pdf> P. 13.

² BRANDEIS, Louis. 1914. Other People's Money and How the Bankers Use It, New York, Frederick A. Stokes Company. P. 68.

³ Nigro, Felix y Nigro, Lloyd. 1988. Modern Public Administration, New York, Harper & Row Publishers. P. 285.

gobernantes deben informar qué están haciendo y cómo lo están haciendo, a fin que los ciudadanos puedan decidir si renovar su confianza en el gobierno de turno, o cambiarlo por otro que amerite mayor confianza.

Aplicando la dialéctica de Hegel, podríamos decir que la transparencia funciona de la siguiente manera: En primer lugar, tenemos la existencia de una conducta no adecuada por parte del Estado –tesis-. En segundo lugar, se divulga o publica dicha conducta estatal a los ciudadanos –antítesis-. En tercer lugar, al quedar en evidencia ante quienes debe rendir cuenta, el Estado se ve en la obligación de rectificar su conducta –síntesis-. De este modo, se tiende a la mejoría por parte de los organismos públicos, tanto en asuntos de probidad, como eficiencia.

Para que podamos hablar efectivamente de un sistema de transparencia o acceso a la información, no basta con establecer un principio constitucional o doctrinal. Obligar a gobiernos y funcionarios a exponer su actuar ante la ciudadanía no es una tarea simple y muchas veces, resulta bastante incómoda. La práctica ha demostrado que deben existir mecanismos regulados, con plazos definidos, causales limitadas de reserva o secreto y vías normadas de reclamo, para que los fines de la transparencia puedan ser logrados⁴.

A nivel teórico se reconocen dos mecanismos de transparencia, uno proactivo y otro reactivo. El primero de ellos es la denominada transparencia o publicidad activa, que consiste en “la obligación positiva de los órganos públicos de proveer, publicar y diseminar información acerca de sus principales actividades, presupuestos y políticas de manera que el público pueda saber qué están haciendo, pueda participar en asuntos públicos y controlar el

⁴ ALLESCH, JOHANN y OBANDO, IVÁN. 2010. El Control del Derecho de Acceso a la Información Administrativa. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). Transparencia en la Administración Pública. 1ª Ed., Santiago de Chile, Abeledo Perrot. P.96.

comportamiento de las autoridades”⁵. En Chile, por mandato del artículo 7° de la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, los órganos del Estado deben subir, a disposición de todo el público a través de sus páginas web, determinados antecedentes, según veremos.

El segundo mecanismo, es la denominada transparencia pasiva o derecho de acceder a la información pública propiamente tal. Este consiste en “el derecho de todas las personas de preguntar a las autoridades públicas por la información y los documentos que están elaborando, y el derecho a recibir una respuesta”⁶.

En Chile, el derecho de acceder a la información pública está establecido en el artículo 10° de la Ley 20.285. La norma dispone que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley” y continúa señalando que “el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Debemos anticipar que el régimen general de transparencia -aplicable a la Administración del Estado- consiste en que cualquier ciudadano puede presentar un requerimiento de información pública y, frente a la falta de respuesta o denegación de esta por parte de los organismos públicos, tiene un sistema de reclamo mixto, en el cual se puede reclamar ante un órgano Administrativo denominado Consejo para la Transparencia, y frente a las

⁵ Access Info. 2009. The Aid Transparency Toolkit [en línea] <http://www.access-info.org/documents/files/The_Aid_Transparency_Toolkit_-_Access_Info_22_October_2009.pdf> P. 6.

⁶ Access Info. 2009. Ob. Cit. P. 6.

resoluciones de este último se puede deducir una acción denominada reclamo de ilegalidad frente a las Cortes de Apelaciones. Los otros Poderes del Estado y las Autonomías Constitucionales tienen regímenes especiales, que veremos en detalle en el primer capítulo de este trabajo.

En relación al origen del derecho de acceder a la información, el primer antecedente se encuentra en Suecia, hace más de 200 años⁷. El país escandinavo aprobó en 1776 la denominada “Ley de Libertad de Prensa” en la cual se permitía a los ciudadanos solicitar información a las autoridades. Pese a su nombre, la norma aplicaba para todos los ciudadanos y no solo a los periodistas⁸.

Sin embargo, este derecho tuvo desarrollo como institución autónoma recién en la segunda mitad del siglo XX, en plena Guerra Fría. Durante la década del 1950, los Tribunales Norteamericanos se enfrentaron a casos relacionados al acceso a información militar⁹, que establecieron precedentes en el sentido que los ciudadanos tienen derecho a controlar el uso del presupuesto público, aunque el Estado tiene privilegios en materia de secreto, específicamente relacionados con la seguridad nacional. A fin de realizar una adecuada conjugación de ambos intereses, en 1966 el gobierno del demócrata Lyndon Johnson aprobó la denominada *Freedom of Information Act*, la cual

⁷ TORO, CONSTANZA. 2010. Derecho de Acceso a la Información Pública: Comentarios a un Fallo Clave de la Corte Europea de Derechos Humanos, Santiago de Chile, Anuario de Derechos Humanos N° 6, Centro Derechos Humanos Universidad de Chile. P. 102

⁸ MENDEL, TOBY. 2003. Ob. Cit. P. 79.

⁹ El primero de ellos fue *USA vs. Reynolds*. En este caso, un avión bombardero *Boeing B-29 Superfortress* sufrió un accidente, en el cual iban contratistas de la compañía *RCA* que probaban aparatos de radio. Las familias solicitaron conocer las causas del accidente, cuestión rechazada por la Fuerza Aérea, por amenazar la seguridad nacional y ratificada por la Corte Suprema.

contempla la posibilidad de reclamar judicialmente las denegaciones de información por parte de los organismos públicos¹⁰.

A nivel Internacional, el derecho de acceder a la información se ha reconocido como derivado de la libertad de expresión. En la primera sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1946, se adoptó la resolución N° 59 (1) que declaró que “la libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra angular de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas”. En sentido similar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, estableció en su artículo 19 que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Esto fue recogido por la Corte Europea de Derechos Humanos lo declaró en 1999 en el caso “*Heinrich vs. Austria*”.

En nuestro país, el primer antecedente de un derecho de acceder a la información estuvo en la denominada Comisión para la Ética Pública de 1994, en la cual el gobierno del Presidente Patricio Aylwin solicitó a un grupo de expertos que analizaran y propusieran cambios a la forma de administrar el Estado de Chile. Este comité dentro de múltiples sugerencias, planteó la idea de introducir una ley de acceso a la información¹¹.

Años después, en 1999 con la entrada en vigencia de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, se estableció el derecho de solicitar información a la Administración, con la posibilidad de reclamar en Tribunales mediante la

¹⁰ ALLESCH y OBANDO. Ob. Cit. P.102.

¹¹ Comisión Nacional de Ética Pública. 1994. Informe de la Comisión sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción en Chile [en línea] <<http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf>> P. 246.

acción de “Amparo de Acceso a la Información Pública”. Quedaron excluidos los otros Poderes del Estado. No obstante las buenas intenciones, mediante el Decreto Supremo N° 26 de 2001 se facultó a los jefes de servicio a declarar la reserva o secreto de documentos mediante meras resoluciones exentas, matando en los hechos el derecho de acceder a la información¹².

Dados los pocos resultados de la Ley de Probidad, el año 2005, mediante moción parlamentaria de los senadores Hernán Larraín y Jaime Gazmuri, se introdujo el proyecto de ley que derivó en la actual Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información.

Pero quizás el mayor impacto para estas reformas en materia de transparencia fue el que se consiguió con el caso de Marcel Claude Reyes, el cual denunció al Estado de Chile ante la Corte Interamericana, pues el Comité de Inversiones Extranjeras se negó a entregar información sobre la inversión de la empresa Forestal Trillium y el proyecto Río Cóndor, en la Región de Magallanes.

La sentencia condenó al Estado de Chile a agilizar los procesos en materia de acceso a la información pública. La Corte estimó que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” informaciones, *“protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.”* Consecuentemente, la corte señaló que dicho artículo *“ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo*

¹² CORDERO VEGA, LUIS. 2010. Delimitando La Ley de Acceso a la Información: Los dilemas tras la regulación. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). Transparencia en la Administración Pública. 1ª Ed, Santiago de Chile, Abeledo Perrot. P. 28.

permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción

Además de la sentencia, la Doctrina comenzó a entender que el derecho a la información ciudadana es un derecho establecido constitucionalmente. Tal como lo señalase el Profesor Rolando Pantoja, “*se entiende que la publicidad una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos*”¹³.

A su vez, el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 634/2006, de 9 de agosto de 2007, lo ratifica al afirmar que “*...acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso a la información requerida*”.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones Santiago en su fallo rol 5527 del año 2001, ha señalado que el derecho a acceder a la información pública se encuentra comprendida en la garantía del art. 19 N° 12 de la Constitución Política y afirmó que “*debe entenderse comprendido el derecho a recibir información, ya que de nada serviría que se aseguraran la libertad de*

¹³ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. 2005. Reformas Constitucionales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 29.

emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a recibir una información oportuna, veraz y completa”.

Todo lo anterior, tuvo su culminación el año 2009, con la entrada en vigencia en nuestro país de la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual consagró expresamente el derecho de acceder a la información, con un sistema de reclamaciones a cargo del Consejo para la Transparencia y las Cortes de Apelaciones.

Toda vez que el derecho de acceder a la información pública es una institución reciente, en general se ha observado que no existe, ni entre los abogados ni en la sociedad civil en general, una masa crítica informada sobre los usos y alcances de este derecho.

Dada dicha situación, el presente trabajo pretende ofrecer, tanto a los usuarios actuales del sistema como a usuarios potenciales, las herramientas jurídicas necesarias para obtener información de las entidades públicas de manera exitosa.

De manera sistemática, y en base a los criterios de interpretación establecidos por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, y en menor medida de los Tribunales Superiores de Justicia, se han trazado tres objetivos fundamentales en esta obra.

El primero de ellos, es que los usuarios puedan conocer quiénes pueden ejercer el derecho de acceder a la información, y ante cuáles organismos puede hacerse valer. El segundo objetivo, es que los usuarios del sistema puedan conocer a qué información en manos del Estado se puede tener acceso. El tercero, es que los peticionarios sepan cuáles son los mecanismos para acceder a la información.

En virtud de dichos objetivos, este trabajo se dividirá en tres partes. En el primer capítulo, se estudiará quiénes están legitimados para requerir información a los órganos del Estado, y cuáles organismos están obligados por la Ley, con énfasis en los estatutos especiales de los distintos Poderes del Estado y Autonomías Constitucionales.

En el segundo capítulo, se analizará qué información en manos del Estado tiene el carácter público, los formatos o soportes físicos en los cuales pudieran estar contenidos los antecedentes, las causales legales de reserva y secreto, así como otras razones no tipificadas expresamente, pero que habitualmente se usan para rechazar el acceso a la información.

En el tercer capítulo se revisará la forma de tramitar las solicitudes de acceso a la información, cuál debe ser el actuar de los órganos ante un requerimiento, y también, los procedimientos para reclamar ante una falta de respuesta o denegación de información, tanto ante el Consejo para la Transparencia, como ante las Corte de Apelaciones.

CAPÍTULO I: SUJETOS INVOLUCRADOS

1.1 ¿Quién Puede Requerir Información a los Órganos del Estado?

El Artículo 10 de la Ley 20.2085 establece la regla general en materia de legitimación. En su inciso primero señala que “toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”. Respecto a quienes son Personas, el Libro I del Código Civil establece algunas categorías básicas, como personas naturales, jurídicas, chilenos y extranjeros. Respecto de las naturales, esto es, los individuos de la especie humana, nos parece que no merece mayores comentarios. Respecto de las otras categorías, revisaremos las normas jurídicas relevantes así como la opinión del Consejo para la Transparencia en cada uno de los casos. Adicionalmente, revisaremos el caso de las solicitudes de información realizadas a través de un apoderado.

1.1.1 Chilenos y Extranjeros

La garantía de la igualdad ante la Ley está establecida en la Constitución Política en su artículo 19 N°2, que rechaza la discriminación arbitraria entre personas. Asimismo, nuestro Código Civil dispone en su artículo 57 que la ley no reconoce diferencias entre el chileno y el extranjero en cuanto al goce de derechos.

En el caso de la Ley de Transparencia existen tres disposiciones atingentes a la nacionalidad de los requirentes. Por un lado está el artículo 11, que en su letra (g) establece el denominado “Principio de la No Discriminación”,

que se define como aquel “de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud”.

En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley señala que “toda persona” puede requerir información, sin hacer una distinción de nacionalidad. Debemos recordar el proverbio jurídico según el cual “si la ley no distingue, no cabe al intérprete distinguir”. Finalmente, el artículo 12 de la Ley 20.285 al señalar los requisitos que debe contener una solicitud de acceso a la información pública – nombre, domicilio, información requerida y órgano al cual se dirige- no exige indicar nacionalidad, por lo que podríamos concluir que se trató de un asunto carente de relevancia para el legislador.

El Consejo para la Transparencia ha aceptado que ciudadanos extranjeros puedan usar la Ley de Transparencia para solicitar información a los órganos del Estado de Chile. Así, se ha pronunciado a este respecto en fallos de amparos por denegación de información pública contra el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) del Ministerio del Interior¹⁴. Incluso ha aceptado que extranjeros que no tienen regularizada su residencia en nuestro país puedan realizar requerimientos de información pública a través de la Ley¹⁵.

¹⁴ Por ejemplo, en el amparo CPLT C41-10, el presidente del Comité de Refugiados Peruanos en Chile, por sí mismo y en representación de la Organización, solicitó al DEM información referente al procedimiento para regularizar la situación migratoria de menores de edad extranjeros, así como las normas relativas a la atención de los menores en la red de salud pública. El DEM argumentó no estar obligado por la Ley de Transparencia, lo cual fue rechazado por el Consejo, que ordenó entregar la información.

¹⁵ En el amparo CPLT C32-10, el Consejo ordenó al DEM entregar a un ciudadano peruano el estado de tramitación del procedimiento administrativo así como los antecedentes recopilados que este había solicitado, sobre su proceso de regularización migratoria en nuestro país. Igual que en el caso anterior, el DEM argumentó no ser sujeto de la Ley de Transparencia, lo cual fue desestimado por el Consejo.

No obstante este principio, respecto a la igualdad entre chilenos y extranjeros para solicitar información, los requerimientos de información presentados por ciudadanos foráneos son relativamente escasos en la práctica. A un año de la entrada en vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública, un estudio del Gobierno estimó que solo un 3.02% de las solicitudes realizadas a la Administración Central -excluyendo los Órganos con Autonomía Constitucional y Municipalidades- fueron hechas por extranjeros.¹⁶

1.1.2 Personas Naturales a través de Apoderado

Tanto la Ley 20.285 como su Reglamento señalan expresamente que se puede requerir información a través de apoderado, no obstante no existe disposición en la Ley de cómo ha de conferirse un mandato para realizar de esta forma solicitudes de acceso a la información pública ni para recurrir de amparo ante el Consejo. A falta de norma expresa, éste último ha establecido reiteradamente que de manera supletoria a la Ley de Transparencia debe aplicarse a la Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo¹⁷. En su artículo 22, dicha ley establece que “El poder deberá constar en escritura pública o documento privado suscrito ante notario. Se requerirá siempre de

¹⁶ Comisión de Probidad y Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Reporte primer año de vigencia, Estadística de solicitudes Ley No. 20.285 sobre Acceso a la Información Pública [en línea] <http://www.leydetransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/Reporte_primer_ano_vigencia.pdf> P. 18

¹⁷ Esto se resolvió por primera vez en una causa contra el Servicio de Impuestos Internos: “Este Consejo estima que ante el silencio de la Ley de Transparencia debe aplicarse, en subsidio, el artículo 22 de la Ley N° 19.880, de 2003, que establece las bases de procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, que regula los requisitos para comparecer en un procedimiento administrativo como apoderado de una de las partes y que exige acreditar su personería mediante los instrumentos señalados en dicha disposición. Con ello se evita que se eleven solicitudes de información respecto de terceros soslayando el art. 20 de la Ley, que permitiría la entrega de información que eventualmente podría vulnerar los derechos de terceros” (CPLT A312-09, considerando 2°).

escritura pública cuando el acto administrativo de que se trate produzca efectos que exijan esa solemnidad”.

Tan importante es la precitada exigencia para el Consejo para la Transparencia, que cuando se solicita información y/o reclama alegando tener la calidad de apoderado omitiendo acompañar un mandato conforme al artículo 22 de la Ley 19.880, el Consejo siempre ha declarado la inadmisibilidad a tramitación del amparo¹⁸.

Adicionalmente, se ha resuelto de forma expresa que un mandato judicial conferido a un abogado de acuerdo a las reglas del Código de Procedimiento Civil no sirve para tramitar causas de transparencia ante el Consejo, por tener este carácter administrativo y no judicial¹⁹. Por esta razón, si se desea requerir los servicios de un profesional del Derecho para solicitar información al Estado, es necesario que el mandato se haga de acuerdo a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, por escritura pública o privada suscrita ante notario, o mejor aún, que el abogado haga el requerimiento y eventual amparo a nombre propio.

¹⁸ Al respecto, en una causa contra el Instituto de Previsión Social se resolvió la inadmisibilidad a tramitación por el Consejo: “Que, de conformidad con el artículo 22 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración del Estado, el poder de representación invocado en un procedimiento administrativo, como el de la especie, debe constar en escritura pública o documento privado suscrito ante notario. Por su parte, el artículo 46, inciso segundo, del Reglamento dispone que ‘Si el particular omitiese alguno de los requisitos de interposición, el Consejo Directivo podrá ordenarle subsanar las omisiones o aclarar la solicitud o reclamo en un plazo de cinco días hábiles, indicándole que, si así no lo hiciere, se declarará inadmisibles[...]’ (CPLT C547-09, considerando 3°).

¹⁹ Con ocasión de un amparo contra el SEREMI de Bienes Nacionales del Maule se resolvió que “este Consejo acordó requerir a este último (refiriéndose al abogado) que subsanara su solicitud de amparo, en orden a que acreditara la personería que invocó, toda vez que compareció ante este Consejo en calidad de abogado patrocinante, sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 19.880” (CPLT C175-10, considerando 3°).

1.1.3 Personas Jurídicas

Hemos señalado que la Ley de Transparencia solo habla de Personas, sin hacer distinciones entre las naturales y las jurídicas. Debemos recordar que nuestro Código Civil define estas últimas, en su artículo 545, como personas ficticias, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente. Ya que son en principio hábiles para ejercer derechos, surge la pregunta de si son titulares del derecho de acceder a información pública en manos del Estado.

El Consejo para la Transparencia ha estimado que las personas jurídicas pueden realizar requerimientos de información por vía de la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Debemos consignar que a este respecto, no se ha hecho diferencia alguna entre personas jurídicas con fines de lucro²⁰, y aquellas que no lo tienen²¹. Como veremos en el acápite siguiente, también se ha fallado que las Personas Jurídicas de Derecho Público pueden usar la Ley de Transparencia para obtener información de otros órganos del Estado.

Una vez establecida la legitimación activa de las personas jurídicas para solicitar información y reclamar, surge el problema de la representación. Al tratarse de entes ficticios, necesariamente deben ser representadas por una persona natural. Si bien la Ley 20.285 tampoco contempla la forma por la cual

²⁰ Es bastante usual que las personas con fines de lucro –sociedades mercantiles- requieran información a la Administración. Por ejemplo, en la causa CPLT C380-09 la empresa Abufrut Ltda. solicitó al Servicio Agrícola y Ganadero copia de certificados fitosanitarios y sus cobros, a fin de cuestionar la legalidad de estos en Tribunales, o la causa CPLT C719-10, en que Emelpar S.A. pidió al Consejo de Defensa del Estado los antecedentes referidas a una denuncia hecha por la empresa. En ambos casos el Consejo para la Transparencia aceptó la legitimación de las empresas y ordenó entregar la información a los requirentes.

²¹ El Consejo ha validado el uso de la Ley de Transparencia por personas jurídicas de Derecho Privado sin fines de lucro. A modo de ejemplo, en la causa CPLT C65-10, ordenó a la Municipalidad de Arica a entregar información consolidada sobre remuneraciones al Colegio de Profesores A.G. de la Región de Arica y Parinacota.

deben representarse las personas jurídicas, el Consejo, al igual que en el caso de las personas naturales que lo hacen a través de apoderado, ha fallado que el título por cual se representa a una persona jurídica debe constar por escritura pública o privada suscrita ante notario, según el artículo 22 de la Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo²². En otras palabras, basta con que el representante acompañe copia de la escritura pública o documento privado suscrito ante notario donde consta la representación de la Corporación, Fundación o Sociedad que desea requerir información al Estado. El no adjuntar dicho documento trae como sanción la declaración de inadmisibilidad a tramitación del amparo²³.

Debemos recordar, que además de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil, existen también algunas reguladas en la Ley 19.418 de 1997, que fija el texto refundido coordinado y sistematizado sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias²⁴. La diferencia básica de esta Ley es que

²² Este criterio fue sentado por el Consejo en una causa contra la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena: “Efectuado el examen de admisibilidad del presente amparo [...], el Consejo Directivo acordó requerirle a éste la aclaración de su solicitud de amparo al derecho de acceso a información pública, en orden a que acreditara la representación que señaló investir, toda vez que el reclamante presentó su solicitud de amparo invocando la calidad de representante del Consejo Nacional Aymara y Presidente del Pueblo Aymara de Arica, sin cumplir con las exigencias que al efecto establece el artículo 22 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los sobre Procedimientos Administrativos” (CPLT C491-09, considerando 3°)

²³ Previo a declarar la inadmisibilidad, se da un plazo de 5 días para acompañar el poder y así enmendar la falta: “Este Consejo acordó requerir al reclamante que subsanara su solicitud de amparo, en orden a que acreditara la personería que invocó, toda vez que compareció ante este Consejo en calidad de Presidente de la Asociación de Pensionados del Banco de Chile, sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos” (CPLT C547-09, considerando 3°)

²⁴ Señala el artículo 4° de la Ley 19.418 sobre Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias que “Las juntas de vecinos y las demás organizaciones comunitarias gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de constituirse en la forma señalada en esta ley, una vez efectuado el depósito a que se refiere el artículo 8°. Corresponderá al presidente de cada junta de vecinos y de cada una de las demás organizaciones comunitarias la representación judicial y extrajudicial de las mismas y, en su ausencia, al vicepresidente o a quien lo subroge, de acuerdo con los estatutos”.

se requiere de menos formalidades para la constitución de la organización respecto al Código Civil, ya que la persona jurídica se entiende constituida por el simple depósito de los estatutos, sin necesidad de una resolución administrativa que los apruebe. En estos casos, el Consejo ha aceptado que se puede acreditar la representación mediante la exhibición de una credencial otorgada por la intendencia o municipalidad respectiva²⁵.

1.1.4 Órganos del Estado

Un tema no previsto al momento de la discusión del Proyecto de Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fue la posibilidad que los Órganos del Estado pudieran hacer uso de los mecanismos que contempla la misma Ley –solicitudes de información y amparos ante el Consejo para la Transparencia- para obtener información de otros órganos públicos.

Si bien los servicios públicos -en virtud del artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado- deben observar el Principio de Coordinación²⁶, en la práctica estos no siempre trabajan de manera conjunta. Respecto al acceso a la información pública, el Consejo ha fallado que, en la medida que tengan personalidad jurídica, los órganos del Estado están legitimados para ser sujetos activos de la Ley de

²⁵ Esto se dio en un caso en que el Comité de Refugiados Peruanos en Chile, persona jurídica creada en virtud de la Ley 19.418 solicitó información al DEM y ante la respuesta negativa recurrió al Consejo. Debatida la forma en que debía representarse la organización, se aceptó que la credencial acreditaba de manera suficiente la representación (CPLT C41-10, Aclaración/Subsanación del Amparo).

²⁶ De acuerdo a la Contraloría General de la República, este Principio del Derecho Público consiste en que los servicios públicos deben “propender a la unidad de acción” (Dictamen 41422/2009), y que esta unidad tiene como objeto “evitar la duplicidad e interferencia de funciones” (Dictamen 381/2005).

Transparencia y usar todos los mecanismos que esta contempla para obtener información de otros organismos públicos²⁷.

1.2 ¿A Qué Órganos Del Estado Se Puede Requerir Información?

1.2.1 La Ley 20.285 se aplica preferentemente a la Administración

La Reforma Constitucional de 2005, como parte de la denominada Agenda de Modernización del Estado²⁸ introdujo el nuevo artículo 8°²⁹, el cual en su inciso 2° consagra el Principio de Publicidad. Señala éste 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”.

²⁷ Esta situación se dio en un caso en que la Corporación Nacional Forestal ofició reiteradamente al Servicio Nacional de Geología y Minería solicitando información sobre actividades mineras en una zona protegida, sin obtener respuesta alguna. El Director Regional de Conaf de la Región de Arica y Parinacota, cansado por la falta de contestación, recurrió de amparo ante el Consejo. Este último señaló que “En primer lugar es necesario hacerse cargo de un punto que no fue alegado: si un órgano público puede ejercer el derecho de acceso a la información a través de quien tiene las facultades para representarlo en conformidad con la Ley de Transparencia, en contra de otro órgano de la Administración del Estado. A este respecto este Consejo estima que el art. 10 de la Ley de Transparencia no restringe en ninguna forma el ejercicio de este derecho y que, tratándose de órganos públicos, está entregándoles una atribución o potestad para ello. Lo anterior, se desprende del término que utiliza la disposición y que se destaca: *‘Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley’* [...]” (CPLT C393-09, considerando 1°)

²⁸ LARRAÍN FERNÁNDEZ, HERNÁN. Transparencia: la Modernización que Faltaba. 1ª Ed., Santiago, Editorial JGE. P. 171

²⁹ Debemos recordar que el artículo 8° original de la Constitución de 1980 contenía la prohibición de los Partidos Políticos, el cual fue derogado en la Reforma Constitucional de 1989.

La Constitución se refiere claramente a los “Órganos del Estado”, sin hacer distinción alguna de Poderes, por lo que debe concluirse que el deseo del Constituyente es aplicar el Principio de Publicidad al Estado en su conjunto. Además, debemos recordar que uno de los objetivos de la Publicidad o Transparencia es ser un instrumento de lucha contra la corrupción, la cual no es patrimonio exclusivo de un solo Poder del Estado.

No obstante lo establecido en la Constitución, la Ley de Transparencia establece distintos niveles de aplicabilidad sobre los diversos Órganos del Estado, con una preferencia marcada sobre la Administración. Al definir su ámbito de aplicación, la Ley señala en su artículo 2° que:

“Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

La Contraloría General de la República y el Banco Central se ajustarán a las disposiciones de esta ley que expresamente ésta señale, y a las de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente.

También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio.

Los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas que versen sobre los asuntos a que se refiere el artículo 1° precedente”.

Pese al mandato constitucional, la redacción del artículo 2° de la Ley de Transparencia reduce el margen que los ciudadanos poseen para lograr el acceso a la información pública de los otros Poderes del Estado distintos a la

Administración o Gobierno, como el Congreso Nacional, Poder Judicial y los denominados Órganos con Autonomía Constitucional. Incluso entre estos últimos existen estándares disímiles de publicidad y procedimientos diversos para solicitar información y reclamar, lo que dificulta, en la práctica, el derecho constitucional de acceder a la información pública.

Hemos señalado que la Ley de Transparencia se aplica de manera preferente a la Administración. Esto se nota en una serie de normas tanto de ésta como de su Reglamento. Por ejemplo, ambas al regular el derecho a solicitar información, se refieren reiteradamente a los “Órganos de la Administración”. El artículo 2° de la Ley decreta que “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. El artículo 1° del Reglamento señala que éste “regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”. El artículo 3° letra (d) del Reglamento, al definir el Derecho de Acceso a la Información señala que “Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información que obre en poder de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece la ley”. Asimismo, veremos que la órbita del Consejo de la Transparencia no tiene competencia alguna sobre el Congreso, los Tribunales y los Órganos con Autonomía Constitucional, sino que sólo sobre los órganos de la Administración.

Las razones por las cuales se realiza esta diferencia no están del todo claras en la Historia de la Ley. Cristián Román, profesor de Derecho Administrativo, plantea que la razón principal para esta diferencia es de técnica

legislativa, en el sentido que toda vez que “el control de la Ley de Transparencia se halla radicado preferentemente en un órgano –Consejo para la Transparencia- dotado con potestades sancionatorias, las que no podría ejercer en relación a un órgano dotado con autonomía sin que ésta resultara afectada”³⁰. O sea, toda vez que el Consejo no posee autonomía constitucional, carecería de sentido que la Ley de Transparencia se pudiera aplicar a los órganos autónomos ya que igualmente no se podría aplicar sobre estos ninguna de las facultades que entrega la Ley³¹.

En este sentido, aunque se presentó una indicación proponiendo que la Ley se refiriera a los “Órganos del Estado” en vez de a los “Órganos de la Administración del Estado” como quedó finalmente, esta no prosperó. Al respecto, “los representantes del Ejecutivo señalaron que la propuesta del Gobierno era que esta ley se aplicara a los órganos de la Administración del Estado y no extenderla, como lo proponía esta indicación y las siguientes, a otros órganos constitucionales autónomos y a empresas que no forman parte

³⁰ ROMÁN CORDERO, CRISTIÁN. 2010. Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). Transparencia en la Administración Pública. 1ª Ed., Santiago de Chile, Abeledo Perrot. P. 369

³¹ El Tribunal Constitucional ha ratificado el hecho que el Consejo, al pertenecer a la Administración, no puede tener potestad alguna sobre los demás Poderes del Estado y las Autonomías Constitucionales. Ha señalado que: “[...] en principio el legislador es libre de crear los órganos que estime necesarios para el cumplimiento de la Constitución Política de la República mientras éstos ciertamente no modifiquen el diseño que ella contiene. El Consejo para la Transparencia, constituido como corporación autónoma de derecho público, no modifica el diseño orgánico constitucional. Por lo mismo, esta Magistratura hizo presente que las atribuciones de dicho órgano administrativo ‘deja(n) a salvo el control amplio de legalidad que (se) confiere’ a la Contraloría General de la República. De igual forma, se resguardaron las potestades del Congreso Nacional, del Poder Judicial y de los demás órganos constitucionales autónomos, tales como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y el Banco Central. De este modo, el legislador creó el Consejo para la Transparencia con el fin de hacer efectivo el principio de publicidad previsto en el artículo 8º de la Constitución Política de la República y es en esa línea que se le dotó de facultades para conocer reclamos respecto de actos emanados de entidades que forman parte básicamente de la Administración del Estado [...]” (TC rol 1800-2010, considerando 19º)

de dicha Administración. Recordaron que el artículo 8° de la Constitución estaba concebido en términos amplios, por lo que no se trataba que no se quisiera transparencia o acceso a la información emanada de órganos autónomos como el Congreso o el Poder Judicial, sino que tratar dicha materia en la ley propia de tales órganos³².

En sentido similar, también se planteó que restringir la Ley a la Administración se hacía para evitar, en ese momento, largas discusiones respecto a la diferencia entre los actos administrativos, de aquellos legislativos y judiciales. Al respecto, durante la tramitación del proyecto de Ley en la sala de la Cámara de Diputados, el entonces Ministro Viera-Gallo señaló que “Se ha excluido como sujeto pasivo del derecho al Congreso y al Poder Judicial. Tal vez en una nueva legislación se les incluya, pero nos pareció que era más claro en este momento restringir el ámbito de la ley, porque generaba una serie de dificultades jurídicas precisar, por ejemplo, qué podría ser de libre acceso y qué no lo podría ser en el ámbito del Poder Judicial; en el caso del Congreso ocurre otro tanto”³³.

El hecho que la Ley esté restringida a la esfera de la Administración ha suscitado numerosos reparos desde la época de la tramitación del proyecto que culminó con la dictación de la Ley 20.285. Al respecto, la Organización No Gubernamental Article 19 -dedicada a la libertad de expresión y acceso a la información pública- llamó la atención el año 2007 sobre este punto. Señaló que “Notamos con preocupación que en las modificaciones sugeridas al Proyecto de Ley se propone requerir que los órganos del poder legislativo y judicial así como las empresas públicas actuando en su función pública tan solo brinden algún

³² Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el Proyecto de Ley sobre Acceso a la Información Pública (Boletín N° 3773-06)

³³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2008. Historia de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública [en línea] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20285/HL20285.pdf>> P. 276

tipo de publicidad activa [...] y sin la posibilidad de deducir reclamos administrativos ante el Consejo para la Transparencia”.³⁴

De esta forma, el problema respecto al que no se pueda acudir ante el Consejo contra actos de órganos ajenos a la Administración, radica en que complejiza y encarece excesivamente el acceso a la información para el ciudadano. El Consejo tiene procedimientos bastante simples, rápidos y baratos para reclamar por denegaciones de información y, más importante aún, la capacidad de fiscalizar el cumplimiento de las normas y resoluciones. Además, puede dictar Instrucciones Generales sobre materias que hayan sido objeto de Jurisprudencia reiterada, estableciendo de este modo criterios generales que los órganos administrativos no pueden desconocer³⁵.

No obstante las limitaciones que hemos señalado, debemos destacar que dentro de la Administración no existen órganos exentos de las obligaciones impuestas por la Ley de Transparencia ni ajenos a la supervisión del Consejo en esta materia. Al respecto, el artículo 2° inciso 1° de la Ley de Transparencia señala que “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades, fuerzas armadas y fuerzas de orden y seguridad públicas...”, y al final establece una norma de apertura, al señalar que en general quedarán sujetos la Ley “...los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”.

³⁴ Article 19. 2007. Memorandum sobre el Borrador del Proyecto de Ley de Acceso a la Información de la Administración del Estado de Chile [en línea] <<http://www.article19.org/pdfs/analysis/chile-foi-spanish.pdf>> P. 6.

³⁵ El artículo 33 letra “d” de la Ley 20.285 prescribe que dentro de las funciones del Consejo está “Dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación”.

El Consejo para la Transparencia ha hecho una interpretación bastante extensiva de quienes están sujetos a su control. Desde la cabeza de la administración central -el Presidente de la República-³⁶ a la administración local -las Municipalidades-, todos los órganos administrativos están obligados a cumplir los deberes de transparencia activa y pasiva. Tampoco se ha hecho diferencia alguna entre instituciones centralizadas y descentralizadas, concentradas y desconcentradas, de aquellas con personalidad jurídica y patrimonio propio respecto de las que no lo tienen, ni de aquellas creadas por ley, decreto u otro acto jurídico.

Para no tener problemas interpretativos, el Consejo en sus resoluciones se refiere a las “Entidades Públicas”, soslayando cualquier diferencia de carácter orgánico o normativo que pudiera haber entre servicios públicos, tratando a toda la Administración por igual. Los únicos órganos relacionados a la Administración con régimen especial de transparencia son las Empresas Públicas, las cuales estudiaremos en detalle en el punto 1.2.1.4 de esta investigación, que están en ciertos ámbitos bajo la competencia del Consejo

No obstante lo que hemos señalado en el párrafo anterior, algunos órganos han presentado una fuerte resistencia a verse obligados por la Ley de Transparencia y las resoluciones del Consejo. Basados principalmente en razones de autonomía legal, naturaleza jurídica y derechos de los funcionarios, han discutido en sede administrativa, judicial y constitucional, la aplicación de las normas de Ley de Transparencia. Nos referimos en especial a las Universidades Estatales, a las Corporaciones de Derecho Privado ligadas a Órganos del Estado -en particular las Corporaciones Municipales de Salud y

³⁶ El Consejo ha resuelto que tiene competencia para conocer amparos por denegaciones de información contra la Presidencia. Por ejemplo, le ha ordenado entregar información relativa a gastos en campañas publicitarias realizadas por ésta (CPLT A321-09). También ha ordenado informar a la Presidencia si apoya o no campañas promovidas a través de las redes sociales que alegaban contar con el patrocinio del Jefe de Estado (CPLT C1038-11).

Educación-, a las Empresas Públicas y otros órganos que estudiaremos separadamente a continuación.

1.2.1.1 Universidades Estatales

Uno de los temas más controvertidos es la aplicación de la Ley de Transparencia a las Universidades pertenecientes al Estado de Chile³⁷, ya que algunas de estas instituciones han prestado una fuerte resistencia a verse obligadas por las decisiones del Consejo.

Debemos recordar que el artículo 2° de la Ley 20.285 señala que “Las disposiciones de esta ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”. Toda vez que las Universidades no están señaladas expresamente, resulta fundamental determinar si estas caben o no dentro de la categoría de “órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”.

Los principales argumentos para no aplicar la Ley de Transparencia esgrimidos por las Universidades son dos. En primer lugar, un argumento de texto: El artículo primero N° 5 de la Ley 20.285 señala que “Para los efectos de esta ley se entenderá por Órganos o servicios de la Administración del Estado: los señalados en el inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases

³⁷ Las Universidades Privadas, al no ser parte de la Administración quedan excluidas de la Ley de Transparencia. En una causa que se solicitó acceso a los reglamentos universitarios de una de ellas, el Consejo resolvió: “Que, en consecuencia, al haber interpuesto el reclamante amparo a su derecho de acceso a la información ante este Consejo en contra de la Universidad de Artes, Ciencias y Comunicación (UNIACC), lo ha hecho en contra de una entidad que no queda comprendida dentro del ámbito de competencia de este Consejo, toda vez que la misma no es un órgano de la Administración del Estado, por lo que procede declarar la inadmisibilidad del presente amparo” (CPLT C1258-11, considerando 4°)

Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el D.F.L. N°1-19.653, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia”. Dicha norma señala que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”. En otras palabras, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado no señala expresamente que las Universidades Públicas formen parte de la Administración del Estado.

En segundo lugar, la Ley 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza señala en su artículo 88 inciso 1° que “Las universidades estatales existentes al 31 de diciembre de 1981 y las instituciones de educación superior, derivadas de éstas o sus sucesoras, conservarán su naturaleza de entidades autónomas con personalidad jurídica y con patrimonio propio” y en su inciso 3° lo refuerza disponiendo que “En materias académicas, económicas y administrativas estas universidades e institutos profesionales gozarán de plena autonomía”, por lo que al gozar de independencia institucional, a las Universidades no podría aplicársele la Ley de Transparencia como al resto de la Administración.

Al contrario, a favor de la aplicación de la Ley de Transparencia a las Universidades, podemos señalar que el artículo 88 de la LOCE señala en su inciso 2° que “Estas entidades se regirán por las disposiciones del Título III de esta ley en lo que les fueran aplicables, por las leyes que hagan referencia a ellas, por sus respectivos estatutos y reglamentos en cuanto no sean contrarias a éstas y, supletoriamente, por las normas de derecho privado” y en su inciso 4° del

mismo señala que “Los estatutos, ordenanzas y reglamentos, decretos y resoluciones de las entidades a que se refiere este artículo referente a los académicos se entenderán modificados de pleno derecho, en todo lo que fueren contrarias a las disposiciones de esta ley y de la ley N° 18.575, y se considerarán estatutos de carácter especial para los efectos establecidos en el artículo 43, inciso segundo de la ley N° 18.575 y 162 de la ley N° 18.834...”. En otras palabras, estas dos normas señalan que para las Universidades Estatales su autonomía tiene como límite la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y el Estatuto Administrativo³⁸.

Respecto a la naturaleza jurídica de las casas de estudio, la Contraloría General de la República ha señalado que las Universidades Estatales “son corporaciones autónomas, de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituyen servicios públicos integrantes de la administración descentralizada del Estado” (Dictamen 8.576 /1989), criterio que ha reiterado en numerosas ocasiones³⁹. El Tribunal Constitucional también se ha pronunció con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia respecto a la naturaleza de las Universidades del Estado estableciendo que forman parte de la Administración⁴⁰.

El Consejo para la Transparencia ha acogido esta segunda tesis desde el comienzo, estableciendo que la Ley 20.285 se aplica plenamente a las

³⁸ En virtud de los artículos 162 del Estatuto Administrativo y 43 y siguientes de la LOCBGAE, los funcionarios de las Universidades Estatales son considerados funcionarios públicos con derechos similares al resto, no obstante tener sus propios estatutos especiales.

³⁹ También pueden verse los dictámenes de la Contraloría 679/1992, 9889/2004, 47.500/2004,

⁴⁰ Respecto de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, el Tribunal Constitucional señaló que esta “es una corporación de derecho público, autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituyendo un servicio público funcionalmente descentralizado, órgano integrante de la Administración del Estado” (TC rol 352-2002, considerando 12°).

Universidades Estatales⁴¹. Ordenándolas de norte a sur, podemos señalar que el Consejo ha tenido ocasión de declararse competente para conocer causas de Transparencia contra la Universidad Arturo Prat⁴², la Universidad de Atacama⁴³,

⁴¹ Esto se resolvió con ocasión del primer Reclamo de Transparencia Activa que llegó al Consejo, en el cual se solicitó que la Universidad de Los Lagos publicara la nómina de profesores con sus remuneraciones:

“2) Que para efectos de resolver este reclamo es menester, primero, definir si la Ley de Transparencia se aplica a las Universidades Estatales. Para ello debe tenerse en cuenta el artículo 88 de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, en cuanto establece que las universidades estatales existentes al 31 de diciembre del 1981 y las instituciones de educación superior, derivadas de éstas o sus sucesoras, ‘conservarán su naturaleza de entidades autónomas con personalidad jurídica y con patrimonio propio. Añade que se regirán por: a) Las disposiciones del título III de la misma Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza en lo que les sea aplicable, b) Las leyes que hagan referencia a ellas, c) Sus respectivos estatutos y reglamentos en cuanto no sean contrarias a éstas y, d) Supletoriamente, por las normas de derecho privado.

3) Dentro de las ‘leyes que hagan referencia a ellas’ se encuentra la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que se refiere a las Universidades en dos normas: a) El art. 32 que regula la organización interna de los servicios públicos. Allí se indica que ‘Las instituciones de Educación Superior de carácter estatal podrán, además, establecer en su organización Facultades, Escuelas, Institutos, Centros de Estudios y otras estructuras necesarias para el cumplimiento de sus fines específicos’. b) El art. 40, que señala que ‘Los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de las instituciones de Educación Superior de carácter estatal, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República’; Estas normas de excepción sólo tienen sentido si se considera que las universidades son parte de la Administración del Estado, en la categoría genérica de ‘órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función pública’, más específicamente, como servicios públicos descentralizados (o sea, dentro de los que actúan con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley les asigne).

4) Que el inciso primero del artículo 2° de la Ley de Transparencia señala, a su vez, que ‘las disposiciones de esta ley serán aplicables a (...) los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa’ y que ‘órganos o servicios de la Administración del Estado’ son los señalados en el inciso segundo del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

5) Que de lo anterior se concluye claramente que las Universidades Estatales son servicios públicos sujetos a la Ley de Transparencia. A mayor abundamiento, en el caso de la Universidad de Los Lagos debe tenerse presente que fue creada por la Ley N° 19.238, de 1993, y su estatuto orgánico fue aprobado por el D.F.L. N° 1 (M. de Educación), de 1994 (D.O. 05.08.1994), que en su art. 1° la define como una ‘institución de Educación Superior del Estado, autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio’. En consecuencia, la afirmación del Rector en cuanto a que la Ley N° 20.285 no sería expresamente aplicable a las universidades estatales carece de fundamento, además de haberse formulado de manera extemporánea” (CPLT R1-09, considerandos 2°, 3°, 4° y 5°).

⁴² CPLT A229-09, C517-09, C382-11 y C926-11

la Universidad de Valparaíso⁴⁴, la Universidad de Playa Ancha de Ciencias de la Educación⁴⁵, la Universidad de Chile⁴⁶, la Universidad de Santiago de Chile⁴⁷, la Universidad Tecnológica Metropolitana⁴⁸, la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación⁴⁹, la Universidad del Biobío⁵⁰, la Universidad de la Frontera⁵¹ y la Universidad de Los Lagos⁵².

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo reclamos de ilegalidad contra resoluciones del Consejo para la Transparencia, ha confirmado lo resuelto por este último. De esta manera, ha establecido que tanto la Universidad de Chile⁵³ como la Universidad de Santiago⁵⁴ son servicios públicos que integran la Administración, y en consecuencia, les son plenamente

⁴³ CPLT A146-09, C229-10 y C754-10

⁴⁴ CPLT R11-09, A71-09, C895-09 y C111-11

⁴⁵ CPLT C397-09 y C442-09

⁴⁶ CPLT C593-09, C483-10, C731-10, C821-10, C925-10, C604-11, C786-11 y C937-11

⁴⁷ CPLT C38-10, C100-10, C280-10, C319-10, C571-10, C693-10, C854-10, C856-10, C725-11 y C901-11

⁴⁸ CPLT A289-09, C442-09, C540-09, C624-09, y C760-10 a C779-10 (acumuladas)

⁴⁹ CPLT C534-09

⁵⁰ CPLT C597-10

⁵¹ CPLT C66-10, C369-10 y C584-10

⁵² CPLT C48-10 y C444-10

⁵³ La Corte señaló que la Universidad de Chile “[...] no puede dejar de considerarse un servicio público, ya que comparte sus características de estar encargados de satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua, aunque esta función la cumpla descentralizadamente, pues es indiferente que se ejecute por un órgano centralizado o descentralizado” (C.A. Stgo. rol 1802-2010, considerando 11°).

⁵⁴ Respecto de la USACH, la Corte dispuso que “de acuerdo a lo que establece el artículo 88 de la LOCE y los artículos 32 y 40 de la LOCGBAE, la Universidad de Santiago es un Órgano de la Administración del Estado” (C.A. Stgo. rol 1803-2010, considerando 4°).

aplicables las disposiciones de la Ley 20.285. La Corte de Apelaciones de Iquique ha fallado lo mismo respecto de la Universidad Arturo Prat⁵⁵.

Si bien la Jurisprudencia del Consejo y de las Cortes de Apelaciones es concordante y pareciera haber puesto punto final al asunto, la Universidad de Chile dedujo ante el Tribunal Constitucional una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, alegando que ciertas disposiciones de la Ley 20.285 no le eran aplicables, por ser contrarias a la Constitución⁵⁶. El Tribunal desechó dichos argumentos, y aprovechó de sintetizar toda la problemática sobre la aplicación de la Ley de Transparencia a las Universidades Estatales. En el fallo se concluye que la Universidad es servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa⁵⁷, que por mandato del artículo 8° de la Constitución, cualquier declaración de reserva o secreto sobre la información pública debe ser hecha por ley de quórum calificado y no por normas de rango infra legal⁵⁸, y que el hecho de estar bajo la fiscalización del Consejo para la

⁵⁵ La Corte resolvió que “en virtud de los artículos 1, 32 y 40 de la LOCBGAE, en relación con el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Educación, de 28 de mayo de 1985, que dispuso el Estatuto de la Universidad Arturo Prat, normas que permiten concluir fundadamente que el recurrente forma parte de la Administración del Estado” (C.A. Iquique rol 199-2010, considerando 2°).

⁵⁶ Esta causa se originó en la solicitud que hizo un alumno a la Facultad de Derecho solicitando la nómina de profesores que componían el claustro académico de la Institución. Al obtener respuesta negativa, el estudiante recurrió al Consejo para la Transparencia que ordenó entregar la información en la causa CPLT C593-09. La Universidad dedujo un reclamo de ilegalidad contra la resolución, que fue desechado por la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 1802-2010). Contra la sentencia del Tribunal de Alzada, la Casa de Estudios presentó un recurso de queja ante la Corte Suprema, el cual sirvió de gestión pendiente para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

⁵⁷ “Que, en razón de las consideraciones expuestas, es posible afirmar las siguientes conclusiones: La Universidad de Chile, sin perjuicio de regirse por las normas específicas que imperan en el campo de su especialidad, reúne todas las condiciones que permiten reconocerla como un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa estatal, para cualquier efecto legal” (TC rol 1892-2011, considerando 16°-1)

⁵⁸ “Desde que entró en vigencia la reforma introducida por la Ley N° 20.050 al artículo 8° constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existan en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado.

Transparencia en un ámbito específico no lesiona su autonomía consagrada por ley⁵⁹, cerrando definitivamente el tema.

1.2.1.2 Corporaciones Municipales

Otro tema que reiteradamente ha llegado ante el Consejo de la Transparencia y sobre todo ante las Cortes de Apelaciones vía reclamo de ilegalidad es la aplicación de las normas de la Ley de Transparencia –tanto activa como pasiva- a las Corporaciones Municipales de Salud y Educación. El génesis de éste problema está en que las Corporaciones Municipales son Personas Jurídicas de Derecho Privado establecidas en el Título XXXIII del Código Civil -Corporaciones y Fundaciones- creadas por las Municipalidades para administrar dichos servicios en virtud del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1- 3.063 de 1980.

La Doctrina denomina a este fenómeno como la “Huída del Derecho Administrativo”, esto es “el empleo por parte de la Administración del Derecho Común (civil, mercantil y laboral) para evitar la aplicación del Derecho Administrativo”⁶⁰. En este caso, se trata de la creación por parte de los órganos del Estado de personas jurídicas nuevas, encargadas de prestar servicios públicos, pero gozando de la flexibilidad que les otorga el Derecho Privado, y de

Por consiguiente, fue esta Ley N° 20.050, y no su posterior inclusión en las normas de la Ley N° 20.285, la que privó a dicha casa de estudios superiores de toda opción para regular a través de decretos internos qué materias concernientes a ella se pueden divulgar o retraer del conocimiento público” (TC rol 1892-2011, considerando 16°-2)

⁵⁹ “Tampoco dicho plantel universitario puede estimar lesionada su autonomía de gestión administrativa, para adoptar independientemente las decisiones que corresponda dentro de su competencia y especialidad, por la circunstancia de quedar afecto a la fiscalización del Consejo para la Transparencia” (TC rol 1892-2011, considerando 16°-4)

⁶⁰ Rajevec Mosler, Enrique. 2010. Las agendas de probidad de los gobiernos de la Concertación: entre la realidad y el deseo [en línea] <<http://www.derecho.uahurtado.cl/documentos/Cap.%20Rajevec.pdf>>

la libertad de disponer su personal regido por el Código del Trabajo en vez del rígido Estatuto Administrativo. A esto último se denomina la “Laborización del Derecho Administrativo”.

Debemos apuntar que las Corporaciones Municipales pese a regirse en ciertos ámbitos por el Derecho Privado, en otros aspectos mantienen una relación evidente al Estado ya que el Decreto con Fuerza de Ley 1- 3.063 establece que el presidente de cada Corporación –que la representa judicial y extrajudicialmente- debe ser el Alcalde de la comuna respectiva (artículo 12), que pueden financiarse con fondos de origen público (artículo 13) y que la inversión de dichos fondos será fiscalizada por la Contraloría General de la República (artículo 15).

Al igual que con las Universidades, la Ley de Transparencia no señala a las Corporaciones Municipales explícitamente, por lo que una alternativa es que estén comprendidas dentro del artículo 2° de la Ley como “órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, y la otra alternativa es que el hecho de ser personas jurídicas de derecho privado las convierta en entes netamente privados, y por lo tanto ajenos a los deberes de publicidad⁶¹.

Para el Consejo, tomar la decisión de si se puede aplicar o no la Ley de Transparencia a una Persona Jurídica de Derecho Privado, es menester determinar la existencia de una relación de instrumentalidad entre éste sujeto de Derecho Privado y un sujeto de Derecho Público. En esta línea, el Consejo para la Transparencia ha resuelto que para determinar si las Personas Jurídicas

⁶¹ Por extraña que parezca esta aseveración, ha sido alegada en varias oportunidades ante el Consejo. Por ejemplo, la Municipalidad de Viña del Mar haciendo sus descargos ante el Consejo en el Reclamo CPLT R23-09 señaló refiriéndose a la Corporación Municipal que “dicha entidad privada no integra ni es parte de la estructura orgánica municipal” y que pese a ser la Alcaldesa ser su presidenta en virtud de la Ley y los propios estatutos, que “no hay título legal y suficiente para que la autoridad municipal asuma la representación de esa entidad de derecho privado, y en la que sólo sirve en calidad de Presidenta de la misma”.

de Derecho Privado tienen un carácter público, y por tanto les es aplicable la Ley, se deben cumplir tres requisitos copulativos⁶²:

(i) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación);

(ii) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control);

(iii) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).⁶³

⁶² Este criterio de exigir la concurrencia de tres requisitos fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en el fallo de un reclamo de ilegalidad deducido por la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Viña del Mar contra el Consejo para la Transparencia, luego que este último ordenara la publicación en la web de información de la Corporación. La Corte señaló: “Que un ente ‘privado’ organizacionalmente es ‘público’ por cuanto concurren mayoritaria o exclusivamente órganos públicos en su creación; porque la integración de sus órganos de decisión, administración y control es efectuada por autoridades o funcionarios públicos y, por la naturaleza de las funciones que desempeñan, esto es, la finalidad al bien común” y además “Que para que un ente sea regido por el derecho público deben concurrir los tres elementos copulativos, señalados en el considerando anterior, que en el caso de la Corporación de Desarrollo Social de Viña del Mar se cumplen todos ellos. En este orden de ideas, aparece establecido que la Corporación de Desarrollo Social de Viña del Mar fue constituida por la Municipalidad de esa ciudad, que es un órgano público; que la integración de sus órganos están constituidos por la Asamblea General, presidida por el Presidente del Directorio, el cual es presidido por el alcalde y otro es de libre designación del propio Alcalde, según lo regulado en el artículo 15 de los Estatutos y, por último, referente a la naturaleza de la función que cumple, la Corporación debe administrar y operar servicios en las áreas de la educación, salud y atención de menores que hayan tomado a su cargo la Municipalidad, de conformidad con el artículo 3 de los Estatutos, es decir, realiza funciones eminentemente públicas” (C.A. Valpo. rol 2361-2009, considerandos 6° y 7°).

⁶³ Esto tres requisitos, se exigieron por primera vez en la causa sobre Transparencia Activa CPLT R23-09, en que un diputado solicitó la publicación en el sitio web de la Municipalidad de Viña del Mar, los datos de la Corporación Municipal de la comuna. Posteriormente, fueron reiterados en causas de Transparencia Pasiva, como la CPLT A194-09 en que el Colegio de Profesores de Villa Alemana solicitó al Alcalde información sobre un proyecto de mejoría en la gestión educativa, y este denegó la información argumentando que los datos pertenecían a la Corporación y no a la Municipalidad.

A este respecto, debemos señalar que la Jurisprudencia del Consejo ha sido reiterada en declarar la aplicación de la Ley 20.285 a las Corporaciones Municipales, por estimar que cumplen los tres requisitos señalados anteriormente, y que caben dentro de la categoría de “órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa”, razón por lo cual estas pueden ser sujeto pasivo de reclamos por incumplimiento de los deberes de transparencia activa, de solicitudes de acceso a la información pública, y de amparos por denegación de información, en su caso⁶⁴. Esto ha sido ratificado por las Cortes de Apelaciones de Valparaíso⁶⁵, Santiago⁶⁶, San Miguel⁶⁷ y Puerto Montt⁶⁸.

⁶⁴ Esto se ha resuelto en numerosas ocasiones. Además de las ya señaladas, pueden verse las causas CPLT A211-09, A242-09, A327-09, C378-09, C115-10, C254-10, C909-10

⁶⁵ Este fue la primera causa en que una Corporación reclamó ante una Corte de Apelaciones el no ser sujeto de la Ley 20.285. Al respecto, la Corte de Valparaíso señaló: “Que la excusa de la reclamante en orden a que mucha de la información solicitada corresponde proporcionarla a la Corporación de Desarrollo Social de Villa Alemana que es una corporación de derecho privado y la Ley de Transparencia no les es aplicable, cabe desestimarla por cuanto se trata de un organismo creado para el cumplimiento de una de las labores que debe desarrollar un municipio y, por lo tanto, como en su creación concurren órganos públicos y está integrada por funcionarios públicos tanto para aquellas funciones de toma de decisiones, como para su administración y control y considerando que realizan funciones destinadas al bien común, no cabe duda el carácter público de dichos organismos” (C.A. Valpo. rol 294-2009, considerando 6°)

⁶⁶ En este reclamo de ilegalidad, la Corporación Municipal de Ñuñoa reclamó no estar sujeta al Consejo ni la Ley de Transparencia por ser Persona Jurídica de Derecho Privado. El Tribunal de Alzada sentenció: “Que en relación con lo anterior se debe tener presente que conforme lo dispone el inciso primero del artículo 2° de la Ley 20.285 sobre Acceso a la información Pública, ella es aplicable, entre otros organismos a las Municipalidades y a los órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, entre los cuales como ya se señaló se encuentra precisamente la Corporación recurrente atendido el objeto para el cual fue creada” (C.A. Stgo. rol 8131-2009, considerando 7°)

⁶⁷ Contra la alegación del Alcalde de San Miguel que la Corporación Municipal por él presidida no se rige por la Ley 20.285, la Corte resolvió: “Que en consecuencia, por lo expresado en los anteriores considerandos, forzoso es concluir que la reclamante, Corporación Municipal de San Miguel, pese a tener la forma jurídica de una corporación de derecho privado, clara, cierta e inequívocamente es un órgano creado por un ente público, para el cumplimiento de la función administrativa, consistente en la administración y operación de los servicios de educación pública, salud pública primaria, traspasados por el Estado al Municipio y destinados al bien común, cuya dirección, administración, control y toma de decisiones está integrada por funcionarios públicos. Todo lo cual evidencia el carácter público de dicho organismo y además,

Además de la Jurisprudencia, el Consejo ha ido un paso más allá al dictar instrucciones generales sobre las Corporaciones Municipales. Haciendo uso de la facultad de emitir instrucciones generales en materia de Transparencia a la Administración, que le da el artículo 33 letra “d” de la Ley 20.285, ha dictado la Instrucción General N° 4 sobre Transparencia Activa⁶⁹, publicada en el Diario Oficial el 3 de febrero de 2010. Esta señala en su artículo 2 letra “i” que dentro de los órganos obligados a tener información en sus sitios electrónicos están “Las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que más del cincuenta por ciento de su órgano directivo sea designado por autoridades o funcionarios públicos o esté integrado por éstos. En esta

necesariamente conduce a colegir que conforme lo estatuye el artículo 2° de la Ley 20.285, la señalada Corporación se encuentra sometida a las normas de dicha ley, puesto que como expresamente ordena dicho precepto, las disposiciones de ella son ‘aplicables a...los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa’, carácter que justamente tiene la Corporación Municipal de San Miguel” (C.A. San Miguel rol 132-2009, considerando 9°).

⁶⁸ Contra el argumento de la Municipalidad de Dalcahue, que su Corporación Municipal no se encontraba bajo la competencia del Consejo para la Transparencia, la Corte de Puerto Montt conociendo un reclamo de ilegalidad contra el Consejo, señaló: “Que, con lo que se viene señalando, y no obstante la alegación del recurrente en cuanto a que las Corporaciones Municipales son constituidas bajo las normas del derecho civil y que variadas normas del derecho privado le son aplicables, ello no desvirtúa el carácter de organismo que integra la Administración del Estado, de conformidad al inciso 2 del artículo 1 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y artículo 2 de Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Que, en consecuencia, la Corporación Municipal Educación Ramón Freire de Dalcahue, reviste el carácter de pública, sometida a las normas de la Ley N° 20.285, de acuerdo al artículo 2 como ‘órganos y servicios público creados para el cumplimiento de la función administrativa’ y, por tanto, debe proporcionar la información requerida, toda vez que la resolución que resuelve el Amparo rol C254-10, de fecha 6 de julio 2010, dictada por el Consejo para la Transparencia, se ajusta a Derecho, por lo que se rechazará el presente reclamo de ilegalidad interpuesto por la aludida Corporación” (C.A. Pto. Montt rol 395-2010, considerando 8°)

⁶⁹ Consejo para la Transparencia. 2010. Instrucción General N° 4 sobre Transparencia Activa [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100416/asocfile/20100416205931/instruccion_general_4_ta.pdf>

última situación se entenderán comprendidas, entre otras, las Corporaciones Municipales de Salud y Educación”.

No obstante lo anterior, debemos mencionar que la Contraloría ha establecido en el Dictamen 75.508/2010 que el Consejo no tiene competencia para dictar instrucciones generales que afecten las atribuciones de las Corporaciones Municipales⁷⁰.

1.2.1.3 Otras Personas Jurídicas de Derecho Privado

Aparte de las Corporaciones Municipales, ligadas a la administración hay múltiples instituciones que son Personas Jurídicas de Derecho Privado pero que prestan servicios públicos, están relacionadas a órganos del Estado, reciben financiamiento público y están dirigidas o conformadas por funcionarios públicos. En este caso, debemos señalar que todo lo señalado en el punto 1.2.1.2 es plenamente aplicable a estas entidades si se cumplen los tres requisitos copulativos que allí mencionamos.

El Consejo para la Transparencia ha establecido que tiene competencia, sobre varias Personas Jurídicas de Derecho Privado, entre las que podemos señalar a modo de ejemplo el Servicio de Cooperación Técnica (SERCOTEC)⁷¹,

⁷⁰ El referido dictamen señala que “En este contexto, y del análisis de las normas de la ley N° 20.285 aparece que ninguna de ellas establece alguna atribución del Consejo para la Transparencia sobre este tipo especial de corporaciones de derecho privado, por lo que la sujeción de éstas al principio de transparencia de la función pública, en los términos que ordena el artículo décimo de la ley N° 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al referido Consejo respecto de ellas”.

⁷¹ En dicha oportunidad el Consejo señaló: “Que en lo alegado complementariamente por SERCOTEC, en cuanto a que no le sería aplicable el artículo 7°, letra k), de la Ley de Transparencia, en razón de ser una corporación de derecho privado, debe rechazarse, ya que éste se considera un órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa, por lo que de acuerdo al artículo 2° de la misma Ley, le son aplicables sus disposiciones, independiente de cómo se encuentre estructurado, según ha sido acordado en las decisiones de este Consejo N°s R23-09, A211-09 y A242-09” (CPLT A240-09, considerando 9°)

el Instituto Forestal (INFOR)⁷², el Instituto de Investigaciones Agropecuarias (INIA)⁷³ y la Corporación Nacional Forestal (CONAF)⁷⁴.

1.2.1.4 Empresas Públicas

Un asunto de la mayor importancia que se ha debatido en sede administrativa y judicial, es si se pueden realizar solicitudes de información a las empresas públicas -propiedad o donde tiene participación el Estado de Chile- y cuáles son los estándares de transparencia que estas deben cumplir. El problema aquí es similar al de las Corporaciones Municipales, en el sentido que

⁷² Sobre el particular se resolvió “Que, en primer lugar, corresponderá pronunciarse acerca de la aplicación de la Ley de Transparencia al Instituto Forestal. Según el criterio señalado en las decisiones recaídas en los amparos Roles A211-09, A242-09, A327-09, C115-10 y R23-09, ratificado por las sentencias pronunciadas en sede de reclamo de ilegalidad por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causas Rol N° 2.361-09 y Rol N° 294-10; la Corte de Apelaciones de San Miguel, en el caso Rol N° 132-2009; y, por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 8131-09, dada la naturaleza instrumental de ciertas entidades de derecho privado constituidas por la Administración Pública, éstas deberán ser tratadas en algunos aspectos como entidades públicas en la medida que el Estado tenga una participación o posición dominante en las mismas, lo que viene dado por tres elementos que suelen concurrir copulativamente:

- a) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos en su creación (decisión pública de creación);
- b) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y
- c) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativa” (CPLT C448-10, considerando 1°).

⁷³ Al respecto pueden verse las resoluciones de los amparos CPLT C448-10 y C827-10.

⁷⁴ Debemos valorar que CONAF, pese a ser jurídicamente una Corporación de Derecho Privado, nunca ha alegado no ser un órgano administrativo, estar exenta de los deberes de la Ley de Transparencia ni fuera de la órbita del Consejo, por lo que en los amparos por denegación de información siempre se han discutido directamente la aplicación de las causales de reserva o secreto, como los antecedentes previos a la toma de una decisión, medida o política (CPLT A227-09), las defensas jurídicas (CPLT C203-10), o los derechos de terceros (CPLT C25-11).

estas entidades tienen una naturaleza mixta. Por un lado, jurídicamente están organizadas como Sociedades Anónimas -personas jurídicas de Derecho Privado con fines de lucro-, y por otro lado, orgánicamente se les considera parte de la Administración, cumplen funciones de carácter administrativo⁷⁵ y normalmente sus cargos directivos son designados o integrados directamente por funcionarios públicos.

Además de la problemática estrictamente jurídica, con las empresas públicas hay asuntos de índole política y económica asociados. Para ser competitivas, en general las empresas requieren de un margen de confidencialidad que les permita desenvolverse en igualdad de condiciones que el resto de los actores del mercado. Por otro lado, se requiere transparencia ya que las empresas del Estado no son ajenas a la corrupción, y más aun, en algunos sondeos se les ha considerado como las instituciones con mayor nivel de percepción de corrupción dentro del aparataje gubernamental chileno⁷⁶.

Respecto a las empresas, debemos recordar que la Constitución en su artículo 5° consagra el Principio de Subsidiariedad, por el cual el Estado en general no puede inmiscuirse en actividades propias de privados, salvo cuando estos no pueden o no quieren intervenir. En el mismo sentido, el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental establece una fuerte limitación según la cual, cuando el Estado desee realizar actividades empresariales, deberá hacerlo con la autorización especial de una ley de quórum calificado.

⁷⁵ Al respecto, en una oportunidad la Corte Suprema señaló respecto del Banco Estado que “el hecho que se rija por normas que ordinariamente son propias del sector privado, por cuanto ello no es sino una ficción legal destinada a facilitar su actividad comercial, que no puede tener la virtud de alterar la real naturaleza de la entidad” (C.S. rol 6585-2007, considerando 9°).

⁷⁶ Libertad y Desarrollo. 2011. Encuesta: Percepción de Corrupción se ubica en su nivel más bajo. Revista de LyD Número 219, julio de 2011 [en línea] <http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/lyd219julio2011.pdf> P. 5

La Ley de Transparencia contempla un régimen especial para las empresas pertenecientes al Estado, diferente al que contempla para el resto de la Administración. Señala el inciso 3° del artículo 2° de la Ley que “También se aplicarán las disposiciones que esta ley expresamente señale a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio”⁷⁷. O sea, a las empresas no se les aplica la Ley en su totalidad, sino solo algunas normas expresamente señaladas.

El artículo décimo transitorio⁷⁸ determina el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, señalando que el

⁷⁷ Entendemos de la Ley hace esta distinción entre “Empresas Públicas”, “Empresas del Estado” y “Sociedades en que el Estado tenga más del 50%”, porque el Estado de Chile aun es dueño directamente o a través de Corfo de muchas empresas creadas con anterioridad a la Constitución de 1980, muchas de las cuales no son muy conocidas, y que no cumplen con el requisito de ser autorizadas por ley de quórum calificado que exige la nuestra Carta Fundamental. Para mayor información recomendamos revisar la lista de compañías dependiente del Sistema de Empresas Públicas en <http://www.sepchile.cl/>

⁷⁸ Artículo décimo.- El principio de la transparencia 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 es aplicable a las empresas públicas creadas por ley y a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, tales como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado, aun cuando la ley respectiva disponga que es necesario mencionarlas expresamente para quedar

sujetas a las regulaciones de otras leyes.

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

- a) El marco normativo que les sea aplicable.
- b) Su estructura orgánica u organización interna.
- c) Las funciones y competencias de cada una de sus unidades u órganos internos.
- d) Sus estados financieros y memorias anuales.
- e) Sus filiales o coligadas y todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.
- f) La composición de sus directorios y la individualización de los responsables de la gestión y administración de la empresa.
- g) Información consolidada del personal.
- h) Toda remuneración percibida en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de

Principio de Transparencia en la Función Pública se aplica a las Empresas Públicas, y además consagra un régimen de transparencia activa para estas, en el sentido de obligarlas a publicar información en su sitio web. Tiene la característica especial, que no se obliga a las empresas información detallada de cada uno de los trabajadores, sino solo información consolidada, con la excepción de las remuneraciones del Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa, que si deben ser publicadas.

Establecido la anterior, surge la duda de si el hecho que las empresas públicas estén sometidas al régimen de transparencia activa implica que pueden ser objeto de reclamos de transparencia activa ante el Consejo para la Transparencia. Debemos prevenir que sobre el particular existe un criterio diverso entre el Consejo y la Contraloría.

El Consejo se ha pronunciado, declarando que si puede hacerse y que tiene competencia para conocer reclamos de transparencia activa contra las empresas del Estado⁷⁹. Por su parte, la Contraloría General de la República ha

la empresa, incluso aquellas que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo que le hayan sido conferidos por la empresa, o por concepto de gastos de representación, viáticos, regalías y, en general, todo otro estipendio. Asimismo, deberá incluirse, de forma global y consolidada, la remuneración total percibida por el personal de la empresa.

La información anterior deberá incorporarse a sus sitios electrónicos en forma completa, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.

Las empresas a que se refiere este artículo, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, estarán obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046. En caso de incumplimiento, los directores responsables de la empresa infractora serán sancionados con multa a beneficio fiscal hasta por un monto de quinientas unidades de fomento, aplicada por la respectiva Superintendencia de conformidad con las atribuciones y el procedimiento que establecen sus respectivas leyes orgánicas.

⁷⁹ En un reclamo por transparencia activa contra ENAP, esta compañía alegó tener que cumplir con las obligaciones de transparencia activa, pero no estar bajo la competencia del Consejo. Este último resolvió:

manifestado que el Consejo para la Transparencia no tiene atribución alguna sobre las empresas públicas⁸⁰

“Que, una vez definido el ámbito de aplicación de la ley a las empresas públicas creadas por ley, se deben precisar las competencias de este Consejo para verificar el cumplimiento de las obligaciones que la Ley hace exigibles en el artículo décimo a dichas empresas, esto es, las de transparencia activa. En este sentido, el artículo 32 la Ley de Transparencia radica en el Consejo la competencia para promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información. Competencias de promoción, fiscalización y garantía no sujetas a ninguna restricción, que puede ejercer en función de la materia respecto de todos los órganos que estén sometidos a la Ley de Transparencia, salvo aquellos autónomos constitucionales respecto de los cuales la Ley estableció expresamente una regulación diversa”.

También señaló “Que, a juicio de este Consejo, la utilización en la Ley de Transparencia de la expresión ‘esta ley’ no tiene como correlato la voluntad de restringir tal remisión únicamente a las normas establecidas en el ‘artículo primero’ de la Ley N° 20.285, que contiene la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, sino que tal remisión se extiende a todo el cuerpo normativo contenido en la Ley N° 20.285, vale decir, a sus artículos primero a undécimo y su artículo transitorio. En el caso de las empresas públicas, las disposiciones de ‘esta ley’ que permiten reconocerle competencia a este Consejo corresponden, en forma exclusiva, a las disposiciones que le son aplicables en conformidad al artículo 2°, inciso tercero, de la Ley de Transparencia, vale decir, a las que ‘esta ley expresamente señale’. Estas últimas no son otras que las contenidas en el ‘artículo décimo’ de la Ley N° 20.285, referidas a las normas sobre transparencia activa. Esto significa que la competencia del Consejo para la Transparencia sobre las empresas públicas creadas por ley, está radicada y restringida a la promoción, fiscalización y sanción de las referidas normas de transparencia activa...” (CPLT C191, considerandos 4° y 6° respectivamente). También pueden verse los fallos CPLT R12-09 y R15-09.

⁸⁰Ante la solicitud de pronunciamiento de la ZOFRI respecto de las potestades del Consejo sobre las empresas públicas, la Contraloría señaló:

“Conforme a lo anterior y del análisis de las normas de la Ley de Transparencia y de la ley N° 20.285 en su conjunto, se puede apreciar que no existe disposición que expresamente establezca alguna atribución al Consejo para la Transparencia sobre las sociedades con participación accionaria del Estado superior al 50% o en que éste tenga mayoría en el directorio.

En el mismo sentido, cabe agregar que la sujeción de las mencionadas sociedades al principio de transparencia de la función pública, en los términos que indica el artículo décimo de la ley N° 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al aludido Consejo respecto de ellas.

Atendido lo expuesto, esta Contraloría General cumple con manifestar que la Zona Franca de Iquique S.A. no se encuentra sujeta a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia” (Dictamen 44.462/2010)

Respecto a la transparencia pasiva o derecho de acceder a la información pública respecto de las empresas públicas, la Ley 20.285 nada dice. Toda vez que el artículo 2° señala que a las compañías del Estado solo se aplicarán las normas que expresamente se señale, al no haber disposición al respecto la conclusión es inequívoca. No se pueden presentar solicitudes de información a las empresas, ni deducir amparos ante el Consejo.

En este sentido, el Consejo ha declarado reiteradamente su incompetencia para conocer amparos por denegación de información pública contra las empresas ligadas al Estado de Chile, declarando inmediatamente la inadmisibilidad a tramitación de dichos reclamos⁸¹, criterio confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago⁸².

No obstante el hecho de que no se puedan presentar requerimientos de información ni amparos contra las empresas públicas, en la práctica existe una manera indirecta de hacerlo. Debemos recordar que el inciso final del artículo

⁸¹ Este criterio se sentó en una causa contra EFE, en la que se presentó un amparo fundado en la falta de respuesta de la empresa: “Que, con ello, la aplicación de las disposiciones de la ley a las empresas públicas se extiende únicamente a las referentes a la transparencia activa, con el contenido especificado en el artículo décimo recién transcrito. Adicionalmente, se exigió que estas empresas entreguen a la Superintendencia respectiva idéntica información a la que deben entregar las sociedades anónimas abiertas a la Superintendencia de Valores y Seguros. Sin embargo, nada se dijo en forma expresa –como exige el ya señalado artículo 2°, inciso tercero de la ley- sobre la aplicación de las normas referentes al derecho de acceso a la información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo. Por consiguiente, es dable concluir que dichas normas no se aplican a las empresas públicas creadas por ley” (CPLT A4-09, considerando 4°). Esta Jurisprudencia se ha repetido en amparos contra varias empresas públicas, como ha sucedido en las causas contra el Banco Estado CPLT C555-10 y C245-11; TVN CPLT A113-09; CODELCO CPLT C151-10 y C792-10; Polla Chilena de Beneficencia CPLT C523-09; Metro de Santiago CPLT C384-10 y C961-10; EFE CPLT C344-10; ENAP CPLT C506-09 y C473-11; Correos de Chile CPLT C443-09; ENAMI CPLT C183-11; y la Empresa Portuaria de San Antonio CPLT C345-10.

⁸² Respecto de las atribuciones del Consejo para la Transparencia, la Corte Capitalina ha señalado “Que, por consiguiente ese órgano del Estado carece de la facultad para otorgar derecho de acceso a la información que terceros interesados ejerzan respecto de empresas del Estado para solicitarles informes o antecedentes relativos a su giro, de suerte que al resolver el referido Consejo que carece de competencia en tal sentido, sobre la solicitud que el reclamante formuló a la Polla Chilena de Beneficencia S.A, no incurrió en la ilegalidad denunciada en esta sede” (C.A. Stgo. rol 608-2010, considerando 15°)

décimo transitorio de la Ley de Transparencia obliga a todas las empresas del Estado a entregar, a la Superintendencia de Valores y Seguros u otra Superintendencia a cuya fiscalización se encuentren sometidas, la misma información que deben entregar las sociedades anónimas abiertas en virtud de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas.

La forma de hacerlo, que quedó registrada en la Historia de la Ley, consiste en que los ciudadanos pueden requerir a la Superintendencia respectiva la información entregada a esta por las empresas públicas⁸³. Debemos recordar que las Superintendencias son consideradas como órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, y contra ellas si se pueden presentar amparos por denegaciones de información ante el Consejo⁸⁴.

⁸³ En la discusión en sala del Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública, el Diputado Cardemil manifestó que:

“Para nosotros constituye un logro haber incorporado a los principios de transparencia activa y pasiva del artículo quinto a las empresas públicas creadas por ley. Éste fue un reclamo transversal del Congreso Nacional. Todos los diputados planteamos que no era posible que empresas públicas que manejan recursos fiscales no se dejaran fiscalizar.

No se ha logrado todo lo que queríamos, pero hay un avance importante.

El artículo quinto señala que las empresas públicas regidas por el principio de transparencia deberán mantener a disposición del público, en su página web, marco normativo, estructura orgánica, funciones y competencia, estados financieros, filiales, composición de sus directorios, información consolidada del personal, remuneraciones percibidas por el directorio cada año, incluso las que provengan de funciones o empleos distintos del ejercicio de su cargo.

En materia de transparencia pasiva, se consagra la obligación de darle a cualquier ciudadano al menos la información contenida en la Fecu de una empresa privada, de una sociedad anónima y sanciona el incumplimiento de esta obligación con multa a beneficio fiscal.

Me parece importante este avance; al fin dejamos a las empresas públicas sujetas a algún grado de requerimiento ciudadano en materia de información” (Historia de la Ley, página 289).

⁸⁴ El Consejo ha declarado por ejemplo, que tiene competencia sobre la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (CPLT A269-09 y C695-10) y sobre la Superintendencia de Valores y Seguros (CPLT C152-10 y C941-11)

1.2.2 Otros Poderes del Estado y Órganos con Autonomía Constitucional

Debemos señalar que en Chile la Constitución contiene un orden bastante particular desde un punto de vista orgánico. Si bien pareciera que seguimos el orden clásico establecido por el Barón de Montesquieu en su célebre obra *De L' Esprits des Lois*, de la existencia de tres poderes que se contrapesan y controlan entre sí, que serían el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, en nuestro país la Doctrina en general estima que esta clasificación no se puede aplicar⁸⁵.

En primer lugar, desde el punto de vista terminológico, la Constitución solo habla de “Poder” solamente al referirse al Judicial en el Capítulo VI. Respecto a lo que sería el Ejecutivo, regulado en el Capítulo IV, la Carta Fundamental se refiere al “Gobierno” y señala en el artículo 24 que “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República...”. Tampoco habla de un Poder Legislativo propiamente tal, sino que se refiere al Congreso Nacional en el Capítulo VI.

En segundo lugar, desde un punto de vista funcional, funciones ejecutivas, legislativas y judiciales no pueden relacionarse directamente al Gobierno, Congreso y Poder Judicial respectivamente. Esto, porque existe un sinnúmero de atribuciones cruzadas entre ellos. A modo de ejemplo, en Chile, el Presidente de la República tiene tantas o mayores facultades en la Formación de la Ley que el Congreso, como consta en los artículos 62 y siguientes de la Constitución, por lo que ambos de manera conjunta conforman lo que sería el poder legislativo. También existen varios tribunales especiales y órganos que ejercen jurisdicción que no forman parte del Poder Judicial sino de la Administración, como los que veremos en el punto 1.2.2.2.1 de este trabajo.

⁸⁵ Pantoja Bauzá, Rolando. 1996. El Derecho Administrativo: Concepto, Características, Sistematización y Prospección. 1ª Ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 106

Aparte de la Administración, el Congreso Nacional y el Poder Judicial, la Constitución de 1980 introdujo varios Órganos con Autonomía Constitucional que no forman parte ni dependen de los tres primeros, como son el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral, la Contraloría General de la República y el Banco Central. Posteriormente, por la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 de 1997, se creó el Ministerio Público.

El hecho que estos tengan autonomía plena, significa que no pueden estar sujetos a ningún otro Poder. Es por esta razón que el Tribunal Constitucional al realizar el control preventivo de constitucionalidad de la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, estableció que estos no pueden estar bajo la competencia del Consejo para la Transparencia para ningún efecto, por pertenecer este último a la Administración⁸⁶.

A continuación revisaremos uno a uno los diversos regímenes de Transparencia establecidos para el resto de los órganos de Estado diversos a la Administración, así como sus procedimientos y la forma de reclamar en caso de denegación de la información solicitada o falta de respuesta.

⁸⁶ Señaló el Tribunal “Que, en cumplimiento de su responsabilidad de velar por el respeto del principio de supremacía constitucional, asegurado en el inciso primero del artículo 6° de la Ley Suprema, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO del proyecto de ley en examen, en el entendido de que no resulta aplicable al Ministerio Público, al Tribunal Constitucional, ni al Tribunal Calificador de Elecciones lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, por cuanto la autonomía que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del 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” (T.C. rol 1.051-2008, considerando 44°).

1.2.2.1 Congreso Nacional

El Congreso está regulado en la disposición sexta transitoria de la Ley 20.285. La norma señala que la actuación del Parlamento debe regirse por el Principio de Transparencia de la Función Pública contenido en el artículo 8° de la Constitución y en los artículos 3 y 4 de la Ley de Transparencia.

De manera adicional, el inciso segundo de la disposición sexta señalada, obliga al Congreso a cumplir con las normas de transparencia activa, de la misma forma que la Administración. Incluso consagra un estándar ligeramente superior, ya que impone además el deber de publicar la asistencia de los parlamentarios y las votaciones en que estos participaron.

El inciso final de la disposición sexta transitoria de la Ley de Transparencia establece que “los reglamentos de ambas Cámaras consignarán las normas que cautelen el acceso del público a la información [...]”, estableciendo así una regulación propia para el Congreso en materia del derecho a acceder a la información pública. En virtud de lo anterior, el Consejo para la Transparencia se ha declarado reiteradamente incompetente para conocer amparos en contra del Congreso Nacional o de las instituciones que lo componen como la Cámara de Diputados⁸⁷, el Senado⁸⁸ y e incluso la Biblioteca del Congreso⁸⁹.

⁸⁷ En una ocasión se solicitó a la Cámara información sobre el uso de asignaciones en dinero a diversos diputados. Ante la falta de respuesta, se dedujo un amparo ante el Consejo. Este declaró la inadmisibilidad por incompetencia, señalando “Que en consideración a lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de la Ley de Transparencia y artículo 36 y 46 del Reglamento, del examen preliminar de admisibilidad de la citada reclamación, este Consejo advierte que la solicitud de amparo al derecho de acceso a la información pública se refiere a la Cámara de Diputados de Chile, órgano que se rige por normas especiales sobre principio de publicidad y transparencia, contenidas en el artículo sexto del título VII de la Ley N° 20.285 y artículo 17 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile, aprobado el 10.03.2002 y sus correspondientes modificaciones” (CPLT A285-09, considerando 2°)

⁸⁸ En otra ocasión se presentó un amparo contra el Senado, fundado en que no se habría contestado una solicitud de información relativa a gastos de funcionamiento de oficinas de los ex Presidentes de la República. El Consejo resolvió que no correspondía aplicar en ese caso el

De la misma forma, el Reglamento de la Cámara de Diputados⁹⁰ no contempla disposición alguna relacionada con que los ciudadanos puedan realizar solicitudes de información. La Cámara únicamente posee en su sitio web un formulario tipo, de contacto con la Oficina de Información Ciudadana de la Corporación⁹¹. Sin embargo, al no estar sujeto a procedimientos ni plazos, no podemos considerarlo como un sistema para gestionar solicitudes de acceso a la información pública. En el mismo sentido, un estudio de la Fundación Pro Acceso señaló que la Cámara de Diputados es uno de los Órganos del Estado que simplemente no contesta las solicitudes de acceso información pública⁹², y

procedimiento de amparo: “Que, atendido lo dispuesto en los artículos 24 y siguientes de la Ley de Transparencia y los artículos 36 y 46 de su Reglamento, del examen preliminar de admisibilidad de la citada reclamación este Consejo advierte que la solicitud de amparo al derecho de acceso a la información pública se ha interpuesto en contra del Senado de la República, órgano que se rige por normas especiales en cuanto al principio de publicidad y de transparencia, contenidas en el artículo sexto de la Ley N° 20.285 y el Título XVIII del Reglamento del Senado (CPLT A217-09, considerando 2°).

⁸⁹ El Consejo para la Transparencia ha fallado que la autonomía constitucional cabe incluso sobre la Biblioteca del Congreso. En una oportunidad que se solicitaron antecedentes de la postulación a un concurso público, y ante la falta de respuesta se dedujo amparo ante el Consejo, el cual dispuso “Que, por su parte, el artículo sexto, inciso primero, de la Ley 20.285, regulando la aplicación del principio de transparencia en el ejercicio de de la función pública al Congreso Nacional, señala que ‘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’. Además, los incisos segundo y tercero se refieren a la aplicación de las normas de transparencia activa al Congreso Nacional, sin que se establezca en parte alguna la aplicación a dicho órgano de las normas de la Ley de Transparencia relativas al derecho de acceso a la información en poder de los órganos de la Administración del Estado y a la facultad de recurrir de amparo ante este Consejo por denegación de acceso a la información. A mayor abundamiento, el artículo 2°, inciso segundo, del Reglamento de la Ley de Transparencia, que reglamenta, entre otras materias, el derecho de acceso a la información, señala que no se aplicarán sus disposiciones, entre otros órganos, al Congreso Nacional” (CPLT C332-10, considerando 3°)

⁹⁰ Chile. Congreso Nacional. 2002. Reglamento de la Cámara de Diputados [en línea] <http://www.camara.cl/camara/media/docs/reglamento_camara_diputados_08.pdf>

⁹¹ Actualmente el formulario se encuentra en la dirección electrónica <http://www.camara.cl/camara/formulario_contacto.aspx>

⁹² Fundación Pro Acceso. 2011. Acceso a la Información y Transparencia Sobre la Demanda Ciudadana de Información Pública en Chile 2010. Santiago [en línea]

al no existir norma alguna en el Reglamento de la Cámara, no hay ninguna instancia de reclamo.

Cuestión diametralmente opuesta sucede con el Senado. Este realizó una reforma a su Reglamento al entrar en vigencia la Ley de Transparencia, estableciendo expresamente un régimen integral a cargo del Secretario, quien está encargado tanto de que la información esté disponible en el sitio electrónico, como de gestionar las solicitudes de información de la ciudadanía. Incluso existe un “Reglamento de la Secretaría del Senado para la Tramitación de las Solicitudes de Información a que se Refiere la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”⁹³.

Así, de acuerdo a los artículos 221 N°7 y 234 del Reglamento del Senado, presentada una solicitud de información pública, el Secretario tiene un plazo de 20 días hábiles para contestar. Lo interesante es que el Senado contempla una instancia de reclamo para las personas a las cuales se les ha denegado la información o no han recibido respuesta. El reclamo debe realizarse ante la Comisión de Ética y Transparencia del Senado dentro de 15 días, contado desde la notificación de la denegación de acceso, o desde que haya expirado el plazo del Secretario para responder sin que éste haya emitido respuesta. La Comisión tiene 15 días para resolver el reclamo contra el Secretario, aunque está facultada para aumentar el plazo en caso de requerir mayores antecedentes.

No obstante la adecuación del Senado a la Ley de Transparencia, luego de casi un año y medio de vigencia de la Ley, la Comisión ha tenido que

<http://www.proacceso.cl/files/Pro%20Acceso%20-%20Estudio%20Transparencia%20Solicitudes%20de%20Informacion_0.pdf>

⁹³http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20090605/asocfile/20090605160013/resolucion_n_sg_04_2009.pdf

resolver tan solo un reclamo por denegación de información contra el Secretario⁹⁴, lo cual a nuestro juicio revela el profundo desconocimiento que existe respecto de esta normativa.

1.2.2.2 Poder Judicial

Como ya señalamos anteriormente, la Ley 20.285 se aplica preferentemente a la Administración y de manera restringida a otros poderes y órganos. En el caso del Poder Judicial, de acuerdo al artículo octavo transitorio de la Ley⁹⁵, este solo está obligado a cumplir con los deberes generales de Transparencia Activa, con la publicación de información en su sitio web, además del deber de publicar ciertas sentencias. Debemos valorar el hecho que el Poder Judicial vaya más allá de las exigencias de la Ley de Transparencia, en el sentido que actualmente la tendencia está orientada a la posibilidad de

⁹⁴ <http://www.senado.cl/prontus_senado/site/artic/20090619/asocfile/20090619101657/1_fallo_c_etica.pdf>

⁹⁵ Artículo octavo.- Los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales, a través de su Corporación Administrativa, deberán mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, y debidamente actualizados, los antecedentes indicados en el artículo 7º de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

Los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley 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.

acceder a las causas jurisdiccionales de prácticamente todos los tribunales, a través de internet.

Respecto a la transparencia pasiva, si bien en el sitio web del Poder Judicial existe un formulario de consultas para el público denominado “El Presidente Responde”⁹⁶, al no existir la obligación de responder las solicitudes, ni menos procedimientos o plazos, no puede considerarse un sistema de acceso a la información pública.

En esta materia, la Ley de Transparencia chilena se aparta dramáticamente de sus modelos principales como son la *Freedom of Information Act* Británica⁹⁷ y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de México⁹⁸, que contemplan expresamente a sus respectivos órganos jurisdiccionales. Esta situación es sumamente cuestionable, ya que minimiza el acceso a la información de los ciudadanos establecido en la Constitución.

Debemos señalar que contra el Poder Judicial se han presentado numerosos requerimientos de acceso a la información y amparos ante el Consejo para la Transparencia. Este último ha fallado reiteradamente que no es competente para conocer amparos por denegaciones de información del de nuestra judicatura, declarando hasta ahora inadmisibles a tramitación todos los reclamos al respecto. Esto ha sucedido por ejemplo en causas contra

⁹⁶ Este formulario de contacto con la Presidencia de la Corte Suprema se encuentra en la dirección

<http://www.poderjudicial.cl/modulos/ATUusuarios/ATU_PresidenteResponde.php?opc_menu=4&opc_item=5>

⁹⁷ En el sistema Británico en que la distinción de poderes es menos nítida que en el Derecho Continental, la FOIA no hace distinciones en cuanto a la función del órgano sino respecto de su origen. Señala esta que están sujetos a ella todos los órganos creados por Su Majestad, sin distinguir su función dentro del Estado.

⁹⁸ El artículo 3 número XIV letra (c) señala expresamente que dentro de los Sujetos Obligados por la Ley se encuentra el Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal.

Tribunales de Familia⁹⁹, Juzgados Militares¹⁰⁰, Tribunales Laborales¹⁰¹ y Cortes de Apelaciones¹⁰². Si bien reconocemos que el Consejo ha actuado de manera

⁹⁹ En una causa, un abogado solicitó al Tribunal de Familia de Punta Arenas información respecto a cuántas causas patrocinaba él ante el Tribunal. Ante la falta de respuesta, recurrió de amparo al Consejo, el cual declaró inadmisibles las reclamaciones declarando “Que, en consecuencia, el artículo octavo de la Ley N° 20.285 es el que ha establecido expresamente su ámbito de aplicación respecto de los Tribunales integrantes del Poder Judicial, la que fue aprobada como ley de rango orgánica constitucional, debiendo concluirse, a continuación, que dicho ámbito se extiende a únicamente a las disposiciones referentes a la transparencia activa, previstas en el artículo 7° de la Ley de Transparencia, y no a las normas establecidas en este último cuerpo legal relativas al derecho de acceso a la información ni a su posterior amparo.” Y que “Que la conclusión a que se ha arribado en el considerando precedente se confirma con lo que fuera expresado por el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época señor Viera-Gallo en la discusión en sala del informe de la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización ante el Senado quien, al referirse al proyecto en análisis, sostuvo que ‘*La iniciativa establece la transparencia activa en el caso del Poder Judicial y del Parlamento, pero no contempla a estas dos entidades como objetos de transparencia pasiva.*’ (Historia de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 379)” (CPLT A13-09, considerandos 3° y 4° respectivamente)

¹⁰⁰ Una vez se solicitó copia de un expediente al Segundo Juzgado Militar de Santiago a través de la Ley de Transparencia. Conociendo el amparo, el Consejo para la Transparencia resolvió la inadmisibilidad inmediata: “Que, el artículo 1° de la Ley de Transparencia dispone que: ‘*La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.*’ Por su parte, el artículo 24 de la misma ley establece el derecho de recurrir ante este Consejo en caso de negarse la información solicitada o no entregarse respuesta a dicha solicitud dentro del plazo establecido por el artículo 14. Tal posibilidad se prevé entonces sólo cuando el órgano requerido a tal efecto es un órgano de la Administración del Estado, mas no en el caso que la solicitud de información se dirija al Poder Judicial, el que se rige por lo dispuesto en el artículo octavo de la Ley N° 20.285” (CPLT C373-10, considerando 3°)

¹⁰¹ En otra oportunidad se pidió información sobre el estado de un juicio, y ante la falta de respuesta se recurrió al Consejo. Este señaló que “[...] al Juzgado de Letras del Trabajo de Castro, y en general a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, no les resultan aplicables las normas previstas en la Ley de Transparencia referentes al derecho de acceso a la información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo. En consecuencia, este Consejo carece de la competencia necesaria para conocer del presente amparo, toda vez que es la misma Ley de Transparencia -en particular, su artículo 33 literal b)-, el que le atribuye tal competencia, motivo por el cual el presente amparo será declarado inadmisibles” (CPLT C408-11, considerando 5°)

¹⁰² Ante un amparo contra varias Cortes de Apelaciones por no entregar la nómina de peritos documentales, caligráficos, huellográficos y fotográficos, el Consejo resolvió que “las Cortes de Apelaciones, y en general a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, no les resultan aplicables las normas previstas en la Ley de Transparencia referentes al derecho de acceso a la

correcta al aplicar la ley, la presentación de solicitudes y amparos contra los tribunales revela que existe interés de la ciudadanía por acceder a información judicial.

No obstante la imposibilidad de presentar requerimientos de información al Poder Judicial, debemos destacar que la Corte Suprema a través de diversos autos acordados ha realizado un significativo esfuerzo por convertir a nuestra judicatura en una institución reconocida internacionalmente en materia de transparencia¹⁰³.

Aparte del acceso físico a expedientes y audiencias por mandato del artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que “los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”¹⁰⁴, nuestros tribunales del Poder Judicial tienen como práctica permitir el libre acceso a las causas a través de internet.

Respecto al acceso a la información judicial *online*, nuestro país obtuvo el año 2011 el primer lugar a nivel interamericano en la séptima versión del Índice de Accesibilidad a la Información Judicial en Internet (IAcc)¹⁰⁵, elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, organismo dependiente de la Organización de Estados Americanos, superando así a todos los países de nuestro continente.

información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo; de modo que este Consejo carece de la competencia necesaria para conocer del mismo, motivo por el cual deberá ser declarado inadmisibile” (CPLT C447-11, considerando 5°).

¹⁰³ Jara Villalobos, Camilo. 2012. El Régimen de Transparencia de la Judicatura en Chile. II Congreso de Derecho de la Judicatura PUCV. Valparaíso, 18 y 19 de octubre 2012. P. 8.

¹⁰⁴ Algunas excepciones son la etapa denominada del “Sumario” del Proceso Penal Antiguo, y las causas conocidas por los Tribunales de Familia sobre las cuales rige el “Principio de Protección a la Intimidad”.

¹⁰⁵ Centro de Estudios de Justicia de las Américas. 2011. Índice de Accesibilidad a la Información Judicial en Internet, 7ª versión [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120417/asocfile/20120417164146/iacc_reporte_2011_final.pdf> P. 21.

1.2.2.2.1 Juzgados de Policía Local y Tribunales Especiales

Uno de los problemas que ha llegado ante el Consejo para la Transparencia se refiere a si los Juzgados de Policía Local están obligados a responder las solicitudes de información Pública o no, y por tanto, si el Consejo tiene competencia sobre ellos. El origen de este problema está en que estos Tribunales tienen una doble dependencia. Por una parte, están relacionados a sus respectivas Municipalidades ya que de acuerdo a la artículo 4° de la Ley 15.231 sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local, los Jueces son designados por el Alcalde, perciben su remuneración de la Municipalidad, e incluso en ciertos casos el Alcalde respectivo puede ejercer dicho cargo según el artículo 2° de la misma norma. Por esto, podemos decir que desde un punto de vista orgánico, integran los respectivos Municipios. Si primara la tesis de la dependencia municipal, podríamos decir que dichos Juzgados órganos se encuentran bajo la competencia del Consejo.

Por otra parte, según el artículo 8° de la misma Ley, estos Jueces se encuentran bajo la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte de Apelaciones respectiva, por lo que funcionalmente dependen del Poder Judicial. Además, el inciso segundo del artículo 2° del Reglamento de la Ley 20.285 Sobre Acceso a la Información Pública señala que dentro del ámbito de aplicación no se encuentran los Tribunales Especiales. De privilegiar la tesis de la dependencia del Poder Judicial, la conclusión inequívoca sería que el Consejo no tiene competencia sobre ellos.

De esta manera, el Consejo para la Transparencia ha tenido que resolver acerca de esta situación en dos oportunidades, al conocer amparos contra los Juzgados de Policía Local de El Tabo¹⁰⁶ y Temuco¹⁰⁷. Así, ha optado por la

¹⁰⁶ En la primera oportunidad que el Consejo se pronunció sobre su competencia respecto de los Juzgados de Policía Local manifestó que “el artículo octavo de la Ley N° 20.285 no contempla la posibilidad de deducir amparo respecto de las decisiones que rechacen las solicitudes de acceso a información que se formulen a los tribunales especiales de la República,

segunda tesis, declarándose la inadmisibilidad a tramitación por considerar que carece de competencia sobre estos Tribunales.

Además de los Juzgados de Policía Local, existen en nuestro país otros Tribunales Especiales que no componen el Poder Judicial, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal de Contratación Pública y algunos órganos ligados a la Administración que ejercen jurisdicción como el Instituto Nacional de Propiedad Industrial, la Dirección General de Aeronáutica Civil, y el Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos. En virtud del artículo octavo transitorio de la Ley de Transparencia y del artículo 2° de su Reglamento, estos tampoco están obligados a responder las solicitudes de acceso a la información pública, sino que solo deben cumplir las normas de Transparencia Activa.

1.2.2.2.2 Auxiliares de la Administración de Justicia

Otro problema que se ha visto ante el Consejo para la Transparencia es la competencia que podría tener este sobre algunos funcionarios relacionados a la judicatura, denominados “Auxiliares de la Administración de Justicia”, regulados en el Título XI del Código Orgánico de Tribunales, pero que

ya que respecto de éstos la ley solo contempla los deberes de transparencia activa señalados en el artículo 7° de la Ley de Transparencia. Por su parte, el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Transparencia, al referirse al ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal, señala expresamente que no se aplicarán sus disposiciones, entre otros, a los tribunales especiales” (CPLT C188-10, considerando 3°)

¹⁰⁷ En esta causa, un ciudadano presentó al Tribunal una denuncia contra un vecino por edificar sin permisos de construcción. Solicitó conocer el estado de la denuncia, y ante la falta de respuesta presentó amparo al Consejo, el cual respecto del Juzgado de Policía Local, resolvió que “resulta claramente establecido que el ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia sólo dice relación con los órganos que expresamente señala la misma Ley, de lo que resulta que no procede el ejercicio del derecho de acceso a la información en conformidad a la citada Ley de Transparencia ante entidades que no invisten tal calidad” (CPLT C220-11, considerando 4°).

orgánicamente no son parte del Poder Judicial. Nos referimos en particular a los Notarios, Conservadores de Bienes Raíces, Archiveros Judiciales y Receptores Judiciales.¹⁰⁸

El problema de la dependencia de estos funcionarios es de larga data, ya que son el último vestigio de un sistema administrativo colonial previo a las reformas Borbónicas del siglo XVIII, denominado el “Oficio”. Este sistema consiste en que los funcionarios si bien son designados por la autoridad del Estado, están bajo la supervisión correctiva de esta y ejercen un servicio público, en la práctica actúan como entes privados ya que ni siquiera perciben remuneración, sino que se financian mediante una tarifa que cobran a quienes requieren sus servicios.

A falta de norma expresa en la Ley de Transparencia, el Consejo ha optado por considerar a los auxiliares como parte del Poder Judicial y aplicarles sus normas. En este sentido, se ha resuelto la inadmisibilidad a tramitación de los amparos contra los Auxiliares de la Administración de Justicia¹⁰⁹

¹⁰⁸ No nos referiremos a los otros Auxiliares de la Administración de Justicia regulados en el mismo Título XI del COT como Fiscales Judiciales, Relatores y Secretarios ya que estos son parte del escalafón del Poder Judicial y todo lo que hemos dicho sobre este les es directamente aplicable.

¹⁰⁹ Es este caso, se le solicitó al Conservador de Bienes Raíces de Quilpué copia de una inscripción a través de la Ley de Transparencia. Ante la falta de respuesta se dedujo amparo ante el Consejo. Este último sostuvo que “el artículo 2° del Reglamento de la Ley de Transparencia, que norma en forma pormenorizada los aspectos generales regulados en dicho cuerpo legal, al referirse a su ámbito de aplicación, señala expresamente que no se aplicarán sus disposiciones, entre otros, al Poder Judicial” y que “por lo tanto, al Conservador de Bienes Raíces de Quilpué, y en general a los Tribunales que forman parte del Poder Judicial, no les resultan aplicables las normas previstas en la Ley de Transparencia referentes al derecho de acceso a la información que puede hacerse valer en un procedimiento de amparo. En consecuencia, este Consejo carece de la competencia necesaria para conocer del presente amparo” (CPLT C899-10, considerandos 4° y 5° respectivamente).

1.2.2.3 Contraloría General de la República

El artículo quinto transitorio de la Ley de Transparencia introdujo modificaciones a la Ley 10.336 de Organizaciones y Atribuciones de la Contraloría, agregando el nuevo artículo 155. Según esta norma el ente fiscalizador debe cumplir idénticas obligaciones de Transparencia Activa que los Órganos de la Administración.

En el caso de la Transparencia pasiva, las solicitudes de información a la Contraloría deben cumplir los mismos requisitos generales que veremos en el punto 3.1.1.1 de este trabajo. De esta forma, también tiene 20 días hábiles para contestar, prorrogables por 10 días más.

Para responder las solicitudes, la Contraloría General de la República ha creado la Unidad de Acceso a la Información, mediante resolución exenta 3.311 de 2008¹¹⁰, la cual además está encargada de realizar estudios e informes relativos a Transparencia. También se ha dispuesto en el sitio web un formulario electrónico para gestionar estas solicitudes, el cual otorga un número de identificación a cada uno requerimiento para individualizar lo en caso de consultas o reclamos posteriores¹¹¹.

La diferencia fundamental de la Contraloría y los otros Órganos con Autonomía Constitucional respecto de la Administración ordinaria, radica en que en caso de denegación o falta de respuesta, no se puede recurrir ante el Consejo para la Transparencia, sino que debe hacerse ante la Corte de Apelaciones del domicilio del solicitante, mediante un Reclamo de Ilegalidad y dentro de los 15 días corridos desde el vencimiento del plazo para contestar sin

¹¹⁰ <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/portalCGR/CGRTransparente/marco/resoluciones/Res%203311-08>>

¹¹¹ El formulario está actualmente disponible en la dirección electrónica <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/SINF/solicitudInformacion/SolicitudInformacionController.jsp>>

recibir respuesta, o desde la notificación que deniega la petición. En el caso de la Contraloría General o alguna de sus sedes regionales, el Reclamo debe presentarse ante la Corte del domicilio del requirente.

De esta forma, desde que existe la Ley de Acceso a la Información Pública, tan solo se ha deducido un reclamo de ilegalidad contra la Contraloría¹¹². Si bien pareciera ser bajo el número, ante el Consejo para la Transparencia se han presentado más de 20 amparos por denegación de información contra la Contraloría General de la República y sus sedes regionales¹¹³, todos los cuales han sido declarados inadmisibles a tramitación, por carecer el Consejo de competencia sobre la Contraloría.¹¹⁴

Debemos valorar el hecho que exista una vía institucional para reclamar contra la Contraloría, no obstante, el que se haya determinado una vía judicial implica patrocinio de abogado y que el reclamante debe adecuarse a los tiempos de tramitación de las causas en las Cortes de Apelaciones, lo cual significa a nuestro juicio, una diferencia de trato excesiva respecto de los reclamos por denegación de información contra la Administración.

¹¹² Ximena Rodríguez con Contralor Regional del Maule, N° de Ingreso 998-2009 Civil de la Corte de Apelaciones de Talca, la cual fue rechazada.

¹¹³ Se han presentado 13 amparos contra la Contraloría General de la República (CPLT A98-09, A120-09, A183-09, A220-09, A221-09, C435-09, C562-09, C610-09, C55-10, C278-10, C529-10, C551-10 y C625-10); cinco contra la Contraloría Regional de Valparaíso (CPLT A70-09, C387-09, C10-10, C11-10 y C12-10); tres contra la Contraloría del Biobío (CPLT C499-09, C63-10 y C465-10), y solo uno contra las Contralorías de los Ríos (CPLT C247-10) y del Maule (CPLT A72-09)

¹¹⁴ Este criterio fue fijado tempranamente por el Consejo en uno de los primeros amparos que conoció: “Que, por su parte, el artículo quinto de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Transparencia, introduce una modificación a la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, N° 10.336, en la que en su parte pertinente señala que ‘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’ [...]” y además “Que, en tal virtud, y analizados los antecedentes acompañados al presente reclamo, resulta de manifiesto que este Consejo es incompetente para pronunciarse sobre el mismo” (CPLT A70-09, considerandos 2° y 3° respectivamente).

1.2.2.4 Ministerio Público

El Ministerio Público posee un régimen especial de transparencia establecido en el artículo 9° transitorio de la Ley 20.285, además de su normativa interna. Esta consiste en la Resolución 102/2011 que establece “Normas e Instrucciones para dar cumplimiento a las Disposiciones de la Ley 20.285, en el Ministerio Público”, publicada en el Diario Oficial el 21 de enero de 2011, así como el Oficio del Fiscal Nacional N° 26/2011 “al Director General de la Policía de Investigaciones”, el N° 27/2011 “al General Director de Carabineros de Chile” y el N° 28/2011 “a los Fiscales Regionales, Adjuntos y Asesores Jurídicos de todo el País”, todos los cuales tienen como materia de referencia “Instrucciones generales sobre la aplicación de la Ley 20.285 en relación a lo dispuesto en el artículo 182 del Código Procesal Penal”.

De acuerdo a la resolución 102, las solicitudes deben ir dirigidas mediante carta u oficio a nombre del Director Ejecutivo Nacional o de los Directores Ejecutivos Regionales, o también puede hacerse a través del correo electrónico <transparencia@minpublico.cl>. Según las normas generales de la Ley de Transparencia, el Ministerio Público tiene 20 días hábiles para responder, prorrogables por 10 días más. Luego de lo anterior, el inciso 3° del artículo 9° transitorio de la Ley de Transparencia dispone que “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 acuerdo a los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia...”. De acuerdo a estos últimos artículos, el Reclamo de Ilegalidad debe presentarse ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, es decir, de quien solicitó la información.

Si bien desde un punto procedimental, la manera de ejercer las solicitudes es bastante simple, el Ministerio Público ha sido señalado en algunas oportunidades como un órgano incumplidor en lo que a requerimientos

de información se trata. La Fundación Pro Acceso en un estudio que midió el nivel de cumplimiento de los deberes de Transparencia, lo calificó con nota 0 de un máximo de 4, por no contestar las solicitudes de información que le fueron realizadas como parte de la investigación.¹¹⁵

Aparte del procedimiento de presentar solicitudes de información pública, existen normas emanadas de la Fiscalía Nacional relativas a la causal especial de reserva o secreto de la Ley 20.285 denominada como la “Prevención, Investigación y Persecución de Delitos”¹¹⁶, por estar relacionada según el Ministerio Público con el artículo 182 del Código Procesal Penal, que a su vez trata sobre el secreto de las actuaciones de investigación, previas a un juicio criminal.

En síntesis, podemos señalar que el artículo 182 del Código Procesal Penal señala que la carpeta de investigación es secreta para los terceros ajenos al procedimiento (inciso 1°), que por regla general el imputado y otros intervinientes tienen acceso a las carpetas (inciso 2°), salvo que la fiscalía decreta el secreto de algunas piezas hasta por 40 días para la eficiencia de la investigación (inciso 3°), a lo que se puede reclamar ante el Juez de Garantía (inciso 4°) y que tanto policías y fiscales que tuvieren conocimiento de las actuaciones deben guardar secreto al respecto (inciso 6°)¹¹⁷

¹¹⁵ Fundación Pro Acceso. 2011. Acceso a la Información y Transparencia Sobre la Demanda Ciudadana de Información Pública en Chile 2010 [en línea] <http://www.proacceso.cl/files/Pro%20Acceso%20-%20Estudio%20Transparencia%20Solicitudes%20de%20Informacion_0.pdf> P. 11

¹¹⁶ Señala el artículo 21 de la Ley de Transparencia que “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: (a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de crimen o simple delito [...]”. Volveremos sobre esta causal en el punto 2.2.1.1 de esta investigación.

¹¹⁷ Esta prohibición está relacionada con el éxito de la investigación. El artículo 92 del Código Procesal Penal establece que “Los funcionarios policiales no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de

En los oficios 26 y 27 del año 2011 (ambos de texto idéntico) el Fiscal Nacional, luego de reflexionar sobre la autonomía del Ministerio Público, la potestad de dar órdenes a las Policías en la investigación de delitos y su estatuto especial de Transparencia, ordena a Carabineros e Investigaciones que deben declararse incompetentes y derivar las solicitudes de información relacionadas a cualquier investigación hacia la Fiscalía Nacional. La consecuencia de dicha instrucción es evidente: Quitar la sola posibilidad que una denegación de información pudiera ser reclamada vía amparo ante el Consejo para la Transparencia. Como vimos anteriormente en el punto 1.2.1, el Consejo tiene competencia sobre las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas – Carabineros, y la Policía de Investigaciones-, pero no la tiene sobre el Ministerio Público. De este modo se pretende restringir el acceso a la información ya que la única opción para reclamar que queda, el Reclamo de Ilegalidad, por ser una vía judicial requiere de un abogado patrocinante.

Otro punto relacionado con esto, es la situación de las investigaciones penales ya cerradas. Al respecto, el Oficio N° 28/2011 de la Fiscalía Nacional establece las siguientes normas: En primer lugar que los intervinientes siempre tendrán acceso a las carpetas de investigación. En segundo lugar, que de existir una sentencia definitiva en la causa, esta es pública. En tercer lugar, que las carpetas no son públicas para terceros ajenos en razón de la protección a víctimas y testigos, y a la eventual existencia de datos privados. En cuarto lugar, y de manera bastante llamativa, el Fiscal Nacional hace presente que la divulgación de las carpetas de investigación cerradas podría configurar el delito de Violación de Secretos del artículo 246 del Código Procesal Penal. Finalmente, a modo de cierre, dispone que en caso de solicitarse acceso a la información a las carpetas cerradas hay que notificar a todos los terceros que

otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible”.

eventualmente pudieran verse involucrados según el artículo 20 de la Ley 20.285, el cual les da un plazo de tres días hábiles desde que fueron notificados para oponerse fundadamente.

Desde el punto de vista procedimental, el artículo noveno transitorio dispone que una vez presentadas las solicitudes de información el Ministerio Público tiene un plazo de 20 días hábiles, prorrogables por 10 días más y que “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 acuerdo a los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia [...]”. Debemos señalar que el inciso 1° del artículo 28 dispone que “[...] procederá el Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”. Toda vez que el reclamante de ilegalidad es la persona a la cual el Ministerio Público le denegó la entrega de información, en la Corte de su domicilio podrá presentarse la acción judicial.

Finalmente, no podemos dejar de comentar la situación del órgano que ejerce de contraparte al Ministerio Público. Nos referimos a la Defensoría Penal Pública. Este órgano no goza de autonomía constitucional, y fue creado por la Ley 19.718 de 2001, que en su artículo 1° señala que “Crease un servicio público descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, denominado Defensoría Penal Pública [...] dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia”. En virtud de lo anterior, se ha considerado que la Defensoría es un servicio creado para el cumplimiento de la función administrativa, y el Consejo para la Transparencia ha resuelto que tiene competencia sobre ella¹¹⁸.

¹¹⁸ Esto se ha producido en una sola causa, la C737-11, en que un representante de la Asociación de Funcionarios solicitó a la Defensoría información sobre el uso del millaje acumulado en las líneas aéreas por funcionarios de la institución y su destino. Tanto el Consejo

1.2.2.5 Banco Central

El régimen de Transparencia del Banco Central se encuentra en el artículo séptimo transitorio de la Ley de Transparencia, el cual introdujo modificaciones a la Ley 18.840 Orgánica Constitucional del Banco Central, al agregar el nuevo artículo 65 bis y modificar el artículo 66. Asimismo mediante Acuerdo del Consejo del Banco, celebrado en la sesión N° 1472 del 16 de abril de 2009¹¹⁹, se creó la Unidad de Acceso a la Información Pública a cargo del Gerente del Banco, y se aprobó el Procedimiento para la Gestión de Solicitudes de Acceso a la Información Pública¹²⁰.

En síntesis, podríamos decir que se puede presentar una solicitud de información por escrito en la Unidad de Acceso a la Información, o a través del formulario en la web del órgano¹²¹. Este tiene un plazo de 20 días hábiles para responder, pero en caso que desee realizar la prórroga del plazo de 10 días, se requerirá del acuerdo del Consejo del Banco, aprobado al menos por 4 Consejeros.

Una vez vencido el plazo sin respuesta o rechazada la solicitud, se puede deducir un Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual en caso de acoger la acción debe sancionar inmediatamente al Presidente del Banco en la sentencia con una multa que va desde el 20% al

como la Defensoría dieron por hecho la aplicación de las normas de la Ley de Transparencia a esta última, por lo que no se tocó ese punto en el fallo.

¹¹⁹ Banco Central de Chile. 2009. Acuerdo de la Sesión N° 1472 del Consejo del Banco Central, del 16 de abril de 2009 [en línea] <<http://www.bcentral.cl/normativa/acuerdos/pdf/2009/1472-01-090416.pdf>>

¹²⁰ Banco Central de Chile. 2009. Procedimiento para la Gestión de Solicitudes de Acceso a la Información Pública [en línea] <<http://www.bcentral.cl/transparencia/htm/procedimiento.htm>>

¹²¹ Este formulario se encuentra en la página <<https://si2.bcentral.cl/bcch/Formularios/LeyTransparenciaII/Forms/FormLogin.asp>>

50% de su remuneración. No obstante dicha acción, el Procedimiento establecido por el Banco Central otorga una vía paralela de impugnación. En caso de rechazarse la entrega de la información, el requirente podrá también plantear una reconsideración dentro del plazo de cinco días contados desde la respectiva notificación, entendiéndose que dicha solicitud no suspende el plazo para interponer el Reclamo ante la Corte.

Finalmente, debemos destacar que el estándar de publicidad del Banco Central es bastante alto, ya que es el único órgano que conocemos hasta ahora que tiene como práctica publicar en su sitio electrónico las respuestas que ha dado a las solicitudes de información¹²².

1.2.2.6 Tribunal Constitucional

Debemos recordar, que de acuerdo a nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional chileno no es parte del Poder Judicial, sino que es un órgano absolutamente autónomo. Su régimen de publicidad está regulado en la disposición novena transitoria de la Ley 20.285 y en el Instructivo sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública¹²³, dictado por el Presidente del mismo.

¹²² Las respuestas pueden verse en el sitio <<http://www.bcentral.cl/transparencia/respuestas.htm>>

¹²³ Tribunal Constitucional de la República de Chile. 2010. Instructivo sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública del Tribunal Constitucional [en línea] <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/normas/downloadpdf/28>>

Las solicitudes deben cumplir los mismos requisitos generales que veremos en el punto 3.1.1.1, y pueden hacerse por escrito en dependencias del Tribunal, o en el formulario de contacto de su sitio web¹²⁴.

La diferencia con los otros Órganos con Autonomía Constitucional, radica en que los requerimientos de información pública al Tribunal Constitucional deben ir dirigidos al Secretario del Tribunal¹²⁵, y tienen una doble instancia de reclamación: primero ante el Presidente del mismo, y luego ante la Corte de Apelaciones, vía Reclamo de Ilegalidad.

Señala el artículo 8° del Instructivo, que presentado el requerimiento al Secretario, este tiene un plazo de 20 días hábiles, prorrogables por 10 días más, luego de lo cual puede: (a) Declarar la Inadmisibilidad de la solicitud; (b) Declarar la Incompetencia del Tribunal; (c) Entregar la Información; (d) Denegar la Entrega de la Información. Contra la resolución del Secretario se puede presentar un Reclamo ante el Presidente, en el caso que decida alguna de las opciones (a) y (c), lo cual deberá hacerse dentro de un plazo de 3 días.

El inciso 3° del artículo 9° transitorio de la Ley de Transparencia señala que “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 acuerdo a los artículos 28, 29 y 30 de la Ley de Transparencia...”. Debemos señalar, que de acuerdo al inciso 1° del artículo 28, el reclamo de ilegalidad debe presentarse ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

¹²⁴ Puede accederse al formulario a través de la dirección <<http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/contactos/add>>

¹²⁵ EL artículo 15 del Instructivo señala que el Secretario podrá delegar dicha función a otro funcionario, por lo que en la práctica, las solicitudes de acceso a la información pública son revisadas por el Oficial Primero del Tribunal Constitucional.

1.2.2.7 Justicia Electoral

Nuestra Constitución establece en su artículo 95 la existencia de la Justicia Electoral, a cargo del Tribunal Calificador de Elecciones y de los Tribunales Electorales Regionales. Estos órganos tienen una organización bastante particular, pues son compuestos en su mayoría por Ministros de la Corte de la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones respectivamente, aunque para estos efectos no integran el Poder Judicial, sino que gozan de autonomía constitucional. Otra particularidad, es que el funcionamiento de estos es bastante escaso debido a la poca cantidad de causas que tramitan, las cuales están concentradas casi exclusivamente en los períodos post elecciones.

La Ley de Transparencia señala en su artículo noveno transitorio que las solicitudes de información deben ser respondidas en un plazo de 20 días hábiles, prorrogables por 10 más, y que en caso de rechazo o falta de respuesta se puede deducir Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. Asimismo señala que los Tribunales Electorales Regionales y el Tribunal Calificador de Elecciones establecerán mediante Autos Acordados las normas necesarias para llevar a efecto las normas de la Ley 20.285, no obstante a más de dos años de la entrada en vigencia de la Ley, ninguno de estos Tribunales ha dictado Auto Acordado alguno, ni ha sido reclamado de ilegalidad.

1.2.3 ¿La Ley 20.285 puede usarse para obtener información de privados?

La respuesta pareciera ser evidente a simple vista. La Ley de Transparencia establece deberes para el Estado, y la información pública que este posee, y en ningún caso obliga a privados a revelar sus propios datos. En consecuencia, no puede presentarse solicitudes de información a particulares,

ni amparos por denegación de información. El Consejo se ha declarado sistemáticamente incompetente en causas donde los requeridos son instituciones sin relación de propiedad o dependencia con el Estado. Podemos citar como ejemplos amparos presentados ante el Consejo para la Transparencia contra una mutualidad encargada de administrar el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales¹²⁶, otra contra una administradora de fondos de pensiones¹²⁷ y una contra una empresa distribuidora de electricidad¹²⁸, todas las cuales han sido declaradas inmediatamente inadmisibles a tramitación.

No obstante quien sea el sujeto pasivo de la solicitud de información, la respuesta a la pregunta planteada es más compleja de lo que parece. Revisando la Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, se aprecia claramente que un gran número de solicitudes de información y sus correspondientes amparos han tratado sobre información de privados que está en poder del Estado. Esta situación se produce ya sea porque ciertos sujetos – generalmente empresas- están en el deber de proporcionar información generada por sí mismos a órganos que los supervisan, o porque existen

¹²⁶ El Consejo señaló “Que, en la especie, el ente reclamado, esto es, la Asociación Chilena de Seguridad, no constituye un órgano de la Administración del Estado, por lo que no le son aplicables las disposiciones de la Ley de Transparencia, concluyéndose, luego, que el presente reclamo debe ser declarado inadmisibles” (CPLT A277-09, considerando 2°)

¹²⁷ De igual forma, de resolvió “Que, en consecuencia, al haber interpuesto el reclamante amparo a su derecho de acceso a la información ante este Consejo en contra de AFP Cuprum S.A., lo ha hecho en contra de una entidad que no queda comprendida dentro del ámbito de competencia de este Consejo, toda vez que la misma no es un órgano de la Administración del Estado” (CPLT C310-10, considerando 7°)

¹²⁸ En esta oportunidad, el Consejo manifestó “Que, en consecuencia, al haber interpuesto la reclamante amparo a su derecho de acceso a la información ante este Consejo en contra de la sociedad Compañía General de Electricidad (CGE) Distribución S.A., lo ha hecho en contra de una entidad que no queda comprendida dentro del ámbito de competencia de este Consejo, toda vez que la misma no es un órgano de la Administración del Estado” (CPLT C378-11, considerando 7°)

instrumentos oficiales o bases de datos de en manos del Estado que contienen información de privados.

La Ley 20.285 establece que basta que la información obre en manos del Estado para que se considere como pública, independiente de su procedencia. Señala el inciso 2° del artículo 5° que “asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.” En el mismo sentido, el Principio de Apertura establecido en el artículo 11 de la Ley dispone que toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas por la Ley¹²⁹.

Existiendo una presunción legal de que la información en manos del Estado es pública, se altera la carga de la prueba y es quien crea que la divulgación de cierta información pueda alterar sus propios derechos, el que debe oponerse. Para solucionar este problema, el artículo 20 de la Ley de Transparencia ha establecido un mecanismo por el cual si el órgano del Estado estima que de entregar la información se vulnerarían derechos de terceros, debe notificarles a estos en un plazo de 2 días hábiles desde la recepción de la

¹²⁹ Basado en estas normas, es que se dio el bullado caso en que Consejo para la Transparencia ordenó entregar a una periodista información de la Fundación Futuro. En síntesis, podemos señalar que la Fundación en tanto persona jurídica de Derecho Privado sin fines de lucro, bajo la fiscalización del Ministerio de Justicia, le entregaba a este último ciertos antecedentes como memorias anuales, balances y actas de directorio. Se presentó ante el Ministerio una solicitud de información pidiendo dichos antecedentes, ante lo cual la Fundación se opuso, y el asunto llegó ante el Consejo. Toda vez que la información existía y estaba en manos del Estado, la controversia giró en torno a que la Fundación pudiera demostrar la concurrencia de una causal de reserva o secreto. Como no lo pudo hacer, el Consejo ordenó al Ministerio que entregara la información al solicitante. En dicha oportunidad se señaló que “Que, al respecto, cabe anotar que el art. 5° de la Ley de Transparencia señala que la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública, salvo las excepciones legales. Por lo tanto, de acuerdo a la disposición citada la información requerida es, en principio, pública, salvo que se configure alguna de las causales de secreto o reserva del art. 21 de la Ley de Transparencia” (CPLT A309-09, considerando 9°)

solicitud, de su derecho a oponerse. Los terceros tienen 3 días hábiles para oponerse por escrito y con expresión de causa. Si lo hacen, al órgano le queda prohibida la entrega de la información, salvo decisión en contrario del Consejo conociendo de un amparo presentado por el solicitante original. El inciso final del artículo 20 establece una norma de clausura: “En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información”.

Además, nos interesa destacar que los terceros no pueden oponerse invocando cualquier derecho que estimen vulnerado. Como veremos más adelante, solo algunos son causa válida para restringir el acceso a la información en manos del Estado.

Finalmente, debemos señalar que aun existiendo el derecho de terceros a oponerse, en determinados casos el Consejo ha resuelto que no corresponde notificarlos sino que debe procederse derechamente a la entrega de la información. En el punto 2.2.2 de esta investigación revisaremos los criterios respecto a dónde se sitúa la línea divisoria entre los derechos de las personas y el derecho a acceder a la información pública.

CAPÍTULO II: LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LAS CAUSALES DE EXCEPCIÓN

2.1 El Concepto de Información Pública

En el ejercicio del derecho de acceder a la información, la ecuación se compone de tres partes. En primer lugar, hay que determinar si el órgano requerido está obligado por la Ley de Transparencia. En segundo lugar, si lo solicitado califica de información pública. En tercer lugar y último lugar, si los antecedentes pedidos, pudieran estar o no afectos a una causa legal de reserva o secreto.

En el Capítulo I nos referimos latamente al problema de a cuáles órganos del Estado se pueden presentar requerimientos de información. A continuación, resulta necesario esclarecer el concepto de información pública.

Desde el punto de vista de la Teoría de la Información, creada en USA por Claude Shannon y Warren Weaver a mediados del siglo XX, la noción de “información” está estrictamente relacionada a la organización de datos, con un sentido determinado¹³⁰. Un dato por sí solo, no es más que una representación simbólica -numérica o alfabética- de un atributo de una entidad. Al dar un orden específico a los datos, estos adquieren un significado que puede ser procesado, compartido y entendido por diferentes seres humanos, a través de un código común, como es el lenguaje.

El papel de la información, en nuestra sociedad es crucial. En todo proceso de toma de decisiones, es imprescindible contar con antecedentes previos que permitan ponderar los eventuales resultados que tendrá cada una

¹³⁰ FLORIDI, LUCIANO. 2010. Information: A Very Short Introduction. Oxford University Press. P. 2.

de nuestras actuaciones. El filósofo inglés Francis Bacon resumió lo anterior, en su famosa frase *Scientia potentia est* (el conocimiento es poder).

En el Derecho, el papel de la información se aprecia en muchas instituciones. En materia penal por ejemplo, uno de los elementos para configurar un delito, es el actuar de manera dolosa, esto es, con la intención de realizar una conducta contraria al ordenamiento jurídico. No obstante, para que exista la voluntad de vulnerar un bien jurídico protegido, es preciso de manera previa, tener la información, saber acerca del disvalor de la conducta. Es el llamado elemento cognoscitivo del dolo.

En materia civil, entre los requisitos debe tener todo acto jurídico, es que la voluntad o consentimiento esté exento de vicios. Para ello, es necesario que las personas puedan contar con la información correcta para poder formarse libremente una opinión acerca de las implicancias de concurrir o no con su voluntad a la celebración de un determinado acto. En esta materia, error y dolo –vicios del consentimiento- están intrínsecamente ligados a la información de las personas.

Pese a la importancia del concepto, ni la Constitución ni la Ley de Transparencia establecieron una definición de información pública. Ambas normas, están enfocadas a enumerar qué instrumentos o formatos -continentes de información- se pueden requerir a los organismos públicos.

Para dilucidar el concepto de información pública, estudiaremos tres temas relacionados. En primer lugar, la problemática respecto a los formatos en que está contenida la información susceptible de ser pedida a través de la Ley de Transparencia. En segundo lugar, el problema de la propiedad de la información en manos del Estado, particularmente, de aquella aportada por particulares. Finalmente, la presunción legal de publicidad contenida en la Ley, y sobre quien recae la carga de la prueba para rechazar la entrega de la información

2.1.1 Los Formatos en que Puede Estar Contendida la Información

Uno de los principales problemas que tiene fijar un concepto de información pública, es determinar el formato en que puede estar contenida la información, su expresión física o soporte. El Consejo para la Transparencia ha señalado reiteradamente como requisito fundamental de la información pública, es que debe constar en un formato o soporte, no pudiendo solicitarse únicamente lo que está en la mente de la autoridad¹³¹. Esto no excluye desde luego, la posibilidad de consultar si la información existe o no.

Respecto al formato, a nivel comparado se reconocen dos alternativas, que son, permitir el acceso a la “información” propiamente tal, o permitir el acceso a los “documentos”¹³². En general, los países seguidores de tradiciones de Derecho Continental –como Francia, España e Italia- tienen leyes de acceso a los documentos administrativos, y los de tradición anglosajona –Inglaterra, Escocia, Estados Unidos, Irlanda e incluso el territorio chino de Hong Kong- tienen leyes de acceso a la información, o más bien, de libertad de información, las denominadas *freedom of information acts*¹³³.

¹³¹ Esta máxima se señaló por primera vez en una causa contra la Universidad de Santiago: “Que este Consejo estima que la información cuya entrega puede ordenar debe contenerse ‘en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos’ o en un ‘formato o soporte’ determinado, según reza el inc. 2º del art. 10 de la Ley de Transparencia, no pudiendo requerirse la entrega de información que sólo está en la mente de la autoridad. En este último caso la solicitud no está cubierta por dicha Ley sino que pasa a ser una manifestación del legítimo ejercicio del derecho de petición —establecido en el art. 19 N° 14 de la Carta Fundamental—, a tramitarse según las normas legales específicas que puedan existir o, en su defecto, según las disposiciones de la ya citada Ley N° 19.880, de 2003, atendido su valor supletorio” (CPLT C533-09, considerando 11º)

¹³² Access Info. 2009. The Aid Transparency Toolkit [en línea] <http://www.access-info.org/documents/files/The_Aid_Transparency_Toolkit_-_Access_Info_22_October_2009.pdf>. P. 8.

¹³³ En el derecho inglés, se permite el acceso a cualquier información, siendo el único requisito que esta esté registrada de algún modo. El *Information Commissioner's Office* (ICO) señala en su guía de acceso a los usuarios que a través de la *Freedom of information Act* “se puede requerir cualquier información que usted crea que una autoridad pública deba tener. El derecho solo cubre información que esté registrada, lo que incluye información mantenida en

Entre información y documentos hay una relación de género a especie. Hemos señalado que información en un conjunto de datos, organizados y con sentido. Por su parte, los documentos son necesariamente instrumentos de carácter escrito¹³⁴. Bajo ese punto de vista, todos los documentos, constituyen información, pero no necesariamente toda la información está comprendida en documentos.

Hasta hace unas décadas, toda la información estatal necesariamente estaba constituida en archivos físicos por lo que tratar de diferenciar ambos conceptos resultaba inútil. Sin embargo, esto ha cambiado con los avances tecnológicos. En efecto, el advenimiento de las denominadas tecnologías de la información –la internet, el gobierno electrónico o *e-government*, el uso masivo de archivos digitales- ha supuesto un cambio en el paradigma, en la forma que el aparato público organiza sus datos y realiza sus funciones¹³⁵. En este escenario, el concepto de información y la infinidad de formatos en que esta puede estar, han superado por lejos la noción tradicional respecto a los documentos escritos en papel.

En el caso de Chile, la Ley de Transparencia se acerca más a la tradición anglosajona, ya que se permite el acceso a la información pública, en sentido bastante amplio, de acuerdo a los artículos 5° y 10° de la Ley.

computadores, en correos electrónicos y documentos escritos a mano e impresos, así como imágenes, videos y registros de audio” [en línea] <http://www.ico.gov.uk/for_the_public/official_information/how_access.aspx>

¹³⁴ La Real Academia Española tiene dos acepciones para la palabra “documento”. La primera de ellas señala que es “diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos”. La segunda lo define como “escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”.

¹³⁵ CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. 2010. Algunas Precisiones sobre el Concepto de Información Pública. En: LETELIER WARTENBERG, RAÚL y RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE (Coordinadores). Transparencia en la Administración Pública. 1ª Ed, Santiago de Chile, Abeledo Perrot. P. 44.

El artículo 5° dispone que, “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Complementando lo anterior, el artículo 10° de la Ley, establece que “el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

Ambas normas son claras, en principio es pública toda la información creada con presupuesto público o que obre en manos de la Administración, con independencia del formato en que esta conste¹³⁶. Lo que define si en un caso particular ha de aprobarse o rechazarse la entrega de información, es la procedencia de una causal de reserva o secreto respecto al fondo, y no en

¹³⁶ Esto se ha discutido ante el Consejo de manera habitual, porque órganos de la Administración rechazan entregar información que no se encuentra en “documentos oficiales”. Por ejemplo, en una ocasión se solicitó al Instituto Nacional de Estadísticas información de meses determinados, que el organismo utiliza para realizar estadísticas trimestrales de desempleo. El servicio se negó alegando entre otras cosas que dicha información no se trata de la estadística oficial. El Consejo rechazó dicha argumentación y señaló que “no debe confundirse la potestad de generar estadísticas oficiales con la reserva de los datos que le sirven de sustento. Estos últimos no son, desde luego, estadísticas oficiales, pero eso no los transforma en información secreta” (CPLT A19-09, considerando 4°). En idéntico sentido, pueden verse las causas C343-09 contra el Servicio de Salud Metropolitano Sur y la C214-10 contra la Dirección General de Aguas.

virtud del soporte externo de la información, por lo que por regla general el formato de la información no es una causal *a priori* para denegar su entrega.

Como excepción a lo anterior, se ha declarado la reserva *per se* de las declaraciones de impuestos y libros de contabilidad de los particulares en manos de la Administración –secretas de acuerdo al artículo 135 del Código Tributario, ley de quórum calificado para estos efectos¹³⁷. También se ha discutido bastante, la posibilidad que los correos electrónicos de las autoridades sean siempre reservados, aunque el tema no ha sido zanjado del todo¹³⁸.

El Consejo para la Transparencia ha tenido una preocupación especial, en el sentido de dejar en claro que los nuevos formatos tecnológicos de almacenamiento de datos si están comprendidos dentro de la noción de información, y por tanto, si son susceptibles de requerirse mediante el ejercicio de del derecho de acceder a la información pública.

En el artículo 2° de la Instrucción General N° 6, sobre Gratuidad y Costos Directos de Reproducción¹³⁹, el Consejo estableció respecto al formato de entrega de la información, que “se entregará al requirente copia del original

¹³⁷ Jara Villalobos, Camilo. 2012. La Tributación de las Empresas ante el Consejo para la Transparencia. II Congreso Estudiantil de Derecho y Economía, Santiago de Chile, 1, 2 y 3 de agosto 2012. P. 9.

¹³⁸ Sobre los emails, la jurisprudencia está dividida. El Consejo para la Transparencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido que los correos son públicos (causas C83-10 contra el Servicio Electoral, C640-10 contra el Ministerio de Cultura, C124-11 contra el Servicio Agrícola y Ganadero y C406-11 contra la Subsecretaría del Interior), del mismo modo que la Corte de Apelaciones de Santiago (reclamo de ilegalidad rol 7932-2011). El Tribunal Constitucional, conociendo una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha señalado lo contrario, no obstante, al ser una causa de inaplicabilidad, la sentencia aplica solo para el caso particular y no posee el efecto *erga omnes* sobre todo el Ordenamiento Jurídico (rol 2153-2011). El gobierno ha anunciado que en los próximos meses se enviará un proyecto de ley para resolver definitivamente este tema.

¹³⁹ Consejo para la Transparencia. 2010. Instrucción General N° 6 Sobre Gratuidad y Costos Directos De Reproducción [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100416/asocfile/20100416205931/instruccion_general6.pdf>

solicitado, pudiendo su contenido consistir en datos, voz, imágenes, videos, planos o informes, entre otros. Podrá entregarse de modo telemático (por medio de correo electrónico, por ejemplo) o físico, empleándose el soporte que el requirente haya señalado: papel (fotocopia, impresión, braille), medios magnéticos (cintas de video, cintas de audio, diskettes, discos duros, cintas magnéticas, etcétera), medios electrónicos (memorias, pendrives, etcétera) y medios ópticos (CD, DVD, BLUE RAY, etcétera), entre otros”.

Si bien el concepto de información es amplísimo, estimamos necesario estudiar con detención los formatos o soportes que la Ley otorga mayor relevancia, esto es, aquellos mencionados expresamente en su artículo 5°. Nos referimos en particular a los actos y resoluciones administrativos, sus fundamentos, los documentos que sirvan de sustento o complemento del acto, y los procedimientos.

2.1.1.1 Actos Administrativos y Resoluciones

La Ley de Transparencia señala en su artículo 5° que en virtud del Principio de Transparencia de la Función Pública son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado. Ahora, si bien los dos conceptos son similares en el sentido que evocan determinaciones de las autoridades ¿cuál es la diferencia entre la hipótesis de acto y la de resolución?

La Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos establece que existe una relación de género a especie. Su artículo 3°, señala como concepto de acto administrativo “las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos. Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

Luego, los actos administrativos pueden ser “decretos supremos” o “resoluciones”, siendo los primeros “la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro ‘Por orden del Presidente de la República’, sobre asuntos propios de su competencia”, y los segundos “los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”. La norma establece además, que constituyen actos administrativos “los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”. Finalmente, debemos consignar que las decisiones de órganos administrativos pluripersonales se denominan “acuerdos”.

En síntesis, los actos administrativos no son otra cosa que las decisiones de las autoridades públicas, las cuales deben constar por escrito o a través de medios electrónicos según el Principio de Escrituración¹⁴⁰. Debemos recordar que uno de los fines de la transparencia en un estado democrático, es permitir el control social del actuar de nuestras autoridades. En este sentido, para poder fiscalizar si las decisiones estuvieron bien o mal tomadas, resulta imprescindible que estas tengan carácter público, y que se pueda acceder a ellas mediante los mecanismos de la Ley de Transparencia.

Finalmente, respecto a los actos y resoluciones de la Administración del Estado debemos consignar que las bases de datos y archivos de algunos órganos pueden ser bastante extensos y que la Ley de Acceso a la Información Pública no contempla como causal de reserva o secreto la antigüedad de los documentos, sin perjuicio de la eliminación de la documentación que estudiaremos en el acápite 2.3.4. Por esta razón, al solicitar información debe identificarse claramente el acto o actos específicos solicitados, siendo ideal

¹⁴⁰ El artículo 5° de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo señala que “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia”.

indicar tantos datos como sea posible a fin que el órgano pueda distinguirlo de otros.

2.1.1.2 Fundamentos de las Decisiones Administrativas: El Problema de los No Explicitados

De acuerdo al artículo 5° de la Ley de Transparencia son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos. Lo normal es que estos últimos estén plasmados en el mismo documento que da forma al acto, previo a la parte resolutive. No obstante, puede suceder que un acto administrativo no contemple de manera expresa los fundamentos de la autoridad que lo dictó.

Debemos señalar que la Contraloría General de la República ha señalado reiteradamente que la Administración tiene el deber de fundar los actos. Por ejemplo, en el dictamen 23.114/2007, señaló que “el principio de juridicidad, en un concepto amplio y moderno, conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende, ilegítimos”, criterio que ha reiterado en numerosas oportunidades¹⁴¹.

No obstante este deber de fundar las decisiones, no es extraño que se dicten actos administrativos sin fundamentos plasmados en el mismo instrumento. La relevancia de esta situación radica esencialmente en la potencial impugnación del acto. Siguiendo el criterio de la Contraloría, si la decisión careciera de toda fundamentación, sería arbitraria –atacable por un

¹⁴¹ Este deber ha sido establecido además en los dictámenes 11.887 de 2001, 42.268 de 2004, 22.114 de 2005, 36.029 de 2005, 2.783 de 2007, 4.168 de 2008, 19.080 de 2008, 13.217 de 2010,

recurso de protección por ejemplo- o si le faltara sustento jurídico sólido, podría ser ilegal, impugnabile por vías como la nulidad de derecho público, reposición administrativa, recurso jerárquico, según sea el caso.

Usando la Ley de Transparencia, se ha requerido en varias oportunidades a los servicios públicos que entreguen los fundamentos de sus decisiones, cuando estos no están de manera explícita. El Consejo para la Transparencia ha establecido reiteradamente que frente a esta situación, se pueden presentar requerimientos de acceso a la información pública, pidiendo los fundamentos de un acto administrativo, ya que estos antecedentes son por Ley de carácter público, a menos que concurra una causal de excepción¹⁴².

Resulta importante destacar que solicitar los fundamentos no significa en caso alguno realizar una impugnación del acto administrativo, y que dado el deber de fundar las decisiones establecido por la Contraloría, se pueden requerir los fundamentos aún cuando, en virtud del Ordenamiento Jurídico, la dictación sea de carácter discrecional por una autoridad¹⁴³ o facultad privativa de ella¹⁴⁴. El Consejo para la Transparencia ha establecido el criterio que si se

¹⁴² Por ejemplo, en una causa contra el Instituto de Previsión Social se señaló “que, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 5° de la Ley de Transparencia, son públicos ‘...los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo y esencial...’ y, según el inciso segundo del artículo 10 del mismo cuerpo normativo, ‘El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones..., expedientes...’, todo ello a menos que concurra una causal legal de secreto o reserva. En consecuencia, en la especie, habiéndose adoptado una resolución respecto de la calidad de exonerado político de don Carlos Hidalgo Acevedo, los fundamentos de tal resolución, que constan en el expediente respectivo, son en principio públicos, a menos que concurra alguna causal legal de secreto o reserva” (CPLT C844-12, considerando 5°).

¹⁴³ En una causa contra el Seremi de Salud de Aysén se solicitó los fundamentos de un concurso de selección de personal, los cuales fueron denegados. El Consejo ordenó la entrega de la información, señalando que “el ejercicio de potestades discrecionales no implica una exención del deber de fundamentar las decisiones adoptadas” (CPLT A34-09, considerando 9°). En el mismo sentido puede verse la causa C356-11.

¹⁴⁴ En una ocasión se solicitó a Gendarmería los fundamentos del paso a retiro de un funcionario. La institución denegó los antecedentes y respondió que por Ley, dicha decisión es facultad privativa del Director. El asunto llegó al Consejo, el cual resolvió que “se debe concluir

requieren los fundamentos no explicitados de un determinado acto administrativo, estos se deben entregar, aun cuando la forma sea la elaboración de un documento nuevo.

Una vez establecida la posibilidad de obtener las razones que sustentaron un acto administrativo es menester analizar, *a contrario sensu*, si puede requerirse el fundamento de la no dictación de un acto. Sobre el particular, el Consejo ha señalado que dependerá de si el órgano requerido tenía jurídicamente la obligación de hacerlo o no. Si la Administración tenía el deber de dictarlo, se puede requerir el fundamento de por qué no se hizo¹⁴⁵.

2.1.1.3 Documentos que sirvan de complemento o sustento directo y esencial

Hemos señalado que la Ley 20.285 contempla la publicidad de los documentos que complementan o sustentan de un acto administrativo. El Consejo ha entendido que al referirse a complemento o sustento directo y esencial, la Ley se refiere a todos los antecedentes que tuvo a la vista la

que no obstante el ejercicio de la potestad discrecional que legalmente se confiere al Director Nacional de Gendarmería, el acto administrativo en que plasma su decisión de llamar a retiro temporal al personal de las plantas de oficiales debe ser fundamentado o motivado, debiendo constar en dicho acto los fundamentos o motivos por los cuales se ejerció la facultad señalada. De lo contrario no cabe hablar de 'discrecionalidad', sino más bien de 'arbitrariedad' por parte de la autoridad pública. En este caso, entonces, si los motivos o fundamentos constan en un documento de aquéllos mencionados en el artículo 10 de la Ley de Transparencia, esto es, 'actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga', deberán ser entregados en la especie, no siendo suficiente, como pretende Gendarmería, indicar como motivo o fundamento del llamado a retiro del reclamante, el ejercicio de la potestad discrecional de su Director" (CPLT C37-10, considerando 10°).

¹⁴⁵ Respecto del deber de fundar, el Consejo ha establecido que "este deber tiene un límite pues no puede exigirse a un órgano del Estado que fundamente algo que no hizo, especialmente si no se encuentra obligado a realizarlo en virtud de la normativa vigente" (CPLT A121-09, considerando 8°).

autoridad para la dictación del acto o resolución¹⁴⁶. Asimismo, se ha establecido que en el caso de estos documentos, es irrelevante distinguir si tuvieron un origen público o fueron aportados por privados¹⁴⁷.

2.1.1.4 Los Procedimientos Administrativos

El artículo 5° de la Ley 20.285 dispone que sean públicos, tanto los actos y resoluciones, como los procedimientos que se utilicen para su dictación. Debemos señalar que el artículo 18 de la Ley 19.880 de Bases del los Procedimientos Administrativo define el procedimiento como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. En otras palabras, el objetivo del procedimiento es que la autoridad tome una decisión que se plasmará en un acto administrativo.

Es necesario señalar que, toda vez que la Ley de Transparencia exige que la información pública conste en algún formato o soporte, en el caso del procedimiento, lo que goza de publicidad no son las actuaciones en sí, sino el

¹⁴⁶ En una causa contra la Municipalidad de Providencia se señaló que “se acogerá asimismo el presente amparo, en cuanto a la entrega de copia de los demás documentos tenidos a la vista por la Municipalidad para tomar la decisión de revocar la patente comercial definitiva estacionada N° 104424 de la cual es titular la requirente” (CPLT C110-11, considerando 10°).

¹⁴⁷ Esto se falló en un caso, en el que se solicitó a la Dirección de Obras de la Municipalidad de Lo Barnechea todos los documentos de complemento y sustento directo y esencial, de un acto administrativo consistente en el otorgamiento de un permiso de edificación. El órgano denegó entregar los plano de arquitectura de la obra, fundado en que estos no tenían un origen público, sino privado. Al respecto, el Consejo falló que “conforme a la normativa precitada, los documentos requeridos forman parte de los antecedentes que han servido de sustento o complemento directo al permiso de edificación otorgado por la Municipalidad de Lo Barnechea. Por lo tanto, independientemente de si éstos fueron aportados por particulares, deben considerarse públicos, salvo que concurra a su respecto alguna de las causales de secreto o reserva dispuestas por el artículo 21 de la Ley de Transparencia” (CPLT C876-10, considerando 5°).

registro de estas –la expresión física del procedimiento-, que se denomina expediente administrativo.

Esta materia está regulada en el inciso 3° del artículo 18 de la Ley 19.880. La norma dispone que “todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico, en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso. Asimismo, se incorporarán las actuaciones y los documentos y resoluciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos y las notificaciones y comunicaciones a que éstas den lugar, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de ocurrencia o egreso”.

Respecto al expediente, la Ley de Transparencia contiene una norma expresa. El inciso 2° del artículo 10° dispone que “el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”. En síntesis, los procedimientos –expedientes- ya sea que consten en papel o por medios electrónicos, son por lo general públicos, y por excepción reservados o secretos.

Debemos consignar que en lo referido a solicitudes de acceso a la información de procedimientos administrativos, la mayor controversia ha girado en torno al acceso a aquellos que aún están en tramitación, y en los cuales aún no se ha dictado un acto final. Respecto a este tema es habitual que la Administración oponga la excepción del artículo 21 N° 1 letra b) Esto es “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas”. Estudiaremos con detención esta causal en el acápite 2.2.1.3 de este trabajo.

No obstante lo anterior, se ha resuelto que aun cuando proceda la causal señalada respecto al acceso al expediente, la Ley de Transparencia siempre puede utilizarse para consultar tanto por la existencia, como por el estado de tramitación en que se encuentra un procedimiento administrativo, en conformidad con el artículo 17 de la Ley 19.880¹⁴⁸.

2.1.2 El Problema de la Propiedad de la Información

Un tema que se ha discutido a menudo, para efectos del derecho de acceder a la información pública, es qué pasa con aquella información que está en manos de los órganos de la Administración, pero que no fue creada gracias al erario público. Son habituales los casos en que servicios públicos o terceros argumentan para rechazar un requerimiento, que cuando la información no es de propiedad del Estado, no puede disponerse de esta a través de la Ley de Transparencia.

¹⁴⁸ En una oportunidad un funcionario realizó una denuncia de irregularidades a la Municipalidad de La Florida. Luego, vía Ley de Transparencia requirió al municipio información respecto de si se había realizado una investigación respecto de su denuncia, y en caso afirmativo, deseaba conocer el estado de dicho procedimiento. El órgano rechazó la solicitud argumentando que conocer el estado de tramitación de un proceso administrativo no podía hacerse por este mecanismo. Presentado el amparo, se falló “Que a este respecto es menester señalar que este Consejo (en sus decisiones recaídas en amparos Roles A157-09 y A292-09, por ejemplo) ha entendido que las solicitudes sobre el estado de un procedimiento administrativo, por tratarse de información pública, de acuerdo a los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia, pueden realizarse ya sea por la vía establecida en el procedimiento general establecido en la Ley N° 19.880 o por la vía especialísima de la Ley de Transparencia, a opción del interesado. En este caso consta que éste optó por la segunda, motivo por el cual, dicho requerimiento debe regirse por el procedimiento y los plazos establecidos en dicho cuerpo legal” (CPLT C347-10, considerando 9°).

Debemos consignar que la doctrina postula que aquello creado con fondos públicos constituye propiedad fiscal, y que la información instituida con recursos privados es de propiedad privada de quien la creó. No obstante, es habitual en nuestro ordenamiento jurídico que ciertos particulares tengan la obligación de entregar datos a organismos del Estado para fiscalización u obtención de permisos -como por ejemplo, el deber que pesa sobre quien desea construir un inmueble de aportar los planos a la Dirección de Obras Municipales, o los hechos esenciales que deben informar las sociedades anónimas abiertas a la Superintendencia de Valores y Seguros-. A esto último se le denomina el “deber de información”¹⁴⁹ y todos aquellos antecedentes entregados a la Administración estarían en manos de esta última en calidad de mera tenencia o detentación.

La Ley 20.285 de Transparencia y Accesos a la Información Pública pareciera inclinarse porque toda la información en manos del Estado, con independencia de su propiedad u origen, es en principio información pública. Hay varios argumentos que sustentan esta posición.

En primer lugar, existe un argumento de texto bastante claro. Debemos recordar que el inciso 2° de su artículo 5° dispone que “es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

En segundo lugar, existe doctrina que sustenta esta posición. La Profesora Gladys Camacho señala para la Ley de Transparencia, “la noción de información pública comprende tanto la información cuya titularidad se reconoce

¹⁴⁹ CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. 2007. La Actividad de la Administración del Estado. En: PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO (Coordinador). Derecho Administrativo Chileno, Libro II. 1ª Ed, México DF, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. P. 417.

a la Administración como aquella información privada que está en manos del Estado, pero solo a título de mero detentador”¹⁵⁰.

En tercer lugar, existe jurisprudencia del Consejo para la Transparencia que señala que la información que tiene la administración como mero tenedor es de carácter público, a menos que se prueba una causal de reserva o secreto. Ejemplo de lo anterior, se ha fallado que los contratos colectivos de trabajo de empresas privadas en las cuales un funcionario de la Dirección del Trabajo hace de Ministro de Fe y guarda una copia¹⁵¹, o las memorias y balances entregados por corporaciones y fundaciones al Ministerio de Justicia¹⁵², tienen carácter de información pública por el solo hecho de obrar en poder de la

¹⁵⁰ CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. 2010. Ob. Cit. P. 54.

¹⁵¹ Sobre el particular el Consejo ha señalado “Que, el texto del contrato colectivo que ha sido solicitado consiste en documentación que obra en poder del órgano de la Administración del Estado, entregado a esta última por las mismas partes concurrentes a dicho acto, por lo que, en aplicación del artículo 5°, inciso segundo, de la Ley de Transparencia, la información materia del presente amparo sería en principio pública. Asimismo, cabe destacar lo dispuesto en la letra c) del artículo 11 del mismo cuerpo legal, que establece como uno de los principios rectores del derecho de acceso a la información el principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado” (CPLT C772-10, considerando 3°). Idéntica situación respecto de la Dirección del Trabajo se dio en la causa C306-10.

¹⁵² En una de las primeras causas ante el Consejo para la Transparencia que adquirió pública notoriedad, se requirió al Ministerio de Justicia antecedentes sobre la Fundación Futuro. Al decidir sobre la naturaleza de la información requerida, el Consejo señaló: “Que, si bien la información requerida emana directamente de la Fundación Futuro, ha sido entregada por ésta al órgano reclamado precisamente en virtud de las potestades y funciones de fiscalización que se le han asignado al Ministerio de Justicia sobre las corporaciones y fundaciones sin fines de lucro, de conformidad con la normativa referida en el considerando 2) precedente, pudiendo concluirse, entonces, que dicha información obra en su poder para tales fines” y además “que, al respecto, cabe anotar que el art. 5° de la Ley de Transparencia señala que la información que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado es pública, salvo las excepciones legales. Por lo tanto, de acuerdo a la disposición citada la información requerida es, en principio, pública, salvo que se configure alguna de las causales de secreto o reserva del art. 21 de la Ley de Transparencia” (CPLT A309, considerandos 8° y 9° respectivamente).

Administración. La Corte de Apelaciones de Santiago ha avalado la postura del Consejo en este sentido¹⁵³.

Ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por señalar que toda la información que obra en poder de la Administración es pública con independencia de su origen y propiedad, para rechazar la entrega de información solicitada, lo que se debe probar es la procedencia de una causal de reserva o secreto. Antes de estudiar derechamente esa materia, debemos advertir que la Ley atribuye la carga de la prueba a quien desea rechazar la entrega de los antecedentes.

2.1.3 La Presunción Legal de Publicidad

Hemos señalado en los puntos anteriores que la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública permite acceder por regla general a cualquier tipo de información en manos del Estado, con independencia de su formato u origen. Con la idea de favorecer aún más la transparencia en el actuar estatal, el legislador incorporó una presunción legal que toda la información en poder de los órganos de la Administración es pública.

¹⁵³ La Corte Capitalina ha resuelto que la falta de un derecho de propiedad sobre la información no es causal para que un órgano de la Administración rechace su entrega. Ha establecido que “al efecto cabe analizar si la información que se le solicitaba era de carácter público o reservado, si existía, si era de su propiedad o por el contrario si el Servicio recurrente era un mero tenedor de aquella, que pertenecería a las Municipalidades, por lo que no estaba habilitado para requerirla, y si tenía alguna forma de proporcionarla, sin limitarse a una mera negativa” y que “si la razón que esgrimió al Servicio para no entregar la información requerida fue que no le pertenecía a él sino a las Municipalidades, debió de acuerdo al principio de facilitación, artículo 13 de la Ley de Transparencia, derivar a las entidades municipales que la poseyeran la solicitud de información que dio origen al amparo, a fin que ellas se pronunciaran acerca del requerimiento de entrega de copia electrónica de los planos digitales sectorizados, que obraran en su poder, ello de acuerdo al artículo 11 letras f) y h) del mismo cuerpo legal, sin embargo no lo hizo” (C.A. Stgo rol 584-2012, considerandos 2° y 8° respectivamente).

El artículo 11 letra c) de la Ley contempla el denominado “Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.

Conforme a esta presunción, el Consejo ha señalado de manera reiterada que quien se opone a la entrega de la información –ya sea un organismo público¹⁵⁴ o un tercero¹⁵⁵- debe destruir la presunción legal de publicidad. Sobre él recae toda la carga de la prueba¹⁵⁶. En caso que esto no se logre, corresponde derechamente la entrega de lo solicitado. La Corte de

¹⁵⁴ En el primer amparo que se presentó ante el Consejo, este resolvió que es al órgano de la Administración a quien corresponde probar la causal. En la causa contra el Gobierno Regional de Los Lagos se falló que para que estas excepciones a la obligación de entregar información surtan efectos deben ser acreditadas por quien las alega” (CPLT A1-09, considerando 10°).

El Consejo para la Transparencia ha debido recalcar en numerosas ocasiones la existencia de la presunción legal de publicidad. Ha señalado por ejemplo –en una causa contra la Inspección del Trabajo de Curicó- “Que, según ya ha señalado este Consejo, la presunción de publicidad establecida en el artículo 11, letra c), de la Ley de Transparencia responde a la condición de regla general que el artículo 8° de la Constitución otorga a la publicidad de los actos de la Administración y sus fundamentos, conforme a la cual la carga de la prueba de las circunstancias de las que depende la concurrencia de una causal de secreto o reserva, que levante o releve el deber de entregar la información, corresponde a quien la alega, vale decir, al organismo público” (CPLT C153-11, considerando 5°).

¹⁵⁵ En una causa contra la Inspección del Trabajo se señaló que “en el presente caso, el tercero sólo ha expresado como causa de su oposición la innecesaridad de la vía empleada por el solicitante para acceder a la información requerida... Sin embargo, no ha expresado argumento alguno que de cuenta de una posible afectación de sus derechos por la divulgación de la información requerida, razón por la cual no se ha desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre la información requerida, y no pudiendo presumirse el daño o afectación invocado, tal oposición deberá ser desestimada por carecer de fundamento” (CPLT C153-11, considerandos 6°).

¹⁵⁶ El Consejo ha sido claro en que la carga de la prueba recae sobre el órgano que deniegue la información solicitada. En una oportunidad se solicitó al SEREMI de Agricultura de Aysén diversa información sobre los proyectos hidroeléctricos de Hidroaysén y Energía Austral. El órgano se limitó a responder que no podía satisfacer el requerimiento por ser este “genérico”. Deducido amparo, el Consejo resolvió que “si de una circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega... Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación” (CPLT A39-09, considerando 5°).

Apelaciones de Santiago también ha ratificado el criterio del Consejo en esta materia¹⁵⁷.

Asimismo, se ha argumentado que toda vez que el derecho de acceder a la información es un derecho constitucional, las excepciones deben restringirse y no la carga de la prueba recae sobre quien desea limitar el derecho. Sobre el particular se ha señalado que “en este punto el Consejo ha sido terminante: dado el carácter de derecho fundamental que tiene el acceso a la información pública y la condición de regla general que el artículo 8º de la Constitución otorga a la publicidad de los actos de la Administración, la carga de la prueba de las circunstancias de las que depende la concurrencia de una causal de secreto o reserva que levante o releve el deber de entregar la información corresponde a quien la alega, vale decir, al organismo público o al tercero que se opone a la entrega de la información”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ La Corte Capitalina conociendo un reclamo de ilegalidad presentado por la USACH contra el Consejo para la Transparencia, ha fallado que “de esta manera, siendo la reclamante un órgano de la Administración del Estado y existiendo la presunción legal a que se ha hecho referencia, no cabe duda que -en principio- toda la información que posee es de carácter público, por lo cual, para negarse a proporcionarla dichos datos a quienes se lo soliciten debería, en primer término, probar legalmente que la información requerida es reservada, privada o sensible, de manera que, mientras no se pruebe dicha característica, el órgano se encuentra en la obligación de entregar los antecedentes solicitados” (C.A. Stgo. rol 1803-2010, considerando 5º).

¹⁵⁸ RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. 2010. El Primer Año de Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia. En: CHILE TRANSPARENTE. Transparencia en el Ámbito Público y Privado: Balances y Desafíos Pendientes [en línea] <http://www.chiletransparente.cl/publicaciones/documentos/doc_download/57-transparencia-en-el-ambito-publico-y-privado-balances-y-desafios> P. 61.

2.2 Las Causales de Excepción de Reserva o Secreto

Hemos señalado que la Ley de Transparencia contempla en su artículo 5° que es pública toda la información en manos de la Administración, con independencia de su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a una causal de excepción. Si a eso sumamos la presunción que la información en manos de los órganos de la Administración es pública, en los hechos el estudio de las causales de reserva o secreto reviste más importancia aún que el concepto de información.

Debemos recordar que la Constitución es bastante exigente en lo referido a las causales de excepción. El inciso 2° del artículo 8° establece que “son públicos los actos, resoluciones, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen los órganos del Estado y que 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”.

En virtud de la precitada norma, el Tribunal Constitucional ha recalcado el hecho que solo las leyes de quórum calificado pueden establecer causales de excepción y no así los órganos de la Administración de manera autónoma¹⁵⁹.

¹⁵⁹ En base a dicha disposición es que el Tribunal Constitucional ha señalado que no pueden establecerse causales de excepción por normas que no tengan al menos el carácter de Ley de Quórum Calificado. Así, en la sentencia que resolvió la acción de inaplicabilidad, en la cual la Universidad de Chile buscaba evitar la aplicación de ciertas disposiciones Ley de Transparencia, el Tribunal declaró que “Desde que entró en vigencia la reforma introducida por la Ley N° 20.050 al artículo 8° constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existan en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado.

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que dada la existencia del artículo 8° de la Constitución, “es el legislador quien determina los casos de reserva y secreto, y siempre que cumpla dicha calificación, de quórum calificado, con los criterios constitucionalmente señalados. De manera que no es admisible unilateralmente por la autoridad administrativa, cualquiera que sea ésta, calificar de secreto o reserva de un acto administrativo que el legislador no lo permita sin devenir su declaración en inconstitucional”¹⁶⁰. Esto significa que los servicios públicos no tienen la facultad de determinar qué información quedará bajo reserva o secreto, como podían hacerlo con anterioridad a la vigencia de la Ley 20.285.

Asimismo, la Contraloría General de la República en su dictamen 48.302/2007 ha establecido la imposibilidad de establecer la reserva o secreto por vía reglamentaria, señalando que “conforme al principio de supremacía constitucional recogido en el artículo 6° de la Constitución Política de la República y comoquiera que el constituyente resolvió distribuir la competencia en materia de determinación del secreto o reserva radicándola sólo en el legislador -con las formalidades de los preceptos de quórum calificado-, con exclusión de cualquier otro órgano con potestades normativas, se debe entender que a contar del 26 de agosto de 2005 han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva”.

En aplicación de los criterios señalados precedentemente, el Consejo para la Transparencia ha declarado que desde el 20 de abril de 2009, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la

Por consiguiente, fue esta Ley N° 20.050, y no su posterior inclusión en las normas de la Ley N° 20.285, la que privó a dicha casa de estudios superiores de toda opción para regular a través de decretos internos qué materias concernientes a ella se pueden divulgar o retraer del conocimiento público” (T.C. rol 1892-2011, considerando 16°-2).

¹⁶⁰ Cordero, Luis. Ob. Cit. P 31.

Información Pública, todas las normas sobre confidencialidad de información de diversos órganos de la Administración del Estado, de rango infra legal no tienen validez¹⁶¹.

La Ley de Transparencia, contempla cinco excepciones en el artículo 21. Señala este que “las únicas causales de secreto o reserva¹⁶² en cuya virtud se

¹⁶¹ A modo de ejemplo, en una oportunidad se solicitó al Servicio Agrícola y Ganadero “la ubicación exacta y el nombre del propietario y/o entidad responsable autorizados para cultivar y acopiar semillas transgénicas”. El organismo denegó la información, entre otras razones, por la “confidencialidad de la información requerida, en conformidad con la Resolución Exenta N° 1.523/2001 del SAG, cuyo artículo 14 dispone que “la información contenida en la solicitud y en los documentos anexos se entenderá confidencial y sólo será empleada en la evaluación para autorizar la internación y su correspondiente introducción al Medio Ambiente del Organismo Modificado”. El asunto llegó al Consejo para la Transparencia que ordenó la entrega, señalando sobre el particular que “sólo los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, que establecen casos de secreto o reserva por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política, se entiende que cumplen con la exigencia de quórum calificado. Esto es, el legislador limitó este efecto únicamente a las disposiciones legales, sin extenderlo a norma de rango infralegal” (CPLT A59-09, considerando 10° letra “e”).

En otra causa, un ciudadano solicitó al Instituto Nacional del Tórax la ficha clínica de su padre fallecido. El Hospital denegó los antecedentes fundados entre otras razones, por el Decreto Supremo N° 161 del Ministerio de Salud (Reglamento de Hospitales y Clínicas), el Manual de Procedimientos SOME y la Directiva Interna Administrativa N° 5 sobre Manejo de Fichas Clínicas. El Consejo falló la entrega de los datos, señalando que “sobre el particular, en la decisión del amparo A59-09 este Consejo señaló, a propósito de los casos de confidencialidad establecidos mediante un Reglamento, que ‘A mayor abundamiento, de acuerdo al artículo 1° transitorio de la Ley de Transparencia sólo los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen casos de secreto o reserva por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política, puede entenderse que cumplen con la exigencia de quórum calificado requerida por dicha disposición. De ninguna manera pueden beneficiarse de ella normas de rango infralegal’, tal como ha señalado Contraloría en el Dictamen N° 48.302/2007” (CPLT C322-10, considerando 16°).

Otro ejemplo se dio en el caso CPLT C969-10 contra el Hospital San José, en la cual se le solicitó al Director del recinto copia de un Oficio Reservado emanado de la Unidad de Auditoría a la Dirección del Hospital. Frente a la solicitud, el Hospital respondió que los oficios eran secretos en virtud de la Resolución 6.183 de 2010 que establece el Índice de Actos y Documentos Secretos. Aplicando la doctrina de los fallos CPLT A59-09 y C322-10, se rechazó la argumentación y se ordenó la entrega.

¹⁶² La Ley de Transparencia no hace distinción en lo que respecta a documentos afectos a “reserva” o “secreto”, sino que entiende ambos conceptos como sinónimos. No obstante, el Decreto Supremo N° 291 de 1974 establecía una diferencia en su artículo 1°: Los de carácter "SECRETO" serán conocidos sólo por las autoridades o personas a las cuales vayan dirigidos y por quienes deban intervenir en su estudio o resolución.

podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

Los de carácter "RESERVADO" serán los que traten de materias que, atendida su naturaleza, deban ser conocidas únicamente en el ámbito del departamento, sección u oficina a que sean remitidos.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política.

No existe consenso respecto a qué tan adecuado es este régimen de excepciones. Chile Transparente lo ha estima aceptable y ha señalado que “las causales por las cuales puede mantenerse la reserva de la información definidas en la ley son razonables y están dentro de los estándares internacionales”¹⁶³. Por otro lado la ONG Article 19 considera exactamente lo contrario. Ha señalado que “en general, el régimen de excepciones no cumple con el triple criterio de admisión de las excepciones establecido en el derecho internacional para el acceso a la información: (1) la información debe estar relacionada con un objetivo legítimo enumerado en la ley; (2) la divulgación debe traer aparejada la amenaza de causar un daño sustancial a dicho objetivo; y (3) el daño al objetivo debe ser mayor que el interés público en obtener la información”¹⁶⁴.

A continuación revisaremos por separado cada una de las causales de reserva o secreto, con especial énfasis en los criterios establecidos por la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia y de las Cortes de Apelaciones.

2.2.1 Debido Cumplimiento de las Funciones del Servicio

El artículo 21 N° 1 dispone la reserva o secreto cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones

¹⁶³ Chile Transparente. 2008. Ley de Transparencia de la Función Pública: Garantizando el Acceso a la Información. Santiago, Serie Documentos de Trabajo Número 5 [en línea] <http://www.chiletransparente.cl/home/doc/Doc5_Ley_transparencia_funcion_publica.pdf> P. 9.

¹⁶⁴ Article 19. Ob. Cit. P 11.

del órgano requerido. Esta excepción a la publicidad, se relaciona a lo que en el derecho anglosajón se denomina como las causales destinadas a garantizar la efectividad del gobierno¹⁶⁵. En estricto rigor se trata de información pública, pero que temporalmente está afecta a confidencialidad, cuando la publicidad pudiera atentar contra la consecución de los objetivos del Estado.

La redacción de esta causal ha sido bastante criticada por su poca claridad, ya que el concepto de debido cumplimiento de las funciones del servicio no es del todo claro, tampoco está definido en la Ley, y existe cierto temor a que la Administración pueda abusar de ella¹⁶⁶.

La Doctrina ha señalado que publicidad solamente puede afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano “cuando la difusión o conocimiento de la información requerida por el solicitante evita del todo o embaraza el adecuado ejercicio de las tareas que corresponde desempeñar a ese órgano, la cuales se encuentran determinadas por el haz de competencia definido por la Constitución o la ley, conforme al artículo 7° de la Carta Fundamental. De lo recién expuesto se sigue, necesariamente, que cuando la autoridad requerida funde su negativa en esta causal, al menos, tiene que incluir la mención de las atribuciones precisas que la revelación de la información le impediría o entorpecería cumplir debidamente”¹⁶⁷.

Debemos recordar que nuestra Constitución señala en su artículo 8° que procede la reserva o secreto, entre otras causales “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos”. Por su

¹⁶⁵ ACCESS INFO. 2009. The Aid Transparency Toolkit [en línea] <http://www.access-info.org/documents/files/The_Aid_Transparency_Toolkit_-_Access_Info_22_October_2009.pdf> P. 9.

¹⁶⁶ CHILE TRANSPARENTE. Ob. Cit. P 9.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL. 2008. Causales de Secreto o Reserva. En: LARRAÍN FERNÁNDEZ, HERNÁN. Transparencia: la Modernización que Faltaba. 1ª Ed., Santiago, Editorial JGE. P 103.

parte, la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública dispone en su artículo 21 N°1 que se podrá denegar el acceso a la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente: a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales. b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas. c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”.

Esta diferencia entre la Constitución y la Ley ha suscitado un fuerte debate desde el comienzo, entre quienes piensan que cualquier afectación de las funciones del órgano califica como causal, y quienes sostienen que necesariamente la afectación debe calificar dentro alguna de las tres hipótesis a), b) y c). La solución a este punto, necesariamente ampliará o reducirá el margen de maniobra de la Administración para denegar solicitudes de información.

El Consejo para la Transparencia no ha fijado una postura definitiva al respecto. Por lo general exige que las denegaciones de información estén fundadas en alguna de las tres causales específicas del artículo 21 N°1 -en virtud que las excepciones deben interpretarse de manera restrictiva-, pero eventualmente ha rechazado la entrega de información solicitada basado en la

causal general del debido cumplimiento de las funciones del servicio, sin enmarcarse en alguna de las tres hipótesis específicas¹⁶⁸.

Finalmente, respecto a la causal del artículo 21 N° 1, debemos realizar dos acotaciones respecto a la legitimación para alegar esta causal ante el Consejo para la Transparencia y las Cortes de Apelaciones en el reclamo de ilegalidad.

Respecto a su alegación para denegar información, el Consejo ha establecido que solamente los órganos de la Administración requeridos pueden alegar las causales del debido cumplimiento de las funciones del servicio, y que los terceros involucrados no están legitimados para invocar esta excepción si se oponen a la entrega de la información¹⁶⁹.

Además, debemos consignar que la Ley de Transparencia estableció una limitación adicional para el artículo 21 N°1 relativa a la posibilidad de deducir

¹⁶⁸ Por ejemplo, en una causa sucedió que una empresa denunciada por tala ilegal solicitó a la CONAF el nombre del denunciante. El Consejo señaló que la divulgación podría afectar las funciones del órgano en el sentido de inhibir futuras denuncias, mas sin enmarcarla dentro de alguna de los tres numerales específicos: "...en consecuencia, este Consejo es de la opinión de que los particulares que pongan en conocimiento de las autoridades públicas determinados hechos que puedan constituir un ilícito, merecen que su identidad sea protegida, más allá de que esta denuncia sea o no plausible o debidamente fundamentada, pues es la labor –y más aún, el deber legal– de dichas autoridades el determinar e investigar los hechos que podrían constituir un determinado delito o infracción y proceder de acuerdo a derecho para que éstos sean sancionados, independiente del resultado que se pueda obtener ante los órganos competentes. Por lo tanto... se procederá a rechazar el amparo, debido a que si se revelare la identidad del denunciante, en la especie, afectaría el debido cumplimiento de las funciones de la CONAF, en conformidad con el artículo 21 N° 1 de la Ley" (CPLT C56-10, considerando 20°). Dicha resolución fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa rol 5979-2010

¹⁶⁹ En este sentido, en un requerimiento de información al Servicio Nacional de Aduanas, este órgano notificó a un tercero su derecho a oponerse a la entrega. El tercero se opuso basado en la causal del artículo 21 n° 1 de la Ley de Transparencia. Al respecto, el Consejo resolvió "Que respecto de la causal de secreto o reserva indicada en el considerando anterior, se debe señalar que la invocación de ésta corresponde al órgano requerido. Lo anterior se desprende de la mera lectura del art. 21 N° 1, pues éste dispone que la publicidad debe afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, de manera que sólo el SNA está facultado para invocar la causal señalada y no un particular como Epson Chile S.A." (CPLT A37-09, considerando 5°)

reclamo de ilegalidad contra la resolución del Consejo. El inciso 2° del artículo 28 establece que “los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”.

Dicho de otro modo, si un organismo público denegó un requerimiento de acceso a la información pública en virtud de la causal del debido cumplimiento de sus funciones, y el Consejo acogió el amparo ordenando la entrega de los antecedentes requeridos, el órgano de la Administración no está facultado para recurrir de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia ante la Corte de Apelaciones¹⁷⁰.

En los próximos numerales revisaremos las causales específicas relativas al debido cumplimiento de las funciones del servicio, dividido en cuatro partes. En primer lugar, la prevención investigación y persecución de delitos; en segundo lugar, las defensas jurídicas; en tercer lugar, los antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una decisión, medida o política; y en cuarto lugar, los requerimientos de carácter genérico, referidos a un gran número de actos administrativos, o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

¹⁷⁰ Por clara que parezca esta norma, las Cortes de Apelaciones han debido rechazar reclamos de ilegalidad contra el Consejo para la Transparencia presentados por órganos de la Administración. Ejemplo de lo anterior, pueden verse las resoluciones de la Corte de Iquique rol 199-2010, de la Corte de Valparaíso en reclamo de ilegalidad rol 1238-2010 y de la Corte de Santiago en los autos rol 2314-2011.

2.2.1.1 Prevención, Investigación y Persecución de Delitos

El artículo 21 de la Ley dispone que, se denegará el acceso a la información, cuando la publicidad vaya en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito.

Desde un punto de vista constitucional, la persecución penal corresponde al Ministerio Público, el cual tiene la facultad de impartir órdenes a las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas –las policías- durante la investigación. Esto significa que tenemos cuatro actores principales que manejan información sobre la indagación de hechos punibles: la Fiscalía, Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones y Gendarmería¹⁷¹.

Para efectos de presentar requerimientos de información pública, respecto del Ministerio Público debemos recordar las severas limitaciones señaladas en el punto 1.2.2.4 de este trabajo, en el sentido que la institución tiene autonomía constitucional y se rige parcialmente por la Ley 20.285. Al no ser parte de la Administración del Estado, no está sujeto al control del Consejo para la Transparencia.

Respecto a las policías, la situación es distinta. El artículo 2° de la Ley, al establecer los órganos del Estado a los cuales se les aplica extensivamente la norma, contempla expresamente las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. El Consejo para la Transparencia ha establecido de manera reiterada que Carabineros¹⁷², la PDI¹⁷³ y Gendarmería¹⁷⁴ están bajo su competencia.

¹⁷¹ Si bien no es su función principal, Gendarmería de Chile tiene la calidad de policía para los efectos de la investigación penal de hechos ocurridos dentro de los recintos penitenciarios, en virtud del inciso 3° del artículo 79 del Código Procesal Penal.

¹⁷² Esto se ha fallado en más de 160 oportunidades. Solo por mencionar algunos casos, pueden verse las causas CPLT A45-09, C156-10, C81-11, C473-12 y C1207-12.

¹⁷³ Esto se ha fallado en más de 60 oportunidades. A modo de ejemplo, pueden verse los casos CPLT C513-09, C757-10, C516-11 y C793-12.

No obstante la aplicación de la Ley de Transparencia a las policías, el hecho que la investigación sea dirigida por el Ministerio Público ha significado que la causal de reserva o secreto relacionada a la persecución penal sea probablemente la que menos desarrollo ha tenido en la jurisprudencia del Consejo. Pese a esta dificultad, se han sentado algunos criterios.

El primero de ellos, es la amplitud de la causal. La Ley señala que se protege la prevención, investigación y persecución de “un” crimen o simple delito, de manera singular. Esto significa que lo que se cautela con esta causal es la efectividad en la persecución penal en particular, de manera que quienes quebranten el Ordenamiento Jurídico no puedan verse alertados respecto al seguimiento del cual están siendo objeto. Además de la Ley de Transparencia, el Código Procesal Penal establece en su artículo 182 que la investigación penal es siempre secreta para los ajenos al procedimiento y eventualmente también puede serlo para el imputado.

Lo anterior, quiere decir que se busca cautelar la eficacia de la persecución penal sobre delitos específicos, pero no se encuentran protegidas en ningún caso dentro de la reserva o secreto, las políticas públicas contra el control de la delincuencia. Esto se ha discutido en un par de ocasiones ante el Consejo para la Transparencia, en relación a información sobre el Departamento de Protección de Personas Importantes (PPI) de Carabineros de Chile¹⁷⁵ y al Plan de Intervención en la Población La Legua de la capital¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Esto se ha fallado en más de 70 oportunidades. Al respecto, pueden verse las causas CPLT C389-09, C424-10, C1241-11 y C730-12

¹⁷⁵ En este caso se solicitó a Carabineros información de los policías asignados al programa, identidad de las personas sujeto de protección e información estadística relacionada (cantidad, sexo, ubicación geográfica, duración de la protección). El Consejo resolvió denegar las identidades de los carabineros y los protegidos, pero entregar la información estadística general. Se resolvió “Que en este caso concreto el Consejo estima que la revelación de la dotación del Departamento de Protección de Personas Importantes produciría un daño o detrimento en el debido cumplimiento de sus funciones. En efecto, conocer esta información afectaría la planificación estratégica de dicho Departamento y, por tanto, su función principal,

En ambos casos se resolvió que la información general de planes, programas, estadísticas y resultados sobre seguridad ciudadana son públicos, y

cual es proteger a dichas personas de eventuales atentados delictivos derivados de su autoridad o importancia. Conectada esta información con las personas protegidas se develaría su capacidad operativa efectiva, generando o una sensación de escasez de personal y desprotección o una de exceso de personal dedicado a estas tareas. Lo primero impulsaría la comisión de los atentados que se quiere evitar; lo segundo generaría un debate que impulsaría la necesidad de revelar más antecedentes —incluso la dotación de cada una de las Unidades o Departamentos de Carabineros— rigidizando y restando eficacia a la actividad policial, que pasaría a ser del todo previsible. Por otro lado, tal control podría ser realizado en otras sedes que pueden mantener tal reserva —como la parlamentaria— con igual o mayor eficacia, evitando efectos nocivos en el actuar policial. De todo ello se desprende que las ventajas de entregar esta información son inferiores al perjuicio al interés público que se generaría y que existen medios de control más moderados que pueden emplearse para verificar el funcionamiento de este Departamento” y además “Que respecto del resto de la información requerida, es decir, el número de autoridades o personas que reciben este tipo de protección (PPI), desagregándolas según nacionalidad, sexo, ubicación geográfica y tiempo desde el cual cuentan con esta protección, el Consejo estima que en tanto se entreguen cifras estadísticas que no permitan la identificación de las personas protegidas no se vería afectada su seguridad ni otros bienes jurídicos cautelados por el art. 21 de la Ley de Transparencia, menos todavía si no se entrega la información relativa a la dotación del PPI, impidiendo hacer el cruce de ambos datos” (CPLT A45-09, considerandos 12° y 15° respectivamente).

¹⁷⁶ En una causa contra la Subsecretaría del Interior, se solicitó acceso al Plan de Intervención en la Población la Legua, de la comuna de San Joaquín. El Gobierno respondió que no existía un programa específico para tal efecto, pero si un grupo de iniciativas dispersas sobre el lugar. El Consejo resolvió que debía entregarse toda la información en atención al interés público que reviste la seguridad ciudadana: “Que ponderados todos los antecedentes analizados este Consejo estima evidente que el Ministerio del Interior ha tenido participación —y al parecer, en un rol coordinador— en intervenciones en la Población de la Legua cuyo objeto ha sido elevar los niveles de seguridad pública, lo que supondría contar con información sobre esta materia al margen de la sanción formal de un plan específico... Por el contrario, resulta esencial en un régimen democrático que la autoridad rinda cuenta de sus acciones y lo haga de manera proactiva: el principio de transparencia comprende además de deberes de abstención la obligación de facilitar el acceso de las personas a la información de carácter público, precisamente a través de mecanismos como este amparo (art. 4º, inc. 2º, Ley de Transparencia). Lo anterior se refuerza a la vista del informe del Grupo de Expertos, de noviembre de 2006, que motivó la presentación de la indicación sustitutiva cuyo texto es la base de la Ley de Transparencia, pues éste concebía al acceso a la información pública no sólo como una herramienta para combatir la corrupción, sino también como ‘...parte sustantiva de la libertad de expresión y de la participación ciudadana en cuanto permite a las personas participar en el debate público debidamente informadas’ (párrafo 3). Por ello, este Consejo representará al Subsecretario del Interior la inobservancia de este principio” y asimismo dispuso que “como consecuencia de lo anterior, este Consejo requerirá al Subsecretario del Interior que informe al Sr... las acciones que ha realizado y está realizando la Subsecretaría que dirige en relación a la seguridad pública de la población La Legua, y le entregue sus fundamentos escritos o cualquier tipo de documento o acta que tenga sobre este respecto” (CPLT C39-10, considerandos 10° y 11° respectivamente).

más aún, es materia sobre la cual existe un interés público y una mayor necesidad de rendición de cuenta por parte de las autoridades.

El segundo criterio a destacar, es el relativo a la cuantía de los delitos. Debemos recordar que nuestro Código Penal establece tres categorías en relación a la gravedad de estos: las faltas, los simples delitos y los crímenes. El artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia es bastante claro en señalar que la causal protege la prevención, investigación y persecución de un “crimen o simple delito”.

En este sentido, la información relativa a las faltas no estaría incluida como causal de reserva o secreto. En relación a lo anterior, el Consejo para la Transparencia ha declarado que los partes policiales relacionados a las faltas y accidentes de tránsito son públicos, y puede accederse a ellos mediante un requerimiento de acceso a la información¹⁷⁷.

Un tercer criterio que conviene destacar, es el relativo a las órdenes de aprehensión y a las actuaciones judiciales en general. Ha sucedido en algunas oportunidades que particulares, han presentado a las policías solicitudes de información consultando si actualmente son sujetos o no de una orden de privación de libertad. El Consejo ha señalado que –en aplicación de los artículos 44 y 182 del Código Procesal Penal- un imputado, al tener la calidad de interviniente, puede en principio consultar a la policía sobre una actuación judicial, siempre y cuando el Juez que despachó la orden no haya declarado el secreto de la actuación¹⁷⁸.

¹⁷⁷ En la causa CPLT A58-09 contra Carabineros de Chile, el Consejo para la Transparencia resolvió la publicidad de los partes relacionados a accidentes de tránsito.

¹⁷⁸ Sobre el particular, el Consejo ha señalado “que, en conclusión, si se trata de actuaciones judiciales que obren en poder de un órgano de la Administración del Estado para su cumplimiento, registro u otra finalidad, respecto de las cuales el juez que las hubiese dictado ya efectuó una evaluación sobre la afectación de la normal substanciación o el principio de inocencia y definió en su texto el secreto o publicidad, según corresponda, frente a una solicitud

Finalmente, existe un cuarto criterio relacionado a la temporalidad de la causal. La prevención, investigación y persecución penal son etapas de carácter previo a la dictación de una sentencia criminal. El artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales establece que la regla general es que los actos judiciales sean públicos, y por ende las sentencias definitivas lo son. Además, el artículo octavo transitorio de la Ley de Transparencia ordena que los Tribunales publiquen las sentencias ejecutoriadas.

Lo anterior implica que una vez que se ha llevado a cabo el juicio y se ha dictado sentencia definitiva, no puede aplicarse como causal de reserva o secreto, la protección de la persecución penal¹⁷⁹. En sentido similar, si ha terminado la investigación y el juicio está actualmente en desarrollo lo que corresponde aplicar es la causal de reserva relativa a las defensas jurídicas, que veremos a continuación.

de acceso a la información, el órgano solicitado deberá respetar dicha calificación en la medida en que se encuentre dentro del plazo de 5 años a que se refiere el artículo 44 del Código Procesal Penal. Por lo tanto, si la actuación define que es secreta dicha orden deberá denegarse el acceso y, en caso contrario, y de no decir nada, deberá accederse a la entrega, por ser la publicidad la regla general en esta materia, según lo previsto en el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales. Que, a mayor abundamiento, este Consejo ha establecido dichos criterios en decisiones anteriores recaídas en los amparos Roles C843-10 y C11-11” (CPLT C516-11, considerando 6°).

¹⁷⁹ Esto se falló en una causa en la cual se solicitó a Carabineros de Chile copia de un parte de detención de un ciudadano. Pese a que el procedimiento criminal estaba concluido, el organismo denegó los antecedentes en virtud de la causal de la prevención, investigación y persecución de delitos. El Consejo resolvió que “este Consejo ha podido constatar que el procedimiento en que inciden tales antecedentes se encontraría afinado, por haber recaído en él sentencia definitiva, con fecha 21 de septiembre de 2009, no existiendo ningún peligro que conjurar con su reserva, por encontrarse concluida la investigación a que ello se refieren” y además “que, como ha quedado dicho, la investigación a la que se refiere la información requerida se encuentra concluida, razón por la cual este Consejo no divisa como podría configurarse la causal en comento a su respecto” (CPLT C406-09, considerandos “e” y “g” respectivamente).

2.2.1.2 Defensas Jurídicas

El artículo 21 N°1 letra a) de la Ley 20.285 señala como causal de excepción, el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente cuando se trata de antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales. En este caso, lo que se cautela es que el Estado pueda litigar en condiciones de igualdad respecto de los particulares, sin que la información relacionada a sus estrategias judiciales pueda ser conocida por sus contrapartes.

Relacionado a lo anterior, el Reglamento de la Ley de Transparencia contempla dispone en su artículo 7° N°1 letra a) que son antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales “entre otros, aquellos destinados a respaldar la posición del órgano ante una controversia de carácter jurídico”.

El Consejo para la Transparencia ha señalado que la controversia de carácter jurídico no es otra cosa que un litigio radicado en los Tribunales de Justicia, en el cual la Administración tenga la calidad de parte. En este sentido, ha resuelto de manera reiterada que para que proceda esta causal de reserva o secreto, deben concurrir tres requisitos copulativos¹⁸⁰:

¹⁸⁰ Sobre el particular el Consejo ha señalado “Que, asimismo, cabe anotar que este Consejo ha establecido reiteradamente (por ejemplo, en sus decisiones recaídas en los amparos Roles A56-09, A63-09, A68-09, A96-09, A151-09, A293-09, C380-09 y C75-10) que para encontrarse frente al supuesto de reserva o secreto de información pública invocado, se debe acreditarse que:

- a) Exista un litigio pendiente entre el reclamante y el reclamado.
- b) Exista una relación directa entre los documentos o la información requerida y el litigio.
- c) La publicidad de lo requerido afecta el debido funcionamiento del órgano reclamado.” (CPLT C191-11, considerando 6°).

a) Que exista un litigio pendiente¹⁸¹ entre el reclamante y el reclamado, o antecedentes fundados que permitan concluir que este podría producirse¹⁸².

b) Que exista una relación directa entre los documentos o la información requerida y el litigio¹⁸³.

¹⁸¹ La Corte de Apelaciones de Santiago, ha señalado que si el proceso judicial se encuentra concluido no hay afectación de las funciones del servicio y por tanto no puede aplicarse la causal Ha dispuesto que “como se indicó, el proceso judicial se encuentra afinado y ello tiene importancia pues la revelación de los antecedentes solicitados no afecta las funciones del Consejo de Defensa del Estado y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Transparencia, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirva de sustento o complemento directo o esencial y los procedimientos que se utilicen son públicos, salvo las excepciones que establece dicha ley o los previstos en otras de quórum calificado, norma sustentada por el artículo 8° de la Constitución Política de la República como se indicó, que estatuye el principio de publicidad al cual se sujeta la administración del Estado, todo lo cual permite concluir que el reclamo no podrá prosperar” (C.A. Stgo. rol 6.543-2011, considerando 11°).

En el mismo sentido, se ha fallado que si el juicio nunca llegó a iniciarse o si el actuar consistió en una mera gestión extrajudicial, tampoco puede prosperar la causal. La Corte de Santiago ha señalado “que en relación a la argumentación que sus funcionarios están amparados por el derecho a reserva y secreto profesional, que sustenta en el artículo 61 de su Ley Orgánica y en el Código de Etica Profesional, en realidad no aparece de que forma se afectan aquellos principios, con la entrega de un oficio que da cuenta de un cobro que no se hizo, porque ya estaba solucionado, por manera que no implicó gestión profesional alguna de su parte, el trámite se agotó en su inicio, no hubo juicio, ni defensa al respecto” y también “que así las cosas no se divisa cual sería el bien jurídico protegido, al daño que se pretendió evitar, los derechos de terceros que pretendió proteger o la vulneración de su deber de reserva, en la entrega de un oficio que solo implicó una gestión extrajudicial” (C.A. Stgo. rol 5.021-2012, considerandos 6° y 7° respectivamente).

¹⁸² Esto se resolvió en una causa en la cual se solicitó a la Cancillería copia de un informe en derecho sobre bonos emitidos por el Perú. El Consejo dispuso que “respecto del criterio que debe adoptarse en torno a la eventual aplicabilidad de la causal de reserva contenida en las disposiciones citadas, debe tenerse presente que, respecto a la materia, a este Consejo, en las decisiones recaídas en los amparos Roles C392-10, C648-10 y C787-10, entre otras, le ha correspondido pronunciarse respecto de documentación relativa a juicios pendientes . Ahora bien, atendido el claro tenor de las normas transcritas, en cuanto se refieren a antecedentes necesarios a ‘defensas jurídicas y judiciales’ y a ‘una controversia de carácter jurídico’, es dable entender que la mencionada hipótesis de reserva no sólo dice relación con la existencia de un litigio actualmente pendiente, sino que también comprende a aquellos casos en que existen antecedentes que permitan concluir que éste podría producirse” (CPLT C613-12, considerando 6°).

¹⁸³ En una reciente causa contra la USACH se señaló “que, aplicando el criterio sostenido por este Consejo en las decisiones recaídas en los amparos Roles C68-09, C293-09 y C380-09, la causal de reserva citada debe interpretarse de manera estricta, debiendo concluirse que la sola

c) La publicidad de lo requerido afecte el debido funcionamiento del órgano reclamado.

Además de estos tres requisitos, el Consejo para la Transparencia ha fijado criterios respecto a qué piezas de información pueden ser denegadas y cuáles no, mediante la causal de las defensas jurídicas. Sobre este tema, ha existido una evolución en la jurisprudencia.

En una primera etapa, si la solicitud de información trata sobre actos administrativos o documentos que pudieran constituir medios de prueba para el servicio público, se resolvió que debía realizarse una distinción de carácter temporal, en atención a si en el proceso judicial se había verificado o no la etapa de prueba. Si esta no se había realizado aún, correspondía la aplicación

existencia de un juicio pendiente en que sea parte el órgano requerido no transforma a todos los documentos relacionados con él en secretos. Para que ello ocurra debe existir una relación directa entre los documentos o información que se solicita y el litigio que se sustancia y verificarse una afectación del 'debido funcionamiento' del órgano en caso de revelarse aquéllos. Así, por ejemplo, se ha resuelto que:

a) Los documentos que dan cuenta de la estrategia jurídica del órgano reclamado, tales como minutas internas, informes técnicos o el expediente interno relativo al litigio, entre otros, son reservados por estimar que su comunicación afectaría la defensa jurídica en curso (decisión de amparo Rol C380-10, criterio ratificado en decisiones de amparos Roles C392-10, C648-10 y C787-10).

b) Los medios de prueba que el órgano quiere presentar en el juicio:

i. Son reservados de acreditarse la afectación señalada (p. ej., un Informe en Derecho) pero sólo hasta el vencimiento de la/s etapa/s probatorias, pues cerrada ésta ya no servirían a la defensa judicial del organismo (decisión de amparo Roles A68-09 y A293-09).

ii. Son públicos cuando no se acredita tal afectación, aunque la denegación persiga obstaculizar que la contraparte pruebe un hecho en un litigio pendiente (a menos que concurriese una causal diversa de la del art. 21 N° 1 a). Ello, porque se ha estimado que dicha motivación no encuentra justificación en la protección del debido cumplimiento de las funciones de la Administración (decisión amparo A380-09)." (CPLT C918-12, considerando 6°).

de la causal, y en caso que este ya estuviese concluido, ya no podía mantenerse la causal y debía procederse a la entrega¹⁸⁴.

En una segunda etapa -vigente hasta hoy- el Consejo abandonó dicho criterio y se abocó a otra distinción. Toda vez que la causal se afecta al debido cumplimiento de funciones, en relación a respaldar la posición del órgano en una contienda jurídica, lo que importa entonces es si la información requerida afecta la estrategia del órgano y no si constituye prueba.

De este modo, se hace la distinción entre documentos relativos a la estrategia jurídica¹⁸⁵ como minutas internas, informes en derecho, el expediente interno relativo al litigio, los cuales mantendrán reserva durante la vigencia del juicio, y aquellos documentos que constituyen medios de prueba, que si son instrumentos públicos, mantendrán dicha calidad y por tanto deben entregarse si son requeridos¹⁸⁶.

¹⁸⁴ En este sentido, en una causa contra el SERVIU se resolvió “Que de admitirse la causal invocada los documentos solicitados serían reservados hasta la etapa probatoria del juicio ordinario pendiente, y luego serían públicos, toda vez que dicha causal ya no se aplicaría” (CPLT A68-09, considerando 6°). Este criterio está también en la causa contra el Consejo de Defensa del Estado CPLT A293-09.

¹⁸⁵ El cambio de criterio ocurrió en una causa contra el Servicio Agrícola y Ganadero: “Que respecto de la causal invocada por el SAG para no entregar la información este Consejo estima que debe distinguirse entre aquellos documentos relativos a la estrategia jurídica del órgano reclamado (tales como minutas internas, informes técnicos, el expediente interno relativo al litigio, entre otros) y aquellos que sólo constituyen medios de prueba. La letra a) del numeral 1° del artículo 7° del Reglamento de la Ley se refiere precisamente al primer caso, esto es, a documentos que son parte de la estrategia de defensa, mas no a aquellos que se utilizarán meramente como medios de prueba por cualquiera de las partes en un litigio pendiente, menos aún si se trata de instrumentos de carácter público que ya obraron en poder del solicitante” (CPLT C380-09, considerando “k”). Mismo criterio en CPLT C912-12.

¹⁸⁶ A modo de ejemplo, en una causa contra la Universidad Tecnológica Metropolitana se señaló que “...toda vez que lo requerido no son documentos relativos a la estrategia jurídica del órgano sino que documentos que obran en su poder y fueron conocidos por los reclamantes en su calidad de partes del contrato, de manera que esta denegación sólo obstaculiza el acceso a eventuales medios de prueba, acción que no puede entenderse como parte del debido cumplimiento de las funciones de un organismo público. A mayor abundamiento, resolver el acceso a estos documentos no involucra un pronunciamiento sobre el asunto controvertido en

Finalmente respecto a la causal de protección de las defensas jurídicas, debemos consignar que el Consejo de Defensa del Estado ha argumentado en varias ocasiones ante el Consejo para la Transparencia¹⁸⁷ y las Cortes de Apelaciones¹⁸⁸, que sus antecedentes estarían resguardados por el secreto profesional a favor de su representado, el Fisco¹⁸⁹. Por razones de distinta índole, esta alegación ha sido rechazada por ambas instituciones.

2.2.1.3 Antecedentes o Deliberaciones Previas a la Adopción de una Decisión, Medida o Política

El artículo 21 N°1 letra b) de la Ley 20.285 señala como causal de excepción, el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la

sede judicial” (CPLT C442-10, considerando 11°). En este mismo sentido también están las causas CPLT C392-10, C648-10 y C191-11.

¹⁸⁷ El Consejo ha señalado que “la alegación del secreto profesional debe estimarse también improcedente, toda vez que el Estado de Chile y los órganos que lo conforman –cuyos intereses defiende en sede judicial el CDE–, se encuentran sujetos a los deberes de transparencia en virtud del artículo 8° de la Constitución y la propia Ley de Transparencia. Concluir lo contrario sería transformar en secreta toda la información referida a los procesos judiciales en que interviene el CDE, dejando sin efecto el juicio de afectación que exige expresamente la hipótesis del artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley de Transparencia” (CPLT C719-10, considerando 16°).

¹⁸⁸ La Corte de Apelaciones de Santiago ha rechazado el secreto profesional, en virtud que el Consejo de Defensa del Estado es el requerido de información, y no los abogados que trabajan en él. Ha señalado que “Que conforme aparece de estos autos y a la luz de las alegaciones planteadas por las partes, en realidad resulta tratarse en la especie de una controversia entre el Consejo para la Transparencia y el Consejo de Defensa del Estado, por la obligación impuesta a este último por aquél de proporcionar a una empresa solicitante determinados antecedentes, y por ende, los profesionales abogados resultan eximidos de la obligación/derecho que se ha venido analizando, en razón de ser el Órgano Público el obligado a proporcionar la información” (C.A. Stgo rol 4.760-2011, considerando 14°).

¹⁸⁹ La Corte Capitalina ha recordado que el nuevo Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados exime del deber de reserva al abogado funcionario público. En otra causa contra el CDE señaló que “de igual modo, el artículo 48 del Código de Ética del Colegio de Abogados previene que el abogado que ejerce un cargo público no puede excusarse de revelar o entregar información a pretexto de su calidad profesional” (C.A. Stgo. rol 6.543-2011, considerando 10°)

adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

El artículo 7° N°1 letra b) del Reglamento de la Ley da algunas luces respecto a esta causal. Señala que se entiende por “antecedentes” todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por “deliberaciones” las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.

A nivel comparado, esta causal también se enmarca dentro de aquellas destinadas a asegurar la efectividad del gobierno, en el sentido de proteger la confidencialidad del proceso de discusión interno, previo a la toma de una decisión. En el derecho anglosajón se le denomina como *space to thinking* (espacio para pensar)¹⁹⁰.

Del hecho que se trate de un tiempo para reflexión, se derivan algunas consecuencias fundamentales. Para aprobar su procedencia, debe existir alguna certidumbre razonable respecto a que la autoridad está encaminada a tomar una decisión. Al respecto, se ha establecido que el órgano que deniega la entrega de información debe probar que actualmente se está gestionando la adopción de una resolución, medida o política¹⁹¹.

Además, se requiere de un vínculo de causalidad preciso entre los antecedentes o deliberaciones solicitadas y la resolución, medida o política que se va a tomar, en el sentido que la decisión se va a adoptar en un plazo

¹⁹⁰ ACCESS INFO. Ob. Cit. P 9.

¹⁹¹ Al respecto el Consejo para la Transparencia ha fallado “que, conforme ha resuelto este Consejo en sus decisiones A12-09, A47-09 y A79-09, al invocar la causal de reserva contemplada en el artículo 21 N° 1, letra b, de la Ley de Transparencia, el órgano debe comprobar que se encuentre en actual tramitación un procedimiento destinado a la adopción de una medida, política o resolución, sin que ésta se haya adoptado” (CPLT A252-09, considerando 3°).

razonable¹⁹². En el mismo sentido, si ya se ha formalizado el acto o resolución, proteger el proceso deliberativo ya no tiene sentido alguno, por lo que no puede alegarse la causal cuando ya se ha dictado la correspondiente resolución.

Finalmente, debemos señalar un último criterio relacionado a la toma de razón de los actos administrativos por parte de la Contraloría General de la República. Esta última ha señalado que dicho trámite no corresponde en ningún caso a una etapa del proceso deliberativo ya que este es potestad exclusiva de la Administración.

En el dictamen 19.938/2010 se estableció que “teniendo presente lo estatuido en la Constitución Política, se desprende que -tal como ya ha señalado esta Contraloría General en el dictamen N° 7.355, de 2007-, ‘la publicidad y transparencia de los actos administrativos, sean de trámite o terminales, constituyen un principio general de orden público consagrado en el ordenamiento jurídico que permite a los interesados en determinada actuación tener acceso a las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen sus declaraciones de voluntad, sin que la normativa reseñada establezca distinciones ni más limitaciones que las señaladas en la disposición constitucional anotada’. En este

¹⁹² En este sentido, se ha resuelto “que respecto a lo primero este Consejo estima que debe existir un vínculo preciso de causalidad entre el antecedente o deliberación previa, en este caso el estudio de tarificación vial, y la resolución, medida o política a adoptar por la Subsecretaría de Transportes, de manera que sea claro que primera originará la segunda... Lo anterior no es suficiente, sin embargo, para aplicar esta causal, pues ésta también supone que exista certidumbre de la adopción de la resolución, medida o política dentro de un plazo prudencial, incluso si la decisión consistiese, al final, en no hacer nada. No entenderlo así llevaría a que los fundamentos de la decisión fuesen indefinidamente reservados, lo que pugna con el sentido de la Ley de Transparencia y los principios de su artículo 11. En otras palabras, la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 letra b) no puede quedar sometida a una condición meramente potestativa, esto es, no puede depender de la mera voluntad o discrecionalidad del órgano requerido. De allí que si no existe la evidencia de un plazo prudencial en que deba adoptarse la medida o política, como ocurre en este caso, este Consejo debe rechazar su invocación” (CPLT A79-09, considerando 4°). En idéntico sentido puede verse la causa CPLT C248-10.

contexto, el hecho de que un acto administrativo se encuentre sujeto al trámite de toma de razón aún pendiente ante esta Contraloría General, no impide que sea obligatoria la entrega de copia del mismo. Lo anterior en virtud de que el referido trámite de control de legalidad no obsta a la existencia del acto en examen”. Este criterio ha sido confirmado por el Consejo para la Transparencia¹⁹³.

2.2.1.4 Requerimientos de Carácter Genérico, Relativos a un Elevado Número de Actos o Cuya Atención Distraerá a los Funcionarios de sus Labores

El artículo 21 N°1 letra c) señala como causal de excepción “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales”.

En estricto rigor no se trata de causales de reserva o secreto, sino de limitaciones a los requerimientos de acceso a la información pública en pos de

¹⁹³ En una causa contra la Municipalidad de Penciahue, el Consejo resolvió que “en cuanto a la solicitud de copia fiel del decreto de nombramiento de determinada funcionaria municipal, si bien el municipio ha informado que Contraloría Regional no ha tomado razón del decreto respectivo, de conformidad con el artículo 10° de la Ley de Transparencia, dicha circunstancia no constituye un motivo suficiente para la denegación de lo solicitado. En efecto, el organismo no ha invocado causal de secreto alguna que justifique su denegación y, además, este Consejo ha sostenido reiteradamente que la ausencia de toma de razón no es óbice para la entrega de un acto administrativo (amparos Roles A303-09, C806-10 y C868-10)... En el mismo sentido cabe aclarar que, en el caso, no resulta aplicable la causal de secreto o reserva fijada en el artículo 21, N° 1, letra b), de la Ley de Transparencia, que se refiere a los ‘antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas’, precisamente por cuanto, tal como ya se argumentó, el trámite de toma de razón se realiza respecto de un acto administrativo existente, siendo únicamente un requisito de eficacia del mismo” (CPLT C1230-11, considerando 5°)

cautelar la eficiencia administrativa. Debemos consignar que en general estas causales no se encuentran en la legislación comparada y están fuera de los estándares de excepciones aceptados internacionalmente¹⁹⁴. Ha sido fuente de crítica constante entre los especialistas:

Chile Transparente ha señalado que “la causal N° 1, letra c), del artículo 21 resulta particularmente vaga y potencial fuente de arbitrariedades dado que rechaza el acceso a la información cuando la atención del requerimiento ‘distrae indebidamente a los funcionarios’. Esta fórmula es reprochable y no puede ser interpretada bajo la errada concepción de que la protección de la eficiencia administrativa constituye un interés superior a la protección de un derecho fundamental”¹⁹⁵.

Pro Acceso realizando un estudio de acceso a la información pública, ha constatado la falta de un interés público relevante en las denegaciones de información fundadas en el artículo 21 N°1 letra c) así como el uso habitual que hacen de él los órganos de la Administración¹⁹⁶.

El Consejo para la Transparencia ha tenido una especial preocupación sobre el uso de esta causal para negar solicitudes de acceso a la información. En su jurisprudencia, ha señalado que en realidad no se trata de una, sino de tres causales diversas: En primer lugar, los requerimientos de carácter genérico; en segundo lugar, los referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes; y en tercer lugar, los requerimientos de información cuya atención impediría a los funcionarios cumplir regularmente sus funciones, según veremos a continuación.

¹⁹⁴ Mendel, Toby. Ob. Cit. P 29.

¹⁹⁵ Chile Transparente. Ob. Cit. P 10.

¹⁹⁶ Fundación Pro Acceso. Ob. Cit. P 14.

En primer lugar, respecto de los requerimientos de carácter genérico, el artículo 7° N°1 letra c) del Reglamento de la Ley de Transparencia los define como “aquellos que carecen de especificidad respecto de las características esenciales de la información solicitada, tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, autor, origen o destino, soporte, etcétera”. Se trata de aquellas solicitudes que no permiten al órgano dilucidar concretamente acceso a qué información o antecedentes se están solicitando.

Tal como veremos en el punto 3.1.1.3 a propósito de los requisitos que debe cumplir todo requerimiento de información pública, uno fundamental es identificar claramente acceso a qué información se desea, a fin que el órgano pueda realizar su trabajo de recopilar los datos solicitados. El Consejo ha señalado que la identificación es clara, cuando el organismo público puede individualizar la información sin necesidad de realizar gestiones adicionales además que recibir el requerimiento¹⁹⁷.

De lo anterior, se colige que un requerimiento de carácter genérico, es aquel que no permite al órgano de la Administración identificar concretamente qué se le está pidiendo. En estricto rigor no se trata de una causal de reserva o secreto, sino de un vicio de forma cometido por el requirente que impide que el acto jurídico de solicitar información al Estado alcance buen puerto.

Debemos adelantar que en el examen de admisibilidad de toda petición de acceso a la información, cuando el servicio público detecta que no se cumple uno de los requisitos del artículo 12 de la Ley de Transparencia –como identificar claramente lo solicitado- debe aplicarse la inadmisibilidad provisoria. El inciso 2° del citado artículo señala que “si la solicitud no reúne los requisitos

¹⁹⁷ Respecto de este particular el Consejo ha señalado que “para que una solicitud identifique claramente la información solicitada, se requiere que, en base únicamente a los antecedentes proporcionados por el peticionario, sea posible al órgano reclamado identificar o individualizar la información requerida, sin que sea necesario la realización de gestiones previas necesarias para su adecuada comprensión” (CPLT A317-09, considerando 11°).

señalados en el inciso anterior, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de cinco días contado desde la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición”.

Toda vez que la Ley ya contempla un mecanismo para frenar las solicitudes de acceso a la información que no individualizan claramente los antecedentes deseados, surge la duda de por qué la Ley estableció como causal para denegar un requerimiento, el ser este de carácter genérico. La respuesta pareciera ser, que cuando no está clara la información objeto del requerimiento, el vicio es de tal magnitud, que la solicitud no puede prosperar aún cuando el órgano de la Administración no lo haya aplicado la institución de la inadmisibilidad provisoria¹⁹⁸.

En segundo lugar, están los requerimientos relativos a un gran número de actos administrativos o sus antecedentes. Desde luego, no se trata tampoco de una causal de reserva o secreto, ya que si se pidieran los mismos actos de manera individual no cabría su aplicación.

El Consejo ha establecido que para que pueda prosperar esta excepción, son los órganos de la Administración los que deben probar que el requerimiento se refiere a un gran número de actos o antecedentes¹⁹⁹. Asimismo, se ha

¹⁹⁸ Cuestiones aparte son las dudas que nos deja la técnica legislativa, que incluyó esta hipótesis en el artículo 21 N° 1 como si fuera una causal de afectación del debido cumplimiento de las funciones del servicio.

¹⁹⁹ Esto se señaló por ejemplo en una causa en la cual se solicitó al Seremi de Agricultura de Aysén “copia de toda la documentación relativa a convenios, contratos, acuerdos, arriendos, traspasos, permutas, fiscalizaciones, controles, sanciones, multas y cualquier información o antecedente que relacione a la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura de Aysén o a las instituciones bajo su dependencia con las sociedades HidroAysén y Energía Austral, con sus empresas contratistas o subcontratistas”. El organismo respondió señalando que se trataba de un gran número de antecedentes. El asunto llegó al Consejo, que ordenó la entrega de la información, señalando que “la circunstancia de referirse el requerimiento a un elevado número de actos administrativos ha sido invocada, pero no acreditada por el Subsecretario. A este respecto debe señalarse que dado que de esta circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega, vale decir, al Subsecretario. Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar

establecido una suerte de criterio cuantitativo, en el sentido que una solicitud respecto a unas decenas de datos no puede considerarse que vaya en contra de la eficiencia administrativa²⁰⁰. También se ha resuelto que cuando la información ya está sistematizada con anterioridad, o debiera estarlo en virtud de la normativa vigente, tampoco puede aplicarse esta causal ya que no hay daño alguno al principio de eficiencia²⁰¹.

En tercer y último lugar, el artículo 21 N°1 letra c) de la Ley de Transparencia señala que podrá denegarse un requerimiento de acceso a la información pública cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de requerimientos cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

Por su parte, el artículo 7 N°1 letra c) del Reglamento dispone que “se considera que un requerimiento distrae indebidamente a los funcionarios

esta alegación. A mayor abundamiento, como la petición está circunscrita a los vínculos entre una SEREMI específica y dos particulares determinados no parece plausible que la autoridad regional ignore si estos vínculos existen” (CPLT A39-09, considerando 5°).

²⁰⁰ En una causa contra el SII se resolvió “Que, tal como se ha señalado anteriormente, la solicitud original trata de 14 inmuebles y no todos corresponden a la misma Dirección Regional, por lo que no cabe acoger la causal de reserva invocada, toda vez que este Consejo Directivo no considera que el permitir el acceso a los expedientes de 14 inmuebles pueda causar la distracción indebida de los funcionarios del SII, por lo que en este caso se estima insuficiente la alegación hecha por parte del Servicio para dar por acreditada esta causal” (CPLT A54-09, considerando 5°).

²⁰¹ Esto sucedió en una causa en la cual se solicitó al Ministerio de Vivienda y Urbanismo las nóminas de funcionarios de la Secretaría de Estado con sus respectivas calificaciones. El organismo rechazó la entrega, entre otras razones, porque se trataba de un gran número de antecedentes. El asunto llegó al Consejo para la Transparencia, el cual rechazó las alegaciones fundado en que el artículo 51 del Estatuto Administrativo ordena a los servicios públicos crear anualmente un escalafón (lista) de todos sus funcionarios con sus respectivas calificaciones para enviarlo a la Contraloría. Se resolvió que “no puede compartir las alegaciones del MINVU en orden a que la entrega de esta información distraería indebidamente a sus funcionarios, pues la información solicitada, tratándose del personal de planta, ya está sistematizada...Tales argumentaciones infringen el principio de facilitación establecido en el art. 11 f) de la Ley de Transparencia” (CPLT A10-09, considerando 9°). En el mismo sentido A80-09 y A126-09.

cuando su satisfacción requiera por parte de éstos, la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales”.

Debemos señalar que esta causal de excepción nos parece del todo reprochable ya que en virtud del artículo 28 letra a) del Reglamento, es potestad de cada servicio público determinar internamente quienes están a cargo de gestionar las solicitudes, siendo habitualmente las Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias (OIRS) las encargadas. Desde este punto de vista, no parece aceptable que un funcionario cuya labor sea brindar acceso a la información a los ciudadanos se distraiga o aleje de sus funciones al realizar el trabajo para el cual fue contratado.

Al igual que en el caso anterior, el Consejo para la Transparencia ha establecido que corresponde al órgano de la Administración probar que atender un requerimiento de información distraerá indebidamente a sus funcionarios²⁰². También se han establecido ciertos criterios cuantitativos en el sentido que algunas decenas de actos administrativos o sus antecedentes, no importan una distracción excesiva del personal²⁰³ y que algunas horas de la jornada de

²⁰² En una causa contra el SII se falló que “por otra parte, el Servicio alega la distracción indebida de los funcionarios de sus labores habituales, toda vez que se deberá entregar información respecto de un total de 29 inmuebles... Según ya se ha señalado por este Consejo, la carga de la prueba respecto de la concurrencia de una causal de reserva o secreto establecida en la Ley, corresponde a quien la invoca, en este caso, al Servicio reclamado. El cálculo de tiempo realizado es el mismo que se hizo respecto del amparo A54-09, en el cual se determinó que no se había acreditado la distracción indebida y se le otorgó una alternativa al Servicio para cumplir con la entrega de la información. Por esto puede estimarse que en este caso no se ha acreditado fehacientemente que concurre la causal invocada y por esto debe desecharse dicha alegación” (CPLT C31-10, considerando 5°).

²⁰³ En una ocasión se solicitó a la Dirección del Trabajo el número de multas por discriminación laboral cursadas entre 2006 y 2008 así como copia de las mismas. El organismo respondió que eran 80, pero denegó entregar las copias de las infracciones porque eso distraería a sus funcionarios. El asunto llegó al Consejo que ordenó la entrega: “Que, de acuerdo al Reglamento de la Ley de Transparencia, se supone que la satisfacción del requerimiento debe exigirles a los funcionarios del servicio requerido ‘la utilización de un tiempo excesivo, considerando su jornada de trabajo, o un alejamiento de sus funciones habituales’ (art. 7° N°1 c). Si bien la Dirección del Trabajo ha explicado el proceso de obtención de la información requerida,

trabajo de un funcionario tampoco importa un alejamiento injustificado de las funciones habituales²⁰⁴.

2.2.2 Derechos de Terceros

La Constitución es el inciso 2° de su artículo 8° establece claramente que dentro de las excepciones a la publicidad, como causal de reserva o secreto, está la afectación de los derechos de las personas²⁰⁵. No obstante lo anterior, el constituyente no señaló expresamente cuáles derechos de las personas son los

acompañando copias de las imágenes del sistema informático, no pueden considerarse como prueba suficiente para que la Dirección pueda eximirse de su obligación legal de entregar la información en los términos requeridos. En efecto, como ha señalado este Consejo en su Decisión A39-09 no basta con la simple alegación de configurarse una causal de reserva, sino que ésta debe probarse por quien la alega debido a que de esta circunstancia dependerá la extinción del deber de entregar la información. En este caso debe considerarse, además, que el número de actos comunicados por el mismo órgano reclamado (80 en total) no parece excesivo como para afirmar que su procesamiento, a través de un sistema informático, distraiga indebidamente a los funcionarios de sus funciones habituales. En consecuencia, la falta de prueba suficiente para respaldar esta afirmación llevará a rechazar esta alegación de concurrir la hipótesis de reserva del artículo 21 N° 1 c) de la Ley de Transparencia” (CPLT A41-09, considerando 3°).

²⁰⁴ Esto se resolvió en una causa en la cual se solicitó al SII un listado con todas las empresas con iniciación de actividades en la Región de Antofagasta. Pese a que se trataba de un elevado número, durante la tramitación del amparo se probó que dicha información era fácilmente accesible mediante el *software* usado por el organismo. Al respecto, el Consejo señaló que “el servicio reclamado reconoce que la información requerida es, por su propia naturaleza, pública y que está en poder de dicho Servicio, no obstante que debe procesarla para entregarla de la forma requerida. Sin embargo, deniega la información en virtud de la causal de reserva o secreto establecida en el artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley de Transparencia, debido a que se trata de aproximadamente información relativa a 25.000 empresas y que esto implicaría que un funcionario debiera dedicar exclusivamente entre 2 a 4 horas para poder confeccionar el listado requerido” y además que “este Consejo Directivo no considera que dicho lapso de tiempo para recopilar la información solicitada signifique una distracción indebida de sus funcionarios y que por esto se vea afectado el debido cumplimiento de las funciones del órgano (CPLT A117-09, considerandos 2° y 3° respectivamente).

²⁰⁵ Artículo 8°: 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.

que sirven de límite al derecho acceso a la información pública, y fue el legislador quien se encargó de hacerlo.

No cualquier derecho afectado puede ser causal de reserva o secreto para que los órganos del Estado rechacen solicitudes de información. De acuerdo al artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia “Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”. Toda vez que la norma es *numerus clausus*, el Consejo ha sido claro: Para rechazar la entrega de información por la causal de la afectación de derechos de las personas, esta debe fundarse específicamente en alguno de estos cuatro derechos que hemos señalado, y que no vale hacerlo fundado en una afectación genérica de los derechos²⁰⁶.

Además de señalar la afectación de derechos concretos, la oposición del tercero a la entrega de la información requiere de señalar la forma concreta en que la divulgación de los datos afectaría sus derechos²⁰⁷. Debemos recordar

²⁰⁶ Al respecto, el Consejo se ha señalado “Que, en el caso que nos ocupa, el tercero involucrado, al momento de oponerse y al evacuar sus descargos, no invoca la eventual perturbación de algún derecho determinado que se ocasionaría con la publicidad de la información pedida ni la forma en que ello se verificaría, sino que se circunscribe a hacer alegaciones genéricas que no son objeto de controversia en esta sede, todo lo cual no permite dar por configurada la afectación de derechos ni la causal contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia” (CPLT A140-09, considerando 5°)

²⁰⁷ Esto se resolvió por ejemplo, en que en una ocasión en que una cadena de farmacias solicitó a la Inspección del Trabajo información relativa a la constitución de un sindicato por sus trabajadores, así como el número de ellos que lo componían y el estado de vigencia de la organización. La Inspección notificó al sindicato en cuestión del requerimiento, el cual se opuso sin expresar las razones. Resolviendo el amparo, el Consejo fallo que “el requisito de expresión de causa, contenido en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, supone la exigencia de una argumentación destinada a evitar la divulgación de la información requerida, producto del daño o afectación que ésta generaría a los derechos del opositor” y además “que en el presente caso, el tercero sólo ha expresado como causa de su oposición la innecesidad de la vía

que conforme al Principio de Apertura o Transparencia, establecido en el artículo 11 letra c) de la Ley 20.285, “toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública”, por lo que quien desea oponerse debe argumentar y probar la causal de excepción y destruir la presunción legal de publicidad, cuestión que veremos en detalle en el acápite 3.2.4.

Otro punto que también es necesario destacar es que el Consejo para la Transparencia ha resuelto, que cuando se pretenda usar esta causal, es imprescindible que la afectación de los derechos de las personas sea precisamente respecto de individuos determinados²⁰⁸. De este modo, si se solicita información general, consolidada o estadísticas, no puede prosperar esta causal de excepción²⁰⁹. Tampoco el órgano de la Administración puede

empleada por el solicitante para acceder a la información requerida... Sin embargo, no ha expresado argumento alguno que de cuenta de una posible afectación de sus derechos por la divulgación de la información requerida, razón por la cual no se ha desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre la información requerida, y no pudiendo presumirse el daño o afectación invocado, tal oposición deberá ser desestimada por carecer de fundamento” (CPLT C153-11, considerandos 5° y 6°)

²⁰⁸ En una ocasión el Colegio de Profesores solicitó a la Municipalidad de Arica información relacionada al número de docentes contratados por la comuna, montos totales pagados de remuneraciones y asignaciones. El Municipio denegó la entrega de los datos alegando la afectación de los derechos de los maestros. El Consejo rechazó dicho alegato, señalando: Que a juicio de este Consejo no resulta pertinente la invocación de dicha causal de reserva, por cuanto, como ya se señaló, la solicitud de acceso no se refiere a información relacionada directamente con alguno de los docentes, al requerirse sólo montos y números totales, según sea el caso, por lo que mal podría su divulgación afectar sus derechos (CPLT C65-10, considerando 17°)

²⁰⁹ En cierta oportunidad, se le solicitó al SERVEL estadísticas sobre la cantidad de militantes de partidos políticos en cada región del país. El órgano rechazó la entrega, entre otras razones, porque esto vulneraría el derecho a la privacidad de los militantes. El Consejo ordenó la entrega de la información: “Que el SERVEL señala que la nómina de afiliados a cada partido político es inseparable de su numeración, por lo que no puede hacer entrega de lo requerido. No obstante en aplicación de los principios de divisibilidad y de facilitación establecidos en las letras e) y f) del artículo 11 de la Ley de Transparencia, respectivamente, no puede entenderse que por el hecho de que la nómina de los afiliados a los partidos políticos sea reservada, dicha causal se extienda necesariamente al número de afiliados, sin que se incorporen otros datos que los hagan identificables, limitándose a constituir meros datos estadísticos” (CPLT C381-09, considerando 4°)

aplicar la causal de afectación de derechos de las personas, si el mismo requirente es el titular de los datos solicitados²¹⁰.

Además, debemos consignar que el Reglamento de la Ley de Transparencia, impone un requisito adicional para denegar requerimientos de información en virtud de la protección de derechos de terceros. El artículo 7° N° 2 dispone que se puede rechazar la entrega “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada, sus datos sensibles o derechos de carácter comercial o económico” -en similares términos que la misma Ley-. A continuación, la norma señala que “se entenderá por tales aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas, en título de derecho y no de simple interés”.

²¹⁰ En una causa contra la Dirección Nacional del Servicio Civil (Alta Dirección Pública), un postulante a un concurso público que no obtuvo el cargo, solicitó los resultados de los exámenes psicológicos que se le habían realizado como parte del proceso. El Servicio denegó la entrega fundado en la afectación de los derechos de las personas, argumentos que fueron rechazados por el Consejo por ser él mismo el titular de los datos solicitados: “Acerca de la afectación de los derechos del propio requirente: En este caso es la DNSC quien invoca la causal constitucional de afectación de los derechos de las personas, prevista también en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia, argumentando que la entrega al requirente de su propia información le afectaría, pues ésta sólo podría revelarse en un entorno clínico y con la asistencia profesional pertinente. Por otro lado, el titular de los informes psicolaborales no sería el postulantes que se refieren, sino la autoridad que solicitó la asesoría profesional para efectuar dicha evaluación. Al respecto debe considerarse que:

a. Aunque el informe haya sido encargado por la DNSC el titular de los datos allí contenidos es la persona a que se refieren dichos datos, en este caso, el postulante requirente. A este respecto es claro el art. 2° ñ) de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos personales, que entiende por ‘titular de los datos’ a ‘la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal’.

b. En consecuencia, el requirente tiene derecho a conocer su evaluación personal, como se consignará en la parte resolutive” (CPLT A29-09, considerando 9°)

Sin profundizar demasiado, podemos señalar que en general los derechos son intereses jurídicamente tutelados. Esto significa que los terceros para poder oponerse a la entrega, deben de manera previa a la solicitud de información, alguna protección por parte del Ordenamiento Jurídico.

Desde el punto de vista procedimental, cuando un servicio público aplica como causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 2, debe aplicar en principio²¹¹ un mecanismo -establecido por el artículo 20 de la Ley de Transparencia²¹² y que trataremos en detalle en el punto 3.2.5 de este trabajo- según el cual si el órgano requerido advierte que de entregar los datos solicitados podrían verse afectados los derechos de terceros titulares de dichos datos, debe notificárseles del requerimiento y de su facultad de oponerse a la entrega. Si estos últimos hacen ejercicio del derecho y se oponen, el órgano

²¹¹ Eventualmente se ha aceptado aplicar la causal del artículo 21 N° 2 sin notificar a los terceros, cuando se hace imposible en la práctica notificarlos a todos por su cantidad. Así ocurrió por ejemplo en la causa A265-09 en que se solicitó a la Tesorería General de la República “la base de datos de las empresas con domicilio en la Región Metropolitana que actualmente se encuentran morosas en el pago de impuestos al valor agregado”. El Consejo denegó el acceso por la causal de protección de los derechos de las personas –esfera de la vida privada, derechos comerciales y económicos- sin que los posibles afectados fueran jamás notificados. Lo mismo se hizo en el caso A211-09 en la cual se solicitó a un Consultorio de la Municipalidad de Peñalolén la lista de “todas las personas diagnosticadas en ese centro de salud de la gripe AH1N1”, en la cual se declaró que los datos eran sensibles y se rechazó la entrega sin notificar a los posibles aludidos.

²¹² Artículo 20.- Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información

quedará impedido de hacerlo, salvo resolución del Consejo. Si no lo hacen, la Ley entiende que consienten en su divulgación.

Hechos estos comentarios preliminares sobre la causal de afectación de los derechos de los terceros en la Ley de Transparencia, revisaremos cada uno en detalle en los próximos numerales.

2.2.2.1 Seguridad

Los derechos que responde a la integridad física y psíquica de las personas no sólo se encuentran garantizados en la Constitución Política de la República, sino también en normativa particular, como por ejemplo la Ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada, el cual garantiza que los datos personales de las personas serán sólo utilizados en la forma adecuada para efectos registrales y estadísticos, y en caso de requerir la debida modificación o eliminación de ciertos datos que sean sensibles y que vean de manera evidente, comprometida su seguridad.

Entre los datos que podrían afectar la seguridad de los terceros, están por ejemplo, su dirección, su nombre completo e incluso su número de cédula de identidad. Este tipo de información podría ser utilizada de manera indebida por terceros y es eso lo que se busca proteger a través de la Ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada.

Los datos sensibles son aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual. En este sentido, el artículo

10 de la Ley N° 19.628 establece que los datos sensibles sólo pueden ser objeto de tratamiento –lo que involucra, entre otras operaciones, su comunicación o transferencia a terceros– cuando una ley lo autorice o media consentimiento del titular.

Uno de los temas más comunes al respecto que ha tratado el Consejo para la Transparencia es la protección de los antecedentes de quienes presentan denuncias ante órganos fiscalizadores, principalmente porque éstos se sienten inseguros ante la divulgación de sus antecedentes, tanto por temor a represalias o por comprometer su fuente laboral, por ejemplo. El amparo presentado ante el consejo Rol A53-09, en contra la Dirección del Trabajo, se estableció que *“...no puede desconocer la naturaleza especial de las denuncias realizadas por los trabajadores ante la Dirección del Trabajo y el riesgo de que su divulgación, así como la de la identidad de los denunciantes o la de los trabajadores que han declarado en un proceso de fiscalización en contra del empleador, afecte su estabilidad en el empleo o los haga víctimas de represalias (especialmente si se mantienen laboralmente vinculados con el mismo empleador).*

En el Estatuto Administrativo, respecto de las denuncias realizadas por los funcionarios públicos, en su artículo 90 letra B en su inciso tercero, establece que la denuncia podrá solicitarse que sean secretos la identidad del denunciante o los datos que permitan determinarla, respecto de terceros, así como la información, antecedentes y documentos que entregue o indique con ocasión de la denuncia. Seguridad funcionarios C323-10 c 13°, C237-10, c 8°

2.2.2.2 Salud

Los datos referentes a la salud son una de las esferas más sensibles en materia de información de terceros. Esta protección se abarca desde el punto de vista de los Derechos Humanos, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su artículo 12, que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias...”*.

En nuestra Constitución Política, en su artículo 19, N° 4, se asegura *“El respeto y protección a la vida privada...”*. Esta garantía se ve plasmada directamente en la mencionada anteriormente ley N° 19.628, la cual da protección civil respecto, por ejemplo, a calificar como confidenciales o reservados los datos e información sobre el estado de salud de las personas. Esta Ley, agregó el artículo 24 al Código Sanitario, norma que dispone lo siguiente: *“Las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos y servicios relacionados con la salud son reservados”* y *“sólo podrá revelarse su contenido o darse copia de ellos con el consentimiento expreso del paciente otorgado por escrito”*.

Es importante señalar que, no obstante la reserva de la información de carácter médico, establecida en la Ley N° 19.628 y en el artículo 127 del Código Sanitario, choca con el derecho que tendría el empleador, según se desprende del artículo 184 del Código del Trabajo, a conocer ciertos aspectos de esa información, a fin de cumplir con su deber de proporcionar condiciones laborales seguras a su trabajador.

De esta manera, los organismos administradores de la Ley 16.744, no están facultados para proporcionar a sus empleadores adherentes los datos de información básica sobre el estado de salud de sus trabajadores, derivado de un infortunio laboral, a fin que puedan cumplir con su obligación legal de

proporcionarles condiciones adecuadas de higiene y seguridad en los lugares de trabajo y, de este modo, proteger su vida y salud.

En este sentido el amparo presentado ante el Consejo para la Transparencia rol C-644-2011, en el cual se solicitó a la Superintendencia de Seguridad Social la copia del Oficio mediante el cual se calificó como enfermedad profesional la afección de un trabajador de una empresa y del expediente que dio origen a dicho oficio. La Superintendencia negó la información pues contenía datos sensibles de dicha persona, en los términos establecidos por el artículo 3º, letra c), del Reglamento de la Ley de Transparencia. En ese sentido también resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 19.628, que dispone que los datos personales sensibles no pueden ser objeto de tratamiento –particularmente en lo relativo a su cesión a terceros–, salvo en tres hipótesis: a) Cuando la Ley lo autorice, b) Cuando exista consentimiento del titular de los datos y c) Cuando sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares. Finalmente se accedió a la entrega de la información en consideración a lo que el trabajador autorizó la entrega de los datos.

2.2.2.3 Esfera de la vida privada

Uno de los derechos de terceros por los cuales el Estado puede denegar la entrega de información en su poder, requerida, es por verse vulnerado el derecho a la privacidad de los ciudadanos. Antes de continuar, es necesario establecer qué debemos entender por esfera de vida privada o privacidad. El Diccionario de la Real Academia Española²¹³ define lo “privado” como lo “que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente” y “que no es propiedad pública ni estatal, sino que pertenece a los particulares” y a la “privacidad” como

²¹³ RAE. 2001. Diccionario de la Lengua Española. Tomo VIII, XXII Edición

el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”. En un sentido similar, la Doctrina nacional ha entendido el concepto de “privacidad” como “el conjunto de asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo”²¹⁴. O sea, el concepto de privacidad está estrictamente relacionado a la intimidad del individuo y al respeto a que parte de su vida no quede al escrutinio público.

Debemos apuntar que nuestra Constitución Política contempla este derecho en el numeral 4° del artículo 19. Señala este que “El Estado garantiza a todas las personas: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

Además de nuestra Constitución, la Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública contiene dos normas atinentes a la privacidad. En primer lugar, el artículo 21 N° 2 que señala como causal de reserva o secreto por la cual se puede denegar el acceso a la información “cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico”.

En segundo lugar, el artículo 33 letra “m” de la Ley señala que dentro de las funciones del Consejo para la Transparencia está “velar por el adecuado cumplimiento de la ley N° 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”.

Dado lo anterior, el Consejo ha basado la interpretación de la causal de reserva o secreto por afectar la esfera de la vida privada, precisamente en las

²¹⁴ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 2004. Derecho Constitucional Chileno, tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. P. 178.

normas de la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada –también denominada Ley de Datos Personales o Ley Dicom-. Debemos consignar que la Ley centra su ámbito de protección únicamente en las personas naturales, ya que su artículo 2° letra “ñ” dispone que es titular de datos personales, “la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal”.

Cuando se trata de información en manos del Estado cuya titularidad corresponde a personas jurídicas, el Consejo ha evitado pronunciarse directamente respecto de si estas pudieran o no tener derecho a la privacidad, y en general ha tratado el tema de la reserva o secreto de sus datos mediante la protección de derechos comerciales o económicos –que trataremos en detalle en el punto 2.2.2.5 de este trabajo- o por la afectación de otros derechos constitucionales²¹⁵. La Corte de Apelaciones de Santiago ha rechazado expresamente que los antecedentes sobre personas jurídicas pudieran estar protegidos como datos personales²¹⁶.

²¹⁵ En una ocasión se solicitó a la Tesorería General de la República la base de datos de “todos los deudores de IVA del la Región Metropolitana”. Esta se negó, y el asunto llegó al Consejo por un amparo. Respecto de los deudores personas naturales se declaró que aplicaba la causal del derecho a la privacidad en aplicación de la Ley 19.628. Respecto de las personas jurídicas deudoras, el Consejo para la Transparencia declaró que se afectaría su honra y por tanto no podía aceptarse su divulgación: “Que respecto de la protección de la honra de las personas jurídicas, este Consejo considera que éstas encuentran protección en nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, su afectación puede constituir una causal para el secreto o reserva de la información, toda vez que el constituyente no ha distinguido entre personas naturales y jurídicas en el encabezado del artículo 19 de la Constitución Política de la República y el la honra respecto de las personas jurídicas se encuentra asociada a su buen nombre, reputación, fama o prestigio frente a los terceros con los que interactúan a objeto de desarrollar sus fines específicos. Al respecto, considera que dicha interacción resultaría afectada con la divulgación de la información, pues su conocimiento impediría el cabal desenvolvimiento de éstas en la vida económica, en tanto diezmaría infundadamente el acceso al crédito de las mismas y la confianza y seguridad de su clientela” (CPLT A265-09, considerando 25°)

²¹⁶ Esto se resolvió en un reclamo de ilegalidad presentado por el Consejo de Defensa del Estado, en el cual se buscaba revertir una decisión del Consejo para la Transparencia sobre la divulgación de una multa a un sostenedor de colegio, el cual era persona jurídica. La Corte señaló “Que en cuanto al argumento que podría afectar derechos de terceros, en realidad el posible tercero involucrado era una persona jurídica, establecimiento educacional, por lo que no cabe a su respecto invocar la Ley 19.628, sobre Protección de Datos Personales [...]” (C.A. Stgo. rol 5.021-2012, considerando 5°).

Debemos destacar que la Ley 19.628, además de normas generales aplicables al tratamiento de datos en general, contiene un Título IV, denominado “Del Tratamiento de Datos por los Organismos Públicos”, con dos artículos que conviene destacar.

El artículo 20 dispone que “El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”²¹⁷. Respecto al tratamiento de datos personales, esto significa que los órganos del Estado no pueden almacenar información de personas naturales, que no guarde relación directa con su competencia y atribuciones.

El artículo 21 establece que “Los organismos públicos que sometan a tratamiento datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o cumplida o prescrita la sanción o la pena. Exceptúase los casos en que esa información les sea solicitada por los tribunales de Justicia u otros organismos públicos dentro del ámbito de su competencia, quienes deberán guardar respecto de ella la debida reserva o secreto...”.

Además de dichas disposiciones, la Ley de Protección de la Vida Privada contiene dos distinciones fundamentales que ha usado el Consejo para la Transparencia como herramienta interpretativa para determinar si la entrega de información sobre personas, pedida a través de la Ley de Transparencia- afecta o no el derecho a la privacidad de los titulares. En primer lugar, están los “datos

²¹⁷ Entendemos que esta norma no es más que un reflejo del Principio de Clausura del Derecho Público establecido en el artículo 7° de la Constitución según el cual “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. Dicho de otro modo, en el Derecho Público los órganos del Estado pueden hacer solamente aquello para lo que están expresamente permitido por el Ordenamiento Jurídico.

personales” propiamente tales y los llamados “datos personales sensibles”. En segundo lugar entre las denominadas “fuentes de datos accesibles al público” y, las fuentes de información que no lo son.

2.2.2.3.1 Datos Personales y Datos Personales Sensibles

El artículo 2° de la Ley 19.628, en sus letras “f” y “g” distingue entre los “datos de carácter personal o datos personales” propiamente tales y los denominados “datos personales sensibles”.

Los primeros son “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”. Los segundos son “aquellos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.

Entre ambas categorías existen dos diferencias básicas. Los “datos personales” pueden ser tantos como alcance la imaginación, en cambio, los “datos personales sensibles” son una lista acotada establecida por la Ley. Más importante aún, la Ley les reconoce diferente nivel de protección en lo que respecta a su tratamiento.

El artículo 10° de la Ley 19.628 establece normas taxativas respecto de los datos personales sensibles. Señala este que “no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”.

En virtud de dicha disposición es que el Consejo ha fallado que cuando se solicita .a través de la Ley de Transparencia- a los órganos de la

Administración, información de personas que tenga carácter sensible, no corresponde entregarla y debe aplicarse la causal de excepción del artículo 21 N° 2 de la protección de la esfera de la vida privada²¹⁸.

Lo anterior no significa que todo lo que los órganos de la Administración consideren como datos sensibles lo sean. Esta declaración puede ser revisada y revertida por el Consejo mediante un amparo²¹⁹.

La única excepción que reconocemos respecto a datos sensibles en la jurisprudencia del Consejo, está en el ejercicio del denominado “*habeas data* impropio” ante un órgano de la Administración. Esto es, cuando una persona solicita al organismo información sobre sí misma. Tal como veremos en el punto 2.3.4.2 de este trabajo, las veces en que se ha producido esta situación el Consejo ha fallado de manera reiterada que no tiene sentido denegar a las personas información sobre ellas mismas en virtud del derecho a la privacidad.

²¹⁸ A modo de ejemplo, en una ocasión se le solicitó a un Consultorio de la comuna de Peñalolén un listado de las personas diagnosticadas con una enfermedad en dicho centro de salud. Presentado el amparo, se rechazó la entrega por ser el estado de salud un dato de carácter sensible: “Que este Consejo Directivo estima que la información requerida, esto es, un listado con los nombres y domicilios de las personas diagnosticadas con AH1N1, se enmarca dentro de lo que la Ley de Protección de Datos Personales define como datos sensibles, toda vez que se refieren a estados de salud físico de las personas” (CPLT A211-09, considerando 25°).

En otra oportunidad, se solicitó al SERVEL las nóminas de militantes de los partidos políticos. Entre otras razones, el órgano denegó la entrega ya que las ideologías y opiniones políticas son datos de carácter sensible. El Consejo confirmó dicha argumentación y rechazó la entrega señalando “Que al tenor de las normas precitadas, la afiliación política resulta ser un dato sensible, que se encuentra disponible en una fuente no accesible al público, en poder del SERVEL, lo que, como regla general, impide su tratamiento y por tanto su comunicación...” (CPLT C381-09, considerando 3°).

²¹⁹ En una oportunidad se solicitó al Servicio de Salud de Osorno la nómina de los beneficiarios de la provincia del Programa de Reparación y Atención Integral de la Salud para los familiares de Detenidos Desaparecidos y Ejecutados Políticos (PRAIS). El Servicio denegó la información aduciendo que se trataba de datos sensibles en conformidad con la Ley 19.628. El Consejo en el amparo C446-09 resolvió que la lista de nombres no tenía carácter sensible, por lo que la discusión giró en torno a si los datos personales estaban o no en una fuente accesible al público y finalmente ordenó la entrega de lo solicitado.

La razón es que la Ley de Protección de la Vida Privada señala que la titularidad de los datos es precisamente de la persona a la que estos se refieren y además, que los titulares tienen el derecho a solicitar dicha información sobre sí mismos a las bases de datos.

Respecto de los datos que no tienen carácter sensible o “datos de carácter personal” propiamente tales, el artículo 9° de la Ley 19.628 dispone que “los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”.

En razón de esta norma el Consejo ha establecido que cuando se requiere a la Administración datos no sensibles de personas determinadas, para decidir si se puede aplicar o no la causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia de protección de la privacidad, es menester distinguir si dicha información está o no en una fuente de datos accesible al público²²⁰.

²²⁰ Debemos consignar que en algunos casos para establecer si procede la causal del reserva o secreto de protección de la esfera de la vida privada, además de determinar si el dato es o no sensible, y de si la fuente es o no de acceso al público, el Consejo ha utilizado otras herramientas como el “test de interés público” y el “test de daño”. A modo de ejemplo, en una oportunidad se solicitó a la PDI información respecto de las entradas y salidas del país de una persona determinada. El asunto llegó al Consejo, el cual determinó que dicha información no era un dato sensible, que había sido recolectada de una fuente no accesible al público, y además que no se había logrado acreditar un interés público en publicitar la información: “Que, por otra parte, al constituir lo requerido datos personales referentes a una persona natural hay que realizar un balance entre ambos derechos fundamentales, esto es, el derecho a la vida privada y el derecho fundamental de acceso a la información pública (artículo 19 N° 12). Realizando dicho test se puede establecer que no se ha acreditado qué interés público reviste la información solicitada en este caso, de manera de ponderar éste con la protección de la esfera de privacidad que legítimamente le corresponde a la persona natural titular de los datos requeridos” (CPLT A86-09, considerando 7°).

2.2.2.3.2 Fuentes Accesibles al Público

El artículo 2° letra “i” de la Ley 19.629 define que son las fuentes accesibles al público. Señala este que son “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”. La norma es clara, en el sentido que las fuentes de datos accesibles al público pueden ser públicas o privadas²²¹.

La importancia que los datos estén en una fuente accesible a la comunidad en general, radica en que el inciso 5° del artículo 4° de la Ley 19.628 determina que en estos casos no se necesita permiso del titular para recolectar los datos ni almacenarlos. Señala la norma que “no requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios”.

Basado en el hecho que si los datos ya están a disposición del público por encontrarse en una fuente de tales características, es que el Consejo para la Transparencia ha fallado que si se trata de datos no sensibles, no se puede argumentar una vulneración al derecho a la privacidad y por tanto, ante un

²²¹ Un ejemplo de lo que podría considerarse como una fuente de acceso público son las bases de datos del Registro Civil, donde cualquier ciudadano puede acudir a pedir certificados. En este sentido, el Consejo ha fallado que la base de datos del Registro Nacional de Vehículos Motorizados, dependiente de dicho órgano, tiene carácter público y por tanto se puede acceder a ella vía Ley de Transparencia (CPLT C368-11)

requerimiento de información pública, no se puede aplicar la causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 2 de protección a la esfera de la vida privada²²².

A contrario sensu, cuando los datos personales no sensibles no se encuentran disponibles en fuentes accesibles al público, la situación es totalmente distinta. El artículo 7° de la Ley 19.628 establece que “las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público...”.

En virtud de dicha norma es que el Consejo ha establecido de manera reiterada que los datos personales no sensibles, si no están en una fuente accesible al público, no tienen carácter público, no pueden ser entregados por los organismos públicos ante requerimientos de información pública y corresponde aplicar la causal de reserva o secreto de protección a la esfera de la vida privada del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia²²³.

²²² Esto se falló por primera vez en una causa en que solicitó al Ministerio de Educación la nómina de las personas beneficiadas con la beca de continuación de estudios establecida por la Ley 19.992 de 2004, por haber sido reconocidas como víctimas de prisión política o tortura por la denominada “Comisión Valech”. El órgano denegó la información en virtud del derecho a la privacidad de los beneficiarios. Toda vez que la nómina de las víctimas reconocidas por la Comisión es pública por expreso mandato del artículo 15 de la Ley 19.992, y más aún está disponible en varios sitios web estatales, el Consejo consideró que la fuente era de acceso público y ordenó la entrega de la información: “Que, por otra parte, las nóminas de las víctimas de ciertas violaciones a los derechos humanos que podrían ser beneficiarios de este programa, como es el caso de los reconocidos por la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura, se encuentran a permanente disposición del público en diversos sitios webs, con nombres completos y RUT, al igual que aquellas reconocidas por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, indicándose el nombre completo de éstas en el sitio web del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, motivo por el cual son datos de carácter personal que se encuentran en fuentes accesibles al público, por lo que, de acuerdo al inciso 5° del artículo 4° de la Ley N° 19.628, su tratamiento no requiere autorización de su titular...” (CPLT C333-10, considerando 11°)

²²³ En este sentido, en una ocasión se le solicitó a la USACH la nómina de alumnos que habían cursado la carrera de medicina en un lapo de tiempo determinado. Ante la falta de respuesta del órgano se presentó un amparo ante el Consejo para la Transparencia. Este último rechazó la entrega de lo solicitado y resolvió “Que, en el presente caso se advierte que lo requerido en el

En este sentido, debemos destacar que es irrelevante si la fuente de los datos por la cual el órgano de la Administración obtuvo la información es de carácter estatal o privado, ya que para aplicar la causal de reserva o secreto de la protección de la vida privada, lo que importa simplemente es que la fuente sea accesible al público o no²²⁴.

A modo de cierre, debemos señalar que la propia Ley de Transparencia contempla la existencia de fuentes accesibles al público. Esto está relacionado a la transparencia activa, y en especial al deber que tienen los organismos públicos de publicar en sus sitios web las transferencias de fondos que realizan a las personas sin contraprestación, los actos administrativos con efectos sobre

literal a) de la solicitud, esto es, nómina de los alumnos de la carrera de medicina, por semestre, desde el año 2000 (ingreso) hasta el 2008 (egreso), corresponde a información que contiene datos de carácter personal de terceros distintos al reclamante, en los términos dispuestos por el literal f) del artículo 2º de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, toda vez que tal información supone divulgar el nombre, carrera universitaria y casa de estudios de determinadas personas naturales, vale decir, se trata de información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” y además señaló “Que, de igual forma, resulta aplicable en la especie el deber de secreto previsto en el artículo 7º de la citada Ley N° 19.628, según el cual ‘Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo’, por cuanto no se observa que la información solicitada haya sido recolectada por la USACH de una fuente accesible al público, sino de sus propios titulares con ocasión de la relación contractual que mantienen con dicha casa de estudios” (CPLT C901-11, considerandos 5º y 11º respectivamente).

²²⁴ Sobre el particular, en una causa se requirió a la Superintendencia de Salud la nómina de cotizantes de una Isapre determinada, petición rechazada por el órgano. Durante la tramitación del amparo se logró acreditar que la nómina solicitada existía, no obstante dicha información había sido recolectada por la Superintendencia a través de informes periódicos de las Isapres, por lo que el Consejo rechazó la entrega en virtud de la causal de protección a la privacidad del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia: “Al tratarse de datos aportados directamente por las Isapres a la Superintendencia de Salud, y al no constituir información que deba mantener disponible al público, se descarta la aplicación del artículo 4º inciso 5º de la Ley N° 19.628, como alega el reclamante, por cuanto dichos datos no obran en poder de la Superintendencia eclamada por haber sido recolectados de fuentes accesibles al público” (CPLT C351-10, considerando 10º-b)

terceros y en general, los subsidios y beneficios sociales que entreguen²²⁵. En este sentido, ya que existe el deber de publicar las nóminas de beneficiarios y las páginas de internet de los servicios públicos están abiertas a toda la comunidad, todo lo relacionado a dichas prestaciones de carácter social –salvo que sean datos sensibles- debe considerarse como público y a lo cual puede accederse mediante el ejercicio del derecho de acceder a la información pública²²⁶.

²²⁵ Artículo 7°.- Los órganos de la Administración del Estado señalados en el artículo 2°, deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados, al menos, una vez al mes:

f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios.

g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.

i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución.

No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

²²⁶ El Consejo ha manifestado que existe un interés público en la adjudicación de fondos públicos y por tanto se requiere mayor publicidad a fin de permitir un control social de los mismos. En este sentido, ha fallado que en estos casos se puede publicar hasta el RUT de los beneficiarios.

Así, en una ocasión se solicitó al Ministerio del Interior la lista de beneficiarios de pensiones de gracia otorgadas por el Gobierno a los ex trabajadores del Puerto de Arica a fin de sellar un conflicto laboral con estos. El Ministerio denegó la entrega por la causal del artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia. El Consejo ordenó la entrega, señalando “Que, si bien es cierto, el número de cédula nacional de identidad, o RUT, así como la información relativa a edad y cantidad de años desempeñados en el ámbito marítimo portuario por cada uno de los 120 beneficiarios de las pensiones de gracia otorgadas a ex trabajadores portuarios del Puerto de Arica, constituyen información de carácter personal o datos personales, conforme a lo dispuesto en la letra f) del artículo 2° de la Ley N° 19.628, ésta cede ante el interés público y al control social que debe ejercer la comunidad respecto al proceso de selección de los beneficiarios y adjudicación de tales pensiones, a fin de verificar que éstas hayan sido efectivamente otorgadas a los destinatarios de tal beneficio, razón por la cual el órgano requerido deberá proporcionar al requirente tal información, no concurriendo en la especie la causa de reserva prevista en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia” (CPLT C831-10, considerando 9°). En idéntico sentido, puede verse la causa contra SERCOTEC C958-10.

2.2.2.3.3 La privacidad de los servidores públicos

Dentro de la causal de excepción de la esfera de la vida privada, un tema que ha causado fuerte controversia es la publicidad de la información relativa a aquellos ciudadanos que tienen una relación de subordinación y dependencia con el Estado al ejercer un cargo o función pública. Nos referimos tanto a los funcionarios así como a los servidores públicos en general.

La Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública estableció como uno de sus pilares fundamentales la denominada transparencia activa, esto es la obligación para los órganos del Estado de publicar información en su sitios web, y señala expresamente en su artículo 7° letra “d”, que debe publicarse “la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones”. En otras palabras, hay dos datos sobre el personal contratado por el Estado que son *a priori* públicos y que los organismos deben poner en internet: los nombres y las remuneraciones.

Establecido lo anterior, nos surge la duda de si otros datos relativos a los trabajadores del sector público, podrían ser de libre acceso a la ciudadanía mediante el ejercicio del derecho de acceder a la información pública, o por el contrario, estarían protegidos por la causal de reserva de la protección a la esfera de la vida privada del artículo 19 N° 2 de la Ley de Transparencia.

El Consejo para la Transparencia ha establecido un principio claro. La esfera de intimidad de los funcionarios públicos está más delimitada que la del resto de los ciudadanos, ya que existe un interés público en controlar su actuación²²⁷.

²²⁷ Este criterio se sentó tempranamente por el Consejo en una causa contra la Municipalidad de Vitacura. Una Junta de Vecinos solicitó al Municipio copia de los sumarios administrativos a los que habían sido sometidos funcionarios de la comuna. El órgano se negó basado entre otras razones, en el artículo 21 N° 2 de la Ley 20.285. El Consejo dispuso: “Que, además, la

Basado en esa premisa, se ha desarrollado una nutrida jurisprudencia respecto a la información de los servidores públicos, que se puede requerir usando los mecanismos y procedimientos de la Ley 20.285. Ha resuelto reiteradamente que en general es pública toda la información relacionada al ingreso, permanencia y cese de los cargos públicos en la Administración²²⁸, según veremos a continuación.

En primer lugar, es pública toda la información de los funcionarios relativa a su ingreso a las filas de un órgano público. De este modo, son públicos sus *curriculum vitae*²²⁹, sus certificados de título que acrediten estudios²³⁰ y sus declaraciones de intereses y patrimonio²³¹.

supuesta afectación de la honra de los funcionarios sancionados no puede ser fundamento suficiente para reconocer que la publicidad de tal expediente sumarial ni del informe en derecho toda vez que las personas involucradas, en cuanto funcionarios públicos, poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen, prevaleciendo en tal caso el interés público en conocer si existieron irregularidades en un órgano de la Administración del Estado, si dicho órgano tomó las medidas pertinentes para investigar y sancionar, en su caso, a los responsables y reparar los daños que dichas irregularidades pudieren haber causado” (CPLT A47-09, considerando 7°). En el mismo sentido, A91-09, A181-09, C434-09.

²²⁸ En este sentido, se ha señalado por “Que atendida a la función que desempeñan los funcionarios públicos, íntimamente ligada a la función que desarrolla las respectivas instituciones en que laboran..., es que están regulados por estatutos y principios especiales, entre ellos el de transparencia. De ahí que, por regla general la información relativa a los funcionarios públicos resulta pública, tanto en relación a aspectos relacionados a su ingreso a la Administración Pública (así lo ha señalado este Consejo en las decisiones de los amparos A107-09, A111-09 y A186-09), a su permanencia en la misma (ver artículo 7°, letra d) de la Ley de Transparencia y artículo 51, letra d) de su Reglamento) y el cese de sus funciones, por cuanto, según se señaló en el considerando 7), letra b. de la decisión recaída sobre el amparo A107-09 ‘En el caso del postulante designado y que actualmente se encuentra ocupando un cargo de funcionario público, su privacidad siempre se verá mellada, como resultado de que ejerce una función pública, que se ejerce en forma transparente’” (CPLT C48-10, considerando 6°)

²²⁹ Esto se dio por primera vez en un caso en que una persona que no calificó para un empleo, solicitó los *curriculum* de los miembros del Directorio de la Corporación Municipal de Talagante y de una psicóloga que había participado en la selección. La entidad rechazó la entrega en base al derecho a la privacidad de los funcionarios, decisión revertida por el Consejo: “Que si bien el *currículum vitae* contiene datos tales como el domicilio, RUT, trayectoria profesional y académica, datos de contacto, entre otros, los cuales constituyen datos personales atendida la

definición de éstos en el artículo 2º, letra f), de la Ley 19.628, sobre protección de la vida privada, y conforme a su artículo 4º, en relación a su artículo 20, dichos datos sólo pueden ser tratados o comunicados por los órganos de la Administración del Estado, fuera de sus competencias, previo consentimiento de su titular, tratándose del currículum vitae de aquel personal empleado en los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, sólo el acceso a dicha información permite a la ciudadanía evaluar las capacidades de la persona seleccionada para desempeñar su labor, resguardando el adecuado ejercicio de las funciones públicas” (CPLT C95-10, considerando 11º). El Consejo repitió el mismo criterio en la causa C221-10, cuando una ciudadana que no fue seleccionada para el programa Becas Chile de CONICYT, requirió al organismo los *curriculum vitae* de los académicos que hacían de evaluadores.

²³⁰ Esto sucedió en un caso en que se le pidieron a la Dirección de Vialidad del MOP copia de los certificados de título profesional de 3 funcionarios. El Consejo ordenó la entrega, sosteniendo “Que para poder ejercer un cargo público del estamento profesional, la persona que postula al respectivo concurso público debe contar con un título profesional o técnico idóneo para el cargo, como requisito esencial según lo dispuesto en el art. 12 del Estatuto Administrativo. Por lo tanto, uno de los documentos que sirve como sustento o complemento directo y esencial del acto o resolución de nombramiento de un funcionario en el estamento profesional es el certificado de título respectivo, siendo, éste, entonces, un documento de carácter público” y adicionalmente señaló “Que, aun si la divulgación de los certificados de título profesional de los funcionarios del órgano reclamado, afectare su vida privada en alguna medida, el beneficio de divulgar la información requerida es mucho mayor que mantenerla en reserva, pues permite a la ciudadanía conocer si los funcionarios que han sido designados en cargos de estamento profesional cumplen con los requisitos para haber ingresado a la administración Pública, y si les corresponde percibir la asignación pecuniaria especial por revestir dicha calidad” (CPLT A247-09, considerandos 9º y 14º respectivamente)

²³¹ Debemos recordar que la Constitución contempla en el inciso 3º de su artículo 8º “el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública”. Por su parte, el artículo 57 de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado señala cuales funcionarios deben realizar dichas declaraciones: “El Presidente la República, los Ministros de Estado, los Subsecretarios, los Intendentes y Gobernadores, los Secretarios Regionales Ministeriales, los Jefes Superiores de Servicio, los Embajadores, los Consejeros del Consejo de Defensa del Estado, el Contralor General de la República, los oficiales generales y oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y niveles jerárquicos equivalentes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Alcaldes, Concejales y Consejeros Regionales deberán presentar una declaración de intereses, dentro del plazo de treinta días contado desde la fecha de asunción del cargo Igual obligación recaerá sobre las demás autoridades y funcionarios directivos, profesionales, técnicos y fiscalizadores de la Administración del Estado que se desempeñen hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente”.

El Consejo ha fallado que son públicas las declaraciones de dichos funcionarios. En este sentido, en una causa contra la Universidad de Los Lagos se falló “Que, sobre este punto y a mayor abundamiento, cabe recordar que la función pública debe ejercerse favoreciendo el interés general por sobre los intereses particulares, constituyendo la obligación elevada a rango constitucional que hemos citado, de declarar sus intereses y patrimonios de forma pública, un mecanismo para prevenir, por una parte conflictos de intereses, y, por otra, transparentar la evolución patrimonial de los directivos públicos, en el contexto de permitir un ejercicio de la

Un asunto que ha llegado numerosas veces al Consejo respecto al ingreso de los funcionarios al aparato estatal, ha sido la publicidad de los concursos públicos para proveer personal. Nos referimos en especial a los antecedentes que tuvieron que presentar los candidatos, a los resultados de los *test* laborales o psicológicos y a las entrevistas a los postulantes. Partiendo de la base que dicha información es pública porque está en manos del Estado según el artículo 5° de la Ley de Transparencia, surge la duda de si puede aplicarse la causal de protección de la vida privada.

El Consejo ha establecido una triple distinción, basado en el principio en que los funcionarios tienen una vida privada más acotada que el resto de los ciudadanos. Según lo anterior, la información de los postulantes que ganaron el respectivo concurso y se convirtieron en funcionarios es pública²³² ya que existe un interés público de por medio en conocer los motivos de su designación²³³. La información respecto a los candidatos que no fueron seleccionados no reviste

función pública más transparente, con un mayor control ciudadano” (CPLT C444-10, considerando 10°)

²³² En una causa contra el SII, un postulante a un concurso que no fue seleccionado solicitó al órgano conocer el puntaje y los antecedentes de los postulantes que conformaron la terna final y específicamente del ganador. El servicio se negó alegando el derecho a la privacidad del artículo 21N °2 de la Ley de Transparencia. El Consejo se resolvió “Que en lo que se refiere el contenido de los informes de los candidatos seleccionados para el cargo al que postuló el reclamante, dicha petición debe evaluarse considerando que tales informes han sido un antecedente fundamental para que dichos candidatos integran la nómina para el cargo al que éstos postularon y para que luego fueran designadas. Dicha designación transforma a los candidatos seleccionados en funcionarios que desempeñan funciones públicas, lo que es de evidente interés público pues el ejercicio de dichas funciones interesa a toda la comunidad. Por lo mismo, esta condición supone un estándar de escrutinio público en el que la privacidad debe ceder en pos del necesario control social que debe ejercerse, en primer lugar, respecto a los procesos de selección y nombramiento de tales cargos y, luego, en el ejercicio de su función, que también estará sujeta al principio de transparencia de la gestión pública” (CPLT A111-09, considerando 9°-b)

²³³ En una causa contra el Servicio Civil (Alta Dirección Pública) se falló que “Aplicando nuevamente el test de daño, y considerando que la identidad de la persona seleccionada es un dato ya conocido, se estima que el interés público justifica que se conozcan los antecedentes que acreditan el cumplimiento de los requisitos y perfiles necesarios para haber sido designada en dicho cargo, en conformidad con la normativa que regula la materia. Por lo anterior, en este punto se accederá a la entrega de la información solicitada” (CPLT A29-09, considerando 10°-c)

carácter público²³⁴. Por último todos los postulantes tienen derecho a acceder a la información sobre sí mismos ya que tienen la titularidad de los datos, según veremos en el acápite 2.3.4.2 de este trabajo.

En segundo lugar, es pública toda la información respecto a la permanencia de los funcionarios en la Administración. De este modo, se ha fallado que son públicas sus calificaciones²³⁵, viáticos y horas extras²³⁶ y sus registros de asistencia²³⁷. En tercer lugar, también tiene carácter público todo lo relativo al

²³⁴ En la misma causa citada anteriormente contra el SII se trató el punto respecto de los datos de los postulantes que quedaron en el camino. Señaló el Consejo “Que, en cuanto a información de las personas que han participado del referido concurso y que no han sido seleccionadas en el cargo, este Consejo ha reconocido en la decisión A29-09 que el ámbito de privacidad de éstas está más protegido que respecto de un postulante que ha sido designado como funcionario público. En este sentido, en la decisión citada, este Consejo consideró la jurisprudencia del IFAI ya señalada en el considerando 8° c), optando, en este caso, por la reserva, toda vez que *‘la divulgación de los datos curriculares así como la información relativa a la decisión personal de concursar en una plaza y los resultados obtenidos por un individuo que no resultó ganador queda fuera de los objetivos de la Ley, ya que dicha información no trasciende al ámbito público y, en consecuencia, su difusión no contribuye a transparentar la gestión pública ni propicia la rendición de cuentas’*” (CPLT A111-09, considerando 10°)

²³⁵ Al respecto el Consejo ha fallado reiteradamente que existe un interés público en conocer dichas calificaciones, razón por las cuales esta información debe gozar de publicidad. Así, en una causa contra el MINVU se señaló “Que, por otro lado, no hay duda del interés público que tienen las calificaciones funcionarias como mecanismo de rendición de cuentas no sólo ante las jefaturas, sino también ante la sociedad (CPLT A10-09, considerando 11°). Idéntico criterio en CPLT A126-09 contra FONASA.

²³⁶ Sobre el particular, en una causa contra la Dirección del Trabajo de la Región de Valparaíso se falló que tanto viáticos como horas extras son información pública. El Consejo dispuso que “Que respecto a la segunda y tercera solicitud del reclamante, esto es, los nombres de los 10 funcionarios que percibieron mayor cantidad de viáticos en el primer semestre de 2009 y el monto total y lo mismo respecto de las horas extras, cabe señalar que: a) En ambos casos se trata de información relativa a asignaciones que pueden percibir los funcionarios públicos, la que de acuerdo a lo establecido en los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia es a todas luces pública. En ningún caso se trata de información sobre la vida privada de las personas que han percibido dichas asignaciones sino que, por el contrario, es información relativa a las labores que estos realizan como funcionarios públicos y que se pagan con cargo al presupuesto público” (CPLT A323-09, considerando 5°)

²³⁷ Por ejemplo, en una ocasión se le solicitó a la Municipalidad de Algarrobo diversa información respecto a la Secretaria Municipal. El órgano denegó la solicitud por supuestos problemas de forma en el ingreso del requerimiento, por lo que se presentó un amparo. El Consejo, conociendo el fondo del asunto, resolvió “Que, por otra parte, respecto del control de asistencia de doña ..., resulta aplicable a este caso lo resuelto en la decisión de amparo C209-10, que, en términos generales, concluye que todos los funcionarios municipales se encuentran

cese de las funciones de un funcionario, más aún si ha salido de la Administración por causas excepcionales²³⁸.

Son pocos los casos en que Consejo para la Transparencia ha denegado la entrega de información sobre funcionarios públicos. Lo ha hecho cuando se trata de datos personales sensibles²³⁹, y por lo general también ha rechazado la publicidad del RUT y los domicilios particulares de los servidores públicos²⁴⁰.

Adicionalmente, debemos consignar que el Consejo ha establecido que como regla general, cuando se realiza un requerimiento de información sobre antecedentes de funcionarios específicos, a estos últimos no debe aplicárseles

obligados a registrar su asistencia a través del sistema que la autoridad respectiva haya establecido, y pese a reconocer que los datos contenidos en el registro de control constituyen datos personales de la funcionaria individualizada, pues contiene información concerniente a una persona natural identificada; se trata de una persona que realiza una función pública relevante, lo cual, en virtud de lo establecido en los artículos 5° y 10 de la Ley de Transparencia, otorga a los registros en cuestión la naturaleza de información pública que ha sido elaborada por un órgano de la Administración del Estado” (CPLT C674-10, considerando 6°)

²³⁸ Al respecto, hemos visto latamente en el punto 2.1.3.2 que los resultados de un sumario administrativo son públicos, más aún cuando concluyen con una sanción contra el funcionario.

²³⁹ En una oportunidad se solicitó a la USACH entre otros datos, información sobre las licencias médicas que habían tomado sus académicos y funcionarios en un período de tiempo. El asunto llegó ante el Consejo por un amparo, que resolvió que por tratarse de información sensible, no podía entregarse: “Que en relación con los motivos del otorgamiento de licencias a los funcionarios este Consejo estima que no debe entregarse dicha información por referirse a estados de salud de las personas, en conformidad con el art. 2°, letra g), de la Ley N° 19.628, de 1999, sobre protección de datos personales, pues los estados de salud físicos o psíquicos de una persona son considerados datos sensibles. No se ve problema, en cambio, respecto de informar sus fechas” (CPLT C533-09, considerando 4°)

²⁴⁰ En el caso del RUT y domicilio, se ha denegado su entrega pero por diferentes razones. En cierta ocasión de le ha considerado como un dato sensible (A323-09), aunque también que es un dato no sensible pero recogido de una fuente no accesible al público (A10-09). Lo que hay que destacar, es que ambos datos no guardan relación alguna con las funciones que ejercen los servidores públicos, por lo que en principio, no hay un interés público que justifique publicar dicha información.

el procedimiento del artículo 20 de la Ley de Transparencia de notificarles su derecho a oponerse a la entrega de la información²⁴¹.

Como comentario final debemos señalar que la Jurisprudencia ha establecido claramente que no hay razones en hacer diferencias en lo respecto de las publicidad de los antecedentes sobre personas que mantienen distintos tipos de vínculos laborales con el Estado. En este sentido se ha tratado por igual a los funcionarios de planta, de aquellos que están a contrata u honorarios. Tanto el Consejo para la Transparencia²⁴² como la Corte de Apelaciones de Santiago²⁴³ han tratado explícitamente este punto, declarando

²⁴¹ Por ejemplo en un causa contra la USACH se resolvió: “Que considerando que la información sobre los antecedentes de las personas indicadas en el requerimiento se refiere a funcionarios públicos se estima, en principio, que el Rector de la USACH no debió proceder a aplicar el procedimiento del art. 20 de la Ley de Transparencia, ya que la mayoría de la información requerida es relativa a la función pública que ejercen dichos funcionarios, no debiendo entenderse que el conocimiento de dicha información pueda afectar sus derechos, pues por definición constitucional dicha función debe ejercerse con transparencia” (CPLT C533-09, considerando 2°).

²⁴² En una ocasión una profesional solicitó a CONICYT información de por qué no había obtenido una beca para estudiar un magister en el extranjero, así como la información de los académicos evaluadores. El órgano rechazó la información basado en la privacidad de los expertos, ya que ellos no cumplían funciones dentro de CONICYT sino que realizaban “esporádicamente” labores de evaluación a honorarios. El Consejo finalmente ordenó la entrega de los datos requeridos basado en “Que la labor de evaluar a los postulantes mejor capacitados para obtener el beneficio de alguna de las becas otorgadas con fondos públicos, requiere la intervención de un grupo de profesionales expertos en las respectivas áreas o materias de interés. Sin duda, estos últimos cumplen una función pública, siendo por lo demás remunerados por su tarea con fondos públicos, siendo, además, de la mayor relevancia –atendido el desempeño de su rol como evaluadores de becas financiadas con recursos del Estado– conocer sus competencias e idoneidad para tal efecto” (CPLT C221-10, considerando 6°)

²⁴³ Conociendo un reclamo de ilegalidad presentado por CONICYT contra la resolución del Consejo para la Transparencia del amparo C221-10, la Corte señaló “Que en cuanto al argumento de la parte recurrente en el sentido que los evaluadores no desempeñan una función pública y que por ende no hay obligación a la entrega de información a su respecto, lo anterior por el especial régimen de trabajo, con servicios esporádicos, sin un horario establecido, en un sistema que no necesariamente requiere de su presencia en CONICYT, argumento éste que, en la especie, pierde su sustento desde que se trata de su especial interpretación, por cuanto, para desvirtuar este argumento, basta con señalar que estos expertos que participan en los procesos de evaluación de las postulaciones a becas de postgrado en concursos cuya ejecución está a cargo de CONICYT, perciben honorarios que son pagados con fondos públicos, hay un vínculo contractual con la administración del Estado” (C.A. Stgo. rol 320-2011, considerando 6°)

que basta con percibir honorarios con fondos públicos para considerar que se ejerce una función pública y por tanto, se tiene una esfera menor de intimidad que el resto de los ciudadanos.

2.2.2.4 Derechos Comerciales o Económicos

Finalmente, los últimos derechos de los terceros que sirven como límite al acceso a la información pública son los denominados derechos comerciales o económicos. En este caso se trata de información sobre personas o empresas determinadas que está en manos de la Administración, consistente en secretos comerciales, o en información relativa a la capacidad para competir efectivamente en el mercado²⁴⁴. En derecho comparado, también se le suele denominar como secreto empresarial o *bussines secret*.

Esta causal haya su fundamento en que los agentes económicos deben poder mantener cierto nivel de reserva de su información para poder ser competitivos en el mercado. En este sentido, si las empresas estuvieran obligadas a poner a disposición del público todos los antecedentes de sus negocios, no valdría la pena invertir en desarrollar nuevos negocios o productos. Del mismo modo, si las estructuras de costos y ganancias fueran públicas, y por tanto se conociera el riesgo que implica cada negocio, los mercados dejarían de ser atractivos para los emprendedores.

Toda vez que esta excepción está destinada a proteger intereses privados, no puede aplicarse el secreto empresarial cuando se trata de información relacionada a las finanzas del Estado, a subsidios o beneficios

²⁴⁴ Acces Info. Ob. Cit. P. 9.

basados en el presupuesto público ni en general a nada relacionado a propiedad fiscal²⁴⁵.

Nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce la protección del secreto empresarial en diversos cuerpos normativos. Por ejemplo, nuestro Código Penal tipifica la divulgación fraudulenta de secretos de fábrica²⁴⁶, la Ley 19.039 de Propiedad Industrial contempla en sus artículos 86 y siguientes, la posibilidad de demandar civilmente al culpable de violación al secreto empresarial. Asimismo, el Código Tributario contempla en su artículo 35 la reserva que deben mantener los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos sobre las declaraciones de renta²⁴⁷.

La causal de protección de derechos comerciales y económicos, ha sido analizada por el Consejo principalmente en relación a temas relacionados a la propiedad intelectual e industrial, y en menor medida, respecto de la publicidad de las deudas que se tienen con el Fisco -las obligaciones tributarias-.

En relación al primer tema, el Consejo para la Transparencia ha establecido de manera reiterada que para su procedencia frente a

²⁴⁵ FÖLDES, ÁDÁM. 2007. Freedom of Information in anti-corruption work. Seminario internacional de litigio estratégico en Acceso a la Información, Santiago de Chile, 7 y 8 de junio de 2007 [en línea] <<http://www.proacceso.cl/files/Adam%20Foldes%20-%20Hung%C2%A1a%20-%20Freedom%20of%20Information%20in%20Anti-corruption%20work.ppt>> P. 7.

²⁴⁶ El artículo 284 del Código Penal establece que "El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

²⁴⁷ Debemos prevenir que por ser el Código Tributario una Ley de Quórum Calificado, el artículo 35 se ha aplicado en algunas ocasiones como causal de reserva o secreto del artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, que dispone que procederá la causal "Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política". Volveremos sobre el tema en el punto 2.2.5.

requerimientos de información pública, debe concurrir al menos uno de los siguientes requisitos²⁴⁸:

- I. Que la información requerida no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión;
- II. Que el secreto o reserva de la información requerida proporcione a su poseedor una evidente mejora, avance o ventaja competitiva;
- III. Que la publicidad de la información pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular;
- IV. Que existan razonables esfuerzos para mantener el secreto de la información.

En aplicación de dichos criterios interpretativos, es que en que cuando se trata de la causal de protección a los derechos comerciales y económicos, no es raro que el Consejo aplique el denominado Principio de Divisibilidad del artículo 11 letra “e” de la Ley de Transparencia, conforme al cual “si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que

²⁴⁸ Esto se falló por primera vez en la causa A325-09 contra el Ministerio Secretaría General de Gobierno, en la cual se solicitó los “resultados, informes, gráficos y documentos” obtenidos del Monitor de Agenda Pública, un servicio de informes periódicos sobre la cobertura de las actuaciones del gobierno en los medios de comunicación. El órgano notificó a la compañía proveedora, la cual se opuso por vulneración a sus derechos comerciales, en particular, a que su publicación le haría perder el *know how* adquirido durante años de trabajo. En la tramitación del amparo, el Consejo ordenó como medida para mejor resolver que se le entregara para su examen la información solicitada, y determinó que como no se cumplía ninguno de los cuatro criterios, debía entregarse la información al solicitante. En el mismo sentido, pueden verse la causas A204-09 y A252 contra los SEREMI de Bienes Nacionales del Bio Bio y Magallanes – respectivamente-, y el amparo C501-09 contra el SERNATUR de la Región de Arica y Parinacota.

debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda”, accediendo a la entrega parcial de la información requerida²⁴⁹.

Si bien la causal de los derechos comerciales y económicos apunta en gran parte la protección de la propiedad intelectual e industrial, se ha fallado que cuando se trata de licitaciones públicas realizadas por órganos públicos, las ofertas presentadas por las empresas para postular a los contratos, son en general públicas ya que en estos casos existe un interés público de por medio en vigilar la correcta asignación de recursos públicos y además dichos antecedentes son el complemento o sustento esencial del acto administrativo que adjudica una licitación²⁵⁰.

En similar sentido, toda vez que la causal protege los privilegios empresariales, aun cuando la información pudiera afectar la imagen de una

²⁴⁹ A modo de ejemplo, en la causa C573-09 la Fundación Oceana solicitó al SAG información sobre compuestos químicos usados como antimicrobianos autorizados en la salmonicultura. El órgano notificó a las empresas fabricantes/importadoras de los productos, las cuales se opusieron a la entrega en virtud de la aplicación del la causal de derechos comerciales o económicos. Oceana recurrió de amparo ante el Consejo, que sopesando el interés público en conocer la información y los cuatro criterios establecidos para determinar la concurrencia del secreto empresarial, optó por entregar la información relativa a las empresas autorizadas y a los permisos entregados por las autoridades, pero denegó la información relacionada a la fórmula exacta de los medicamentos y los estudios de laboratorio realizados durante su período de desarrollo. Esta resolución del Consejo para la Transparencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago que desechó un reclamo de ilegalidad deducido por un laboratorio (C.A. Stgo. rol 5474-2010). A su vez, la Corte Suprema rechazó un recurso de queja contra la Corte Capitalina deducido por un laboratorio (C.S. rol 95-2011)

²⁵⁰ Por ejemplo, en una causa contra el SERNATUR se falló que “...este Consejo considera las ofertas técnicas, económicas y demás antecedentes presentados en el proceso de licitación pública por las empresas proveedoras son documentos indispensables para la evaluación de los participantes y sus propuestas, cuya ponderación y conclusiones es, precisa e inequívocamente, la base sobre la que se dicta el acto administrativo de adjudicación de una licitación pública. Por lo tanto, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley de Transparencia y el artículo 3°, letra g, de su Reglamento, se estima que estos antecedentes constituyen el sustento o complemento directo del acto administrativo de adjudicación de una licitación pública; y, siendo dicho procedimiento y su resolución adjudicatoria un acto administrativo de naturaleza pública, su complemento directo posee el mismo carácter” (CPLT C501-09, considerando 10°). En el mismo sentido, puede verse el amparo C416-09 contra el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes.

compañía o producto, las infracciones al Ordenamiento Jurídico y sus correspondientes sanciones siempre son públicas, y no puede aplicarse el *business secret* sobre dichos antecedentes. Más aun, existe un interés público en conocer las contravenciones al Derecho Público²⁵¹.

Respecto al otro punto relacionado a la causal, esto es, la publicidad de las obligaciones que se tiene con el Estado, debemos señalar que previa a la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia y en virtud de la Ley 19.628 de Protección de la Vida Privada –conocida como Ley Dicom-, la Corte Suprema ya había establecido Jurisprudencia respecto a la imposibilidad que los organismos públicos publiciten a través de bases de datos privadas las deudas de los contribuyentes²⁵².

²⁵¹ Esta jurisprudencia es reiterada. Por ejemplo, en una causa contra el Consejo de Defensa del Estado se falló que “[...] siguiendo lo razonado en las decisiones de amparo Roles C222-10, de 10 de agosto de 2010, y C734-10, de 25 de enero de 2011, relativas a la comunicación de los resultados de las fiscalizaciones efectuadas a personas jurídicas, no obstante la divulgación de lo solicitado puede influir en la imagen comercial de la persona jurídica fiscalizada –y como consecuencia de ello en su patrimonio–, especialmente cuando se revelen incumplimientos o infracciones a la normativa que regula la actividad, no es dable concluir que su comunicación afecte sus derechos económicos y comerciales, en base a los siguientes argumentos:

a) La afectación a la imagen comercial del establecimiento educacional se considera eventual, pues aquella dependerá del debate público que suscite su divulgación y las reacciones que conforme a él adopten agentes de mercado con los que éste se relaciona. Por lo tanto, dependiendo la afectación de contingencias ajenas a la sola divulgación de la información, no es posible identificar un daño probable a los bienes jurídicos protegidos por el legislador.

b) No puede entenderse que exista un derecho a mantener en reserva las infracciones que un colegio ha cometido para evitar que éstas la desprestigien. Si bien puede existir un “interés” porque éstas no se divulguen, el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia exige la afectación de derechos de las personas, precisando el artículo 7° N° 2 de su Reglamento que “se entenderá por tales aquellos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas, en título de derecho y no de simple interés”. En consecuencia, un mero interés no es suficiente para justificar la reserva de la información ni tampoco la comunicación a que alude el artículo 20 de la Ley” (CPLT C216-12, considerando 7°).

²⁵² Conociendo una apelación de un recurso de protección presentado contra la Tesorería General de la República, nuestro máximo tribunal señaló “Que de lo anteriormente consignado (lo dispuesto en los artículos 17 y 20 de la Ley 19.628) se concluye que el Servicio de

Las razones principales para ello, son que la Ley 19.628 establece que solamente algunas obligaciones pueden publicitarse -generalmente las que constan en títulos de crédito-²⁵³ y que los órganos del Estado no pueden tratar ni comunicar datos si no están expresamente autorizados para ello²⁵⁴.

Basado en el criterio establecido por nuestro Tribunal Supremo, además del artículo 35 del Código Tributario –el cual prohíbe divulgar las declaraciones de renta de los contribuyentes y como veremos en el punto 2.2.5 tiene el carácter de ley de quórum calificado-, es que el Consejo para la Transparencia ha rechazado la publicidad de las deudas tributarias y ha fallado que en general no

Tesorerías únicamente puede informar datos de carácter personal en la medida que éstos versen sobre alguna de las obligaciones a que se refiere el artículo 17 de la citada ley, por cuanto así lo ordena el artículo 20 del mismo cuerpo legal, y no aquéllos que se originan en obligaciones provenientes de impuestos y multas de carácter tributario” y que “...la recurrida, al ordenar la publicación de la deuda del recurrente en el Boletín de DICOM, incurrió en una conducta ilegal y arbitraria que afectó la garantía constitucional contemplada en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que se refiere a la protección de la vida privada de las personas, por lo que la presente acción constitucional debe ser acogida...” (C.S. rol 2457-2007, considerandos 5° y 6° respectivamente) . En el mismo sentido, pueden verse los fallos de la Corte Suprema de las causas roles 500-2007 y 2450-2007.

²⁵³ Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. Se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios. También podrán comunicarse aquellas otras obligaciones de dinero que determine el Presidente de la República mediante decreto supremo, las que deberán estar sustentadas en instrumentos de pago o de crédito válidamente emitidos, en los cuales conste el consentimiento expreso del deudor u obligado al pago y su fecha de vencimiento. No podrá comunicarse la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios de electricidad, agua, teléfono y gas.

²⁵⁴ Artículo 20.- El tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular.

se puede obtener información sobre la situación tributaria de terceros a través del derecho de acceder a la información pública²⁵⁵.

Como comentario final respecto a la causal de protección del secreto comercial, debemos destacar que para que un tercero pueda oponerse a la entrega de la información y así alegar esta causal, necesariamente debe tener un interés en este ámbito, o sea, debe perseguir fines de lucro. En este sentido, el Consejo ha resuelto que si el tercero es una persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro –corporaciones y fundaciones-, carece de total sentido que pueda oponerse a la entrega de información por parte de la Administración alegando la afectación de sus derechos comerciales o económicos²⁵⁶.

²⁵⁵ Esto se resolvió en una causa en que se pidió a la Tesorería, la nómina de los morosos del IVA en la Región Metropolitana. El servicio rechazó la entrega por distintas causales y el asunto llegó al Consejo a través de un amparo. Este último rechazó la entrega de la información, aunque distinguió los motivos respecto de la situación de los terceros personas naturales, de las personas jurídicas: “Que, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria y la historia de la Ley N° 19.628 este Consejo concluye que la divulgación de deudas tributarias de personas naturales por parte del Servicio de Tesorería resulta contraria a lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, toda vez que ésta norma regula especialmente la divulgación de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico y comercial, estableciendo el carácter lícito de su comunicación, exclusivamente, respecto del tipo de obligaciones económicas y los instrumentos que taxativamente en él se indican” y además señaló “Que respecto de la protección de la honra de las personas jurídicas, este Consejo considera que éstas encuentran protección en nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, su afectación puede constituir una causal para el secreto o reserva de la información, toda vez que el constituyente no ha distinguido entre personas naturales y jurídicas en el encabezado del artículo 19 de la Constitución Política de la República y el la honra respecto de las personas jurídicas se encuentra asociada a su buen nombre, reputación, fama o prestigio frente a los terceros con los que interactúan a objeto de desarrollar sus fines específicos. Al respecto, considera que dicha interacción resultaría afectada con la divulgación de la información, pues su conocimiento impediría el cabal desenvolvimiento de éstas en la vida económica, en tanto diezmaría infundadamente el acceso al crédito de las mismas y la confianza y seguridad de su clientela” (CPLT A265-09, considerandos 19° y 25° respectivamente)

²⁵⁶ Esto se resolvió en el célebre caso en que una periodista solicitó antecedentes de la Fundación Futuro al Ministerio de Justicia, el cual está encargado de fiscalizar a las personas jurídicas. El órgano notificó a la Fundación, la cual se opuso a la entrega alegando entre otras razones la afectación de sus derechos comerciales o económicos. El Consejo desechó dicho argumento y ordenó la entrega de la información: “Que tratándose de una fundación sin fines de lucro mal puede verse afectados sus derechos económicos o comerciales con el conocimiento de la información requerida. No existe en este caso un riesgo de pérdida de competitividad

2.2.3 Seguridad Nacional y Orden Público

La seguridad es un concepto controvertido, pues no hay una definición que esté universalmente aceptada pues, como sostienen algunos teóricos, las definiciones están influidas por la ideología, el marco temporal en el que se formulan y la unidad de análisis identificada.

Las definiciones más comunes que suelen usarse, apuntan principalmente a la defensa de las fronteras territoriales de los Estados y la protección de su núcleo de valores. Este tipo de concepto cobró vigencia después de la Guerra Fría, en el cual la noción de “amenaza” es el elemento central de la definición.

Posteriormente la evolución de concepto permitió incluir la necesidad no sólo de entender a la seguridad como asuntos meramente militares sino también proteger al régimen, a sus ciudadanos y su modo de vida, de las amenazas provenientes principalmente del exterior, procurando su seguridad tanto física como psicológica, la cual puede verse también amenazada, y no solamente la integridad territorial del Estado.

Siempre vinculado al concepto de ‘seguridad nacional’ se incluye al ‘interés nacional’. Éste último concepto es evidentemente más amplio que incluye aquellos intereses de diversa índole que pueda tener el Estado. Quizás el elemento más distintivo entre ambos conceptos es que esta segunda definición no tiene esa característica primaria de protección, sino que va más allá, contemplando no sólo las supuestas vulnerabilidades, sino que la propensión a nuevos intereses por parte del Estado a fin de desarrollar sus fines.

frente a otros actores del mercado porque, sencillamente, esta Fundación no compite con terceros al ser ajena a su naturaleza jurídica la persecución del lucro” (CPLT A309-09, considerando 11°-a)

Si se pudiera dar un concepto aproximado de “Seguridad Nacional”, éste sería *“la capacidad del Estado para garantizar su supervivencia, manteniendo su soberanía e independencia material y espiritual, preservando su forma de vida y posibilitando el logro de sus objetivos fundamentales”*²⁵⁷

En el fallo rol C-440-09 se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores el texto de una nota diplomática enviada a Bolivia, en relación al contenido que aparece en la Constitución de ese país acerca de su aspiración marítima. El Ministerio de Relaciones Exteriores respondió que no era posible dar curso a la petición del solicitante por *“revestir dicha nota un carácter reservado en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 N° 4 de la Ley de Transparencia, esto es, porque su publicidad afectaría al interés nacional”*. Añade que la práctica diplomática da carácter reservado, por su propia naturaleza, a las notas y comunicaciones entre Estados, a menos que ambas partes decidan hacer público su contenido para lo cual existen formas preestablecidas, tales como notas de prensas, comunicados oficiales o declaraciones conjuntas.

Pueden verse al mismo respecto el fallo rol C382-2009, sobre Contratos de Material de Guerra; el C625-2009 sobre Ley del Cobre y el C669-2010 sobre el Club de Campo del Ejército

2.2.4 Relaciones Internacionales e Intereses Económicos del País

Las Relaciones Internacionales son aquellos vínculos que se establecen entre las naciones y que no sólo contemplan las esferas relacionadas con la política y diplomacia o militares, sino que actualmente también las relaciones

²⁵⁷ Lorenzo Fernández Franco, *La doctrina de la seguridad nacional en América Latina. El caso brasileño*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 59

económicas, comerciales, culturales, geopolíticas, etc., y no solamente a cargo o en cabeza del Estado nacional o de los gobiernos o parlamentos, sino también de los agentes económicos y sociales como unidades domésticas, de las corporaciones privadas, las compañías multinacionales y las entidades multilaterales o supranacionales.

Las relaciones internacionales actualmente son objeto de un vasto y complejo campo de estudio de las diferentes esferas de las relaciones entre las naciones, basadas en las políticas frente a los otros Estados, de carácter institucional y público, pero también particular y/o privado.

Es por eso que esta esfera debe en ocasiones ser tratada con sumo cuidado, puesto que los temas de los cuales son objeto las relaciones internacionales, incluyen intereses que no siempre es posible revelar a través de la publicidad de los actos, siendo en este caso, una excepción al principio rector de la Ley de Transparencia.

Si al contenido de las relaciones internacionales se le suman los intereses económicos del país, que usualmente son temas aún más sensibles puesto que las implicancias que pudiera tener ese tipo de información en ocasiones tiene la capacidad de afectar intereses y necesidades de una comunidad en particular, se entiende porque la Ley de Transparencia contempla esta esfera dentro de una protección especial.

En base a lo antes expuesto, se puede revisar el fallo C-440-2009 sobre las Notas Diplomáticas entre Chile/Bolivia y el C587-10 en el que la Compañía Minera Nevada Spa solicita a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones exteriores copia de la presentación y documentación entregada por la Comunidad Agrícola de los Huascoaltinos a la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, presentación que es recibida por el Estado de Chile para ser remitida a la CIDH.

2.3 Otras Causales para Denegar la Solicitud

Además de las causales de excepción del artículo 21 de la Ley de Transparencia, frente a requerimientos de acceso a la información pública es habitual que la Administración para denegar, oponga otras razones distintas. En este caso no se trata necesariamente de motivos que el legislador haya estimado la que proceda la aplicación de secreto o reserva por motivos calificados, sino de razones relacionadas más bien a la disponibilidad de la información.

Nos referimos a la inexistencia o eliminación de los datos solicitados, o también a que estos sean susceptibles de ser obtenidos por otra vía distinta a las peticiones de información establecidos en la Ley. Relacionado a la disponibilidad, también está el problema de qué hacer cuando la entrega de información genera costos para el Estado, y quién debe asumir dicha carga pecuniaria. Asimismo, en determinados casos, la información de carácter público puede ser solicitada solo por determinados ciudadanos.

En los siguientes puntos estudiaremos cada uno de estos temas, así como los criterios que el Consejo para la Transparencia ha plasmado respecto a ellos en su jurisprudencia.

2.3.1 La Información No Existe

Si bien no está establecido de manera explícita en el texto de la Ley, un requisito básico para ejercer el derecho de acceder a la información pública, es precisamente la existencia de la información solicitada.

Ahora, no debe confundirse la existencia de la información, con la forma en que esta se exterioriza. Debemos recordar que el inciso 2° del artículo 5° de la Ley de Transparencia establece que es pública “toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”. La propia Ley establece que existe información de carácter público que no tiene necesariamente la forma de un documento físico palpable al tacto.

Debemos señalar que en general determinar la existencia de la información es un asunto bastante casuístico. Sobre el particular, el Consejo ha señalado un par de criterios que conviene destacar.

En primer lugar, que para que estemos hablando de información pública, esta debe necesariamente constar en algún tipo de formato o soporte – cualquiera que sea-, y no solo en la mente de la autoridad²⁵⁸. Eso no obsta desde luego a preguntar si una determinada información existe.

En segundo lugar, que un servicio público deniegue la entrega de una determinada información alegando que esta no existe en su poder, es algo que puede ser controvertido ante el Consejo para la Transparencia. Este último ha resuelto que se debe entregar información declarada previamente inexistente por el órgano requerido, cuando en virtud del Ordenamiento Jurídico esta debe

²⁵⁸ Esto se ha señalado repetidamente por el Consejo. Por ejemplo, en una causa contra el Ministerio de Vivienda y en que se solicitaron al órgano diversos pronunciamientos y se consultaron las razones sobre su proceder. En el amparo se señaló “Que, sin perjuicio de lo anterior, este Consejo estima conveniente recordar al reclamante que ya se la ha hecho presente que no pueden ser amparadas a través de la Ley de Transparencia: (a) las solicitudes de pronunciamiento, (b) las denuncias ante eventuales irregularidades, y (c) las consultas acerca de eventuales motivos que podrían estar en la mente de las autoridades de los órganos de la Administración del Estado al momento de adoptar una determinada decisión o actuación pero que no constan ‘en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos’ o en un ‘formato o soporte’ determinado, conforme exige el inc. 2° del art. 10 de la Ley de Transparencia” (CPLT C450-10, considerando 5°). En el mismo sentido puede verse los fallos CPLT C533-09 y C356-11.

estar en poder del organismo público²⁵⁹, o simplemente cuando se logra demostrar su existencia mediante algún medio de prueba²⁶⁰.

2.3.2 Costos. Solo se pueden cobrar la Reproducción

Un asunto relevante a la hora que la Administración responda los requerimientos de información pública, es determinar qué hacer cuando la entrega genera costos, y quién debe asumirlos. La Ley de Transparencia contiene el denominado Principio de Gratuidad, establecido en el artículo 11 letra k), según el cual “el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta ley”. La regla general es la gratuidad en la entrega de información pública.

La excepción es el pago de los costos de reproducción. El artículo 18 señala que “sólo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice cobrar por la entrega de la información solicitada. La obligación del órgano requerido de entregar la información solicitada se suspende en tanto el interesado no cancele

²⁵⁹ Por ejemplo, en cierta ocasión se solicitó a FONASA la nómina completa de sus funcionarios con sus respectivas calificaciones. El servicio denegó la entrega alegando entre otras razones que la información no existía como tal en el formato que se había solicitado. El asunto llegó al Consejo para la Transparencia, que durante la tramitación del amparo A126-09, constató que el Estatuto Administrativo en su artículo 51 establece que los órganos de la Administración están obligados a enviar anualmente para la Contraloría un escalafón (listado) de todos sus funcionarios ordenado según las calificaciones obtenidas. Toda vez que la información debía existir por expreso mandato de la Ley, se ordenó la entrega al solicitante. Idéntico caso se dio contra el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en el amparo A10-09.

²⁶⁰ En una oportunidad se solicitó a la Subsecretaría del Interior el “Plan de Intervención en la Población La Legua”. El órgano señaló que no podía hacerse entrega de dicho plan porque no existía como tal, sino que se trataba de varias iniciativas diversas en el lugar, por lo que el requirente presentó un amparo ante el Consejo, bajo el rol C39-10. Durante la tramitación del mismo, se probó que en múltiples medios de comunicación e incluso en páginas web estatales se hacía referencia al Plan, por lo que el Consejo para la Transparencia –además de reprochar fuertemente el uso de nombres de fantasía por parte del Gobierno- ordenó a la Subsecretaría entregar la información respecto a todas y cada una de las acciones relacionadas a la seguridad pública realizadas.

los costos y valores a que se refiere el inciso precedente”. El Reglamento de la Ley de Transparencia precisa un poco el concepto. Su artículo 20 dispone que “se entenderá por costos directos de reproducción todos aquellos que sean necesarios para obtener la información en el soporte que el requirente lo haya solicitado, excluyendo el valor del tiempo que ocupe el o los funcionarios para realizar la producción”. En otras palabras, solo se puede cobrar por el soporte de la información, por los materiales que deba usar el órgano en la reproducción. No se puede cobrar por la información misma.

El Consejo ha señalado que los costos de reproducción cobrados por la Administración deben ajustarse a criterios de realidad, que además sean verificables. Para tal efecto, ha dictado la Instrucción General N° 6 Sobre Gratuidad y Costos Directos De Reproducción²⁶¹. Esta señala que el cobro debe ser el mismo que el organismo cobra a los otros servicios públicos por el mismo servicio, que corresponde al establecido en un convenio marco, licitación pública o privada, o trato directo por el cual se provee de servicios de reproducción y copiado (artículos 5.1 y 5.2). Además, debe publicarse en el sitio web de cada órgano el acto administrativo que determine sus costos de reproducción, de manera que los solicitantes puedan conocerlas previamente (artículo 5.6).

En la misma instrucción, está prohibido expresamente el cobro de la reproducción cuando no se requiera de un soporte físico para la entrega de la información –como sucede con el envío por *email*- (artículo 3 letra “a”) o cuando el propio requirente proporciona el soporte –por ejemplo si él mismo entrega el disco para grabar los archivos- (artículo 3 letra “b”). Tampoco se puede cobrar

²⁶¹ Consejo para la Transparencia. 2010. Instrucción General N° 6 Sobre Gratuidad y Costos Directos De Reproducción [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100416/asocfile/20100416205931/instruccion_general6.pdf>

el envío de la información, búsqueda, almacenaje ni los costos de oficina en general (artículo 8).

En virtud de lo expresado, conociendo amparos por denegación de información pública, el Consejo ha fallado que las ventas de información por parte de los servicios públicos que no estén expresamente autorizadas por una Ley no valen²⁶², como tampoco cualquier cobro hecho a un título distinto que no sean los gastos de la reproducción misma²⁶³. De este modo se ha declarado la

²⁶² Durante el año 2009 se solicitó al Servel copia del padrón electoral completo. El organismo señaló que éste se vendía dentro de un “Catálogo de Productos Electorales” a un costo de 0,06030 UTM por cada 1.000 inscripciones de votantes -con un valor total sobre los 21 millones de pesos- y que esta materia estaba regulada en normativa interna del servicio. Presentado un amparo, el Consejo resolvió que “el art. 11 de la Ley de Transparencia establece dentro de los principios del derecho de acceso a la información el ‘principio de gratuidad’ (letra k), conforme el cual ‘el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta Ley’. El precepto en comento hace referencia al art. 18 de la Ley, que prescribe, en su inc. 1°, que “sólo se podrá exigir el pago de los costos directos de reproducción y de los demás valores que una ley expresamente autorice cobrar por la entrega de la información solicitada” y además “que la Resolución Exenta 802/2002, modificada por la Resolución Exenta N°1.076/2009, ambas del mismo Servicio reclamado, establece un cobro por el padrón electoral alfabético en unidades que no están ligadas a los costos directos de reproducción y que podrían incorporar otros valores, como costos de recopilación, elaboración o procesamiento. En efecto, incrementar la cifra a cobrar conforme la cantidad de inscripciones requeridas sólo tendría sentido en cuanto el soporte requerido para reproducirlas fuese más caro, lo que no parece acontecer en la especie pues un CD puede contener muchas más que mil inscripciones, de manera que en tanto este soporte pueda contener la información requerida el precio debería ser el mismo: el costo de ese CD” (CPLT C407-09, considerandos 9° y 12° respectivamente).

²⁶³ En una oportunidad se solicitó a la Municipalidad de Las Condes, diversa información sobre denuncias hechas a la Dirección de Obras de la comuna. Toda vez que los antecedentes ya habían sido archivados, el órgano condicionó la entrega al “pago previo de los costos de desarchivo”. El asunto llegó al Consejo, que ordenó la entrega, y sobre el particular señaló “Que la exigencia prevista en dicho numeral no se condice con el espíritu de la Ley ni con sus disposiciones expresas, toda vez que ésta sólo permite el cobro de los costos directos de reproducción y no por otras razones, como podría ser los costos derivados de poner a disposición del público información antes archivada o guardada, salvo que una ley expresamente lo autorizara. Por tanto, no cabría establecer, por vía simplemente reglamentaria, cobros por el desarchivo de documentos, salvo que una ley de manera expresa así lo autorizara, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa. De esta manera los gastos que suponga el ‘desarchivo’ de la información que ha invocado la reclamada deben ser de cargo de ésta y no pueden serle cobrados al reclamante ni menos constituirse en exigencias que obstruyan o impidan su derecho de acceso a la información” (CPLT C469-09, considerando 6°).

primacía de la Ley de Transparencia por sobre cualquier norma previas que regulaban el cobro por entrega de información.

2.3.3 La Información ya está Disponible por otro Medio

La Ley de Transparencia contiene una norma bastante específica respecto a qué debe hacer un órgano administrativo cuando se le solicite información que ya está accesible a los ciudadanos por otras vías. El artículo 15 señala que “cuando la información solicitada esté permanentemente a disposición del público, o lo esté en medios impresos tales como libros, compendios, folletos, archivos públicos de la Administración, así como también en formatos electrónicos disponibles en internet o en cualquier otro medio, se comunicará al solicitante la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información, con lo cual se entenderá que la Administración ha cumplido con su obligación de informar”.

Respecto a esta causal, podemos señalar que cuando se trata de información solicitada, pero que ya está publicada en el sitio web del organismo en virtud de la transparencia activa²⁶⁴, el Consejo ha señalado que para

²⁶⁴ Respecto de la Transparencia Activa, el artículo 7° de la Ley 20.285 dispone que los órganos de la Administración del Estado deberán mantener en sus sitios electrónicos, los siguientes antecedentes actualizados:

- a) Su estructura orgánica.
- b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.
- c) El marco normativo que les sea aplicable.
- d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.
- e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso.
- f) Las transferencias de fondos públicos que efectúen, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios.

satisfacer el requisito legal de indicar “la fuente, el lugar y la forma en que puede tener acceso a dicha información” se debe indicar la dirección de internet precisa en la cual se puede acceder a ella²⁶⁵.

2.3.4 Información fue Eliminada por el Órgano

Un tema sumamente áspero que ha llegado ante el Consejo para la Transparencia en numerosas oportunidades, es la situación de la información pública que ha sido destruida con anterioridad a un requerimiento que la solicita. Es un tema no tratado expresamente por la Ley de Transparencia.

-
- g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.
 - h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano.
 - i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución. No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.
 - j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.
 - k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año.
 - l) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan.
 - m) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

²⁶⁵ En una ocasión se solicitó a la JUNAEB entre otras cosas, “copia de la Ley o Reglamento que regula la Beca de Integración Territorial” por la cual el Estado subvenciona a los estudiantes provenientes de zonas extremas del país. El organismo respondió que la información ya estaba a disposición del público, más no indicó donde, por lo que se presentó un amparo. Sobre el particular, el Consejo resolvió “Que al referirse la solicitud de acceso a información que está permanentemente a disposición del público en formato electrónico, el organismo reclamado debió entregar dicha información indicando al reclamante la fuente, lugar y forma en que puede acceder a ésta, en virtud de lo previsto en el artículo 15 de la Ley de Transparencia, actitud que no adoptó en la especie, por lo que se acogerá el amparo en esta parte, no obstante entender que por la notificación de la presente decisión se informa a la reclamante la forma de acceder a dicho Reglamento de la beca consultada, a través del enlace en la página institucional del organismo reclamado (http://mail.anfitrion.cl/GobiernoTransparente/junaeb/marco_normativo.html)” (CPLT 678-10, considerando 5°)

Sobre la eliminación de documentos por parte de la Administración, existen ciertas normas que conviene destacar. En primer lugar, el Decreto con Fuerza de Ley 5.200 de 1929 del Ministerio de Educación, que crea la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (Dibam), en segundo lugar, la Circular N° 28.704 del 27 de agosto de 1981 de la Contraloría General de la República, en tercer lugar, la Circular N° 51 de 2009 de la Dibam. Asimismo, a finales del año 2011 el Consejo para la Transparencia resumió su jurisprudencia sobre la expurgación de documentos, a través de la Instrucción General N° 10 sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información. Las principales reglas se detallarán a continuación.

El DFL 5.200/2009 si bien no regula expresamente la “eliminación” de documentos, señala que ciertos documentos deben conservarse durante cierto lapso de tiempo a fin de ingresar al Archivo Nacional²⁶⁶. En particular, señala que los documentos de los Departamentos de Estado deben guardarse para ingresar luego de cumplir cinco años de antigüedad y los de Intendencias, Gobernaciones y Municipalidades, luego de 60 años.

Por su parte, la Circular N° 28.704 de la Contraloría establece tres requisitos fundamentales para la eliminación de documentos. Se establece que la autorización debe provenir del Presidente de la República o del Jefe Superior del Servicio, que esta siempre debe constar en un decreto o resolución exenta y

²⁶⁶ Artículo 14 del DFL 5.200/1929. Ingresarán anualmente al Archivo Nacional:

- a) Los documentos de los Departamentos de Estado que hayan cumplido cinco años de antigüedad;
- b) Los documentos de las Intendencias y Gobernaciones que hayan cumplido sesenta años de antigüedad;
- c) Los libros de actas de las Municipalidades que tengan más de sesenta años de antigüedad;
- d) Los protocolos notariales, los registros de hipotecas, los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio y de minas, los libros copiadores de sentencias de los Tribunales de Justicia y los expedientes judiciales que hayan cumplido ochenta años de antigüedad;
- e) Los protocolos notariales, los registros de hipotecas, los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio y de minas, los libros copiadores de sentencias de los Tribunales de Justicia y los expedientes judiciales de las provincias de Tarapacá y Antofagasta y de los Territorios de Aysén y Magallanes, que hayan cumplido treinta años de antigüedad.

finalmente, que debe levantarse un acta que certifique el cumplimiento. Asimismo se entregan normas y recomendaciones sobre documentos específicos²⁶⁷.

La Dibam en su Circular N° 51 señala que la eliminación de la documentación solo puede llevarse a cabo cuando estos ya no revistan interés para el servicio respectivo tras un análisis de sus características históricas, administrativas, jurídicas, fiscales e informativas, prohibiendo expresamente hacerlo con aquellos de interés cultural o historiográfico. Asimismo, resume las normas del DFL 5.200/1929 y entrega las reglas específicas para la destrucción material de los documentos.

El Consejo para la Transparencia en su jurisprudencia ha sentado varios criterios que conviene destacar. El más importante de ellos, es que al Consejo no le compete por regla general pronunciarse sobre la procedencia u oportunidad de la eliminación de los documentos, ya que eso es potestad del Jefe Superior del Servicio²⁶⁸.

Pese a lo anterior, se ha fallado reiteradamente que cuando se ha eliminado la información pública los órganos de la Administración requeridos deben representar expresamente esta situación a los peticionarios y en su lugar, entregar los instrumentos donde se ordenó y certificó la destrucción, en

²⁶⁷ Además, la Circular 28.703 de la Contraloría General de la República regula las situaciones especiales de documentos de deuda pública, títulos de crédito, libros de cuentas, documentos tributarios, previsionales, relativos al personal, del área operacional, representativos de obligaciones pendientes, de Fiscalías, ingresados a Oficinas de Partes y traspasados a otros formatos especiales.

²⁶⁸ En una causa contra la Municipalidad de Las Condes, se señaló “Que, en virtud de lo anterior, este Consejo estima que más allá del juicio que pueda merecer la afirmación de la Municipalidad en cuanto a la expurgación de los documentos solicitados y el procedimiento adoptado para llevarlo a cabo, teniendo a la vista la normativa y circulares analizadas, la respuesta otorgada por el órgano tanto al reclamante como a este Consejo en sus descargos, debe considerarse como una respuesta negativa, pues la Municipalidad de Las Condes reconoce que no posee la información pedida...” (CPLT C703, considerando 5°).

conformidad a la Circular N° 28.704 de la Contraloría²⁶⁹. Pese a esto último, el Consejo ha aceptado que no exista constancia de la eliminación cuando se trata de información previa al 27 de agosto de 1981 -fecha en que la Contraloría dictó la Circular- siempre y cuando el organismo certifique su búsqueda exhaustiva²⁷⁰.

Pese a la potestad de destruir documentos públicos, en conformidad al Principio de Oportunidad establecido en el artículo 11 letra h) de la Ley de Transparencia, se ha fallado que una vez que se presentado un requerimiento

²⁶⁹ Esto se resolvió en una causa en la cual se solicitó copia de partes policiales a Carabineros de Chile. El órgano se excusó argumentando su incineración y entregando copia de la constancia. El Consejo para la Transparencia validó el actuar de la Policía: “Que, en la especie, Carabineros de Chile ha acompañado un acta de destrucción de documentos de la Prefectura Cautín N° 22, de la Segunda Comisaría de Temuco, de 2009. En ella se da cuenta de la eliminación tanto del Libro de Primera Guardia de Constancia, como de los dos partes policiales solicitados y que fueron remitidos a la Fiscalía Local de Temuco en su oportunidad. La copia del acta remitida a este Consejo, se encuentra firmada por el Comisario de la Segunda Comisaría de Temuco y por el Prefecto de la Prefectura de Cautín N° 22” y también que “este Consejo estima que, en cuanto a la destrucción de los partes policiales y al Libro de Constancias requeridos en la especie, el órgano reclamado ha actuado en conformidad con la normativa vigente en la materia, debiendo entenderse que los documentos pedidos no obran en su poder por haberse procedido a su eliminación” (CPLT 43-10, considerandos 17° y 18° respectivamente).

²⁷⁰ Esto se aceptó en una causa en la cual un ex piloto requirió a la Fach copia de un sumario administrativo sustanciado por un accidente aéreo ocurrido en 1970. La institución señaló que después de una exhaustiva búsqueda, que no guardaba copia del sumario ni del acta de destrucción del mismo, cuestión aceptada por el Consejo: “Que, por esto, no hay duda respecto a que el expediente de una investigación sumaria o de un sumario administrativo es un documento que debe obrar en poder del órgano que la instruye. Por su parte, la ya citada Circular N° 28.704, de 1981, de Contraloría General de la República, señala que ‘La autorización para eliminar documentos de los Organismos que gozan de autonomía administrativa procede que la confiera...la respectiva Jefatura Superior. En este evento, la medida corresponde que se adopte mediante la dictación de derecho o resolución exenta’. Sugiere, además, que la destrucción de los documentos de fiscalías se efectúe previa autorización de la Unidad Jurídica superior para que ésta pondere si corresponde o no la adopción de esta medida. No obstante, debe tenerse en cuenta que la data de dicha Circular y, por lo mismo, su efecto vinculante para los órganos de la Administración del Estado, es posterior a la fecha de inicio y sobreseimiento –según señala el propio reclamante- del sumario administrativo requerido” (CPLT C131-10, considerando 4°).

de acceso a la información pública, el órgano no puede destruir los documentos hasta finalizar el procedimiento de entrega²⁷¹.

A fin de resumir dicha jurisprudencia sobre expurgación, el Consejo dictó la Instrucción General N° 10 sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información²⁷². El artículo 2.3 de la misma dispone lo siguiente:

“Búsqueda de la información requerida:

En esta etapa el órgano público procederá a efectuar la búsqueda de los actos, resoluciones, actas, expedientes y contratos, así como de toda otra información que obre en su poder, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, que sirvan para dar respuesta a la solicitud formulada.

En caso de contar con la información requerida, el órgano deberá proceder en conformidad a lo dispuesto en el numeral 2.4 de la presente

²⁷¹ Esto sucedió en una causa contra la Municipalidad de Vitacura. El 21 de septiembre de 2010 se solicitó al Municipio, entre otros antecedentes, ciertos memorándum internos. La institución denegó la entrega en virtud de su destrucción. Sin embargo, en el amparo se demostró que la eliminación ocurrió con posterioridad a la presentación del requerimiento. Sobre el particular, el Consejo estableció: “Que, por otra parte, el Municipio ha acreditado ante este Consejo la destrucción de los memorándum solicitados –adjuntando copia del acta de destrucción respectiva, de 10 de noviembre de 2010–, lo que da cuenta de que actualmente éstos no obran en su poder, resultando imposible su entrega. Sin embargo, según señalan los documentos acompañados por el municipio en sus descargos y observaciones, al momento de su respuesta, dichos memorándum obraban en poder del municipio, y no fue sino con ocasión del presente amparo que éste revisó el estado del procedimiento que dio lugar a su eliminación” y además que “Que, conforme a lo anterior, resulta forzoso representar al municipio su infracción a lo dispuesto por los principios de transparencia y de oportunidad, consagrados en el artículo 11, literal c) y h), de la Ley de Transparencia, pues ha denegado información que, al momento de evacuar su respuesta–, obraba en su poder, dando lugar a su eliminación con posterioridad a la presentación del presente amparo, lo que supone una tramitación del procedimiento administrativo de acceso a la información pública sin el celo que ha exigido el legislador a los órganos de la Administración para garantizar este derecho. Por lo tanto, se requerirá al municipio que ajuste sus procedimientos de acceso a la información y de eliminación de documentos, en términos tales que aseguren el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Transparencia” (CPLT C756-10, considerandos 6° y 7° respectivamente). En este caso el Consejo ordenó sustanciar un sumario contra el Alcalde.

²⁷² Consejo Para La Transparencia. 2011. Instrucción General N° 10 Del Consejo para la Transparencia sobre el Procedimiento Administrativo de Acceso a la Información [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120719/asocfile/20120719141023/instruccion_general_10_dai.pdf>

Instrucción General. Si realizada la búsqueda, el órgano público constata que no posee la información deberá:

a) En caso de existir un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de los documentos pedidos, comunicar esta circunstancia al solicitante, haciendo entrega de copia del acto y del acta respectiva, en los términos señalados en la Circular N° 28.704 de 1981 de la Contraloría General de la República, que regula la eliminación de documentos en la Administración Pública y en las demás disposiciones aplicables. Una vez notificada la referida respuesta, el órgano deberá dar por terminado el procedimiento administrativo de acceso iniciado ante él.

b) De no existir un acto administrativo que haya dispuesto la expurgación de los documentos pedidos, agotar todos los medios a su disposición para encontrar la información y, en caso de estimarse que los hechos son susceptibles de ser sancionados con una medida disciplinaria, instruir el correspondiente procedimiento sancionatorio. Si la información no fuere habida, deberá comunicarse esta circunstancia al solicitante, indicándole detalladamente las razones que lo justifiquen.

Se considerará buena práctica que los órganos dispongan de un registro al que incorporen el acto administrativo en virtud del cual se notifique al solicitante que la información no obra en su poder, como consecuencia de la expurgación de los respectivos documentos o de la búsqueda infructuosa, a que se refieren los literales a) y b) precedentes, individualizando el acto administrativo correspondiente y la descripción de la información inexistente. Se recomienda que dicho registro sea publicado en el banner de Transparencia Activa del órgano.

En caso que existan circunstancias que hagan difícil reunir la información solicitada, ya sea por la antigüedad de ésta, por su volumen o por encontrarse en un lugar distinto o de difícil acceso para el órgano, podrá ampliarse el plazo

para evacuar la respuesta al requirente, en consideración a lo previsto en el numeral 6.2. de la presente Instrucción General.

2.3.5 ¿Existe Información Restringida Solo a Algunos Ciudadanos?

2.3.5.1 Una Excepción Constitucional: Nóminas de Partidos Políticos

Uno de los pilares de la Ley de Transparencia es el Principio de la No Discriminación, establecido en el artículo 11 letra “g”, según el cual “los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud”. La norma es clara, existe plena igualdad entre los ciudadanos para acceder a la información pública

No obstante este principio establecido en la Ley, nuestra Constitución Política pareciera contener una excepción, al restringir expresamente el acceso a un tipo de información sólo a algunas personas. Nos referimos a las nóminas de militantes de los partidos políticos.

El inciso 5° del artículo 19 N°15 de la Constitución señala respecto de los partidos políticos que “la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido”. Basado en dicha norma -y en virtud de la primacía constitucional-, el Consejo para la Transparencia ha rechazado el acceso público a las listas de militantes de los partidos políticos a las personas que no sean afiliadas al partido cuya nómina se solicita²⁷³.

²⁷³ En la resolución del caso, el Consejo manifestó lo siguiente: “El artículo 19 N° 15 inciso 5° de la Constitución establece lo siguiente: ‘Los partidos políticos no podrán intervenir en actividades ajenas a las que les son propias ni tener privilegio alguno o monopolio de la participación ciudadana; la nómina de sus militantes se registrará en el servicio electoral del Estado, el que guardará reserva de la misma, la cual será accesible a los militantes del respectivo partido...’,

Además del texto constitucional, debemos recordar que la Ley 19.628 de Protección de la Vida Privada –también denominada Ley de Datos Personales-, en su artículo 2° letra g) señala dentro de la categoría de datos personales sensibles, están las ideologías y opiniones políticas. Tal como hemos señalado en el punto 2.2.2.3, el Consejo para la Transparencia ha rechazado el acceso público a los datos sensibles, como sería en este caso la información respecto a la afiliación política de las personas.

Finalmente, debemos hacer hincapié en que no obstante las nóminas de militantes son reservadas, no ocurre lo mismo con el padrón de votantes, el cual el Consejo ha declarado que tiene carácter público²⁷⁴.

2.3.5.2 La información propia y el *Habeas Data* Impropio

La segunda excepción que reconocemos en la igualdad en la obtención de información de manos del Estado está en el acceso a la información propia. Nos

por lo que, en relación con lo dispuesto por el artículo 21 N° 5 de la Ley de Transparencia, debe estimarse que respecto de dicha información concurre la causal de secreto o reserva allí prevista, salvo que se verifique la contraexcepción allí establecida, esto es, que el requirente sea militante del partido político respecto del cual se solicita la información” (CPLT C381-09, considerando 2°-a).

²⁷⁴ En una ocasión se solicitó al SERVEL copia de la base de datos del padrón electoral del total del país desagregada por sexo y residencia de los votantes. El órgano rechazó la entrega, basado en que ese tipo de información se vendía dentro de un Catálogo de Productos que ofrecía el Servicio. Previa a pronunciarse sobre la legalidad del pago, el Consejo reflexionó sobre la publicidad de los datos solicitados: “Que la Ley N° 18.556, de 1986, Orgánica Constitucional sobre el Sistema de Inscripcioneslectorales y el Servicio Electoral, declara en su art. 25 que: —*Las inscripciones se harán en libros denominados Registros Electorales. Estos contendrán un total de trescientas cincuenta inscripciones cada uno. Existirán Registros separados para varones y mujeres, en los cuales se practicarán las inscripciones de los chilenos y de los extranjeros con derecho a sufragio. Los Registros serán públicos y llevarán la especificación de la región, provincia y circunscripción a que pertenecieren, un número de orden correlativo y la mención ‘Varones’ o ‘Mujeres’, según corresponda*” y “Que, en virtud de lo señalado en el considerando anterior, la información contenida en el Registro Electoral es pública y, por lo mismo, a ella puede acceder cualquier persona” (CPLT C407-09, considerandos 2° y 4° respectivamente).

referimos a los datos de los ciudadanos que por cualquier razón el Estado tiene en su poder, y que son solicitados por sus titulares. Debemos recordar que según el artículo 2° letra “ñ” de la Ley 19.628 es titular de los datos “la persona natural a la que se refieren los datos de carácter personal”.

El Consejo para la Transparencia ha establecido reiteradamente que las personas tienen derecho a acceder a aquella información que los organismos públicos poseen sobre sí mismas²⁷⁵. Tanto si se trata de información recolectada de fuentes de acceso al público como si no, y se trate de datos personales comunes y corrientes o datos de carácter sensible²⁷⁶, los ciudadanos pueden acceder a dicha información pues son los dueños de esta y a nadie más que a ellos mismo podría afectarles su entrega²⁷⁷. Este criterio ha sido confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago²⁷⁸.

²⁷⁵ El Consejo ha fallado que no importa de qué clase de información se trata, si es un dato personal que está en manos del Estado, su titular tiene derecho a conocerlo. Así, en una causa en un ciudadano solicitó a la PDI saber si existía una orden de detención en su contra, el Consejo resolvió: “Que de los antecedentes del amparo, se advierte que la solicitud de acceso, busca aclarar la existencia de una supuesta orden de aprehensión asociada al nombre del reclamante, ante lo cual se justifica acoger el reclamo, vale decir se trata de un solicitud de datos personales del reclamante, según la definición del artículo 2°, letra f) de la Ley N° 19.628, es decir, —relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables, amparada también por el artículo 12 de la misma ley...” (CPLT C494-09, considerando 12°).

²⁷⁶ Durante el año 2010 un ciudadano que no obtuvo un cargo en el SAG en un concurso público, solicitó a este los resultados de los test psicológicos realizados como parte del proceso - Debemos recordar que el artículo 2° letra “g” de la Ley 19.628 declara expresamente que tanto las características morales de las personas como su estados de salud psíquicos son datos personales de carácter sensible-. El SAG rechazó la entrega, pero el Consejo ordenó que esta procedía: “Que, sin perjuicio de lo anterior, será desechada la alegación vertida por el SAG al responder la medida para mejor resolver decretada por este Consejo, en cuanto a que la divulgación de la información requerida... podría perjudicar al propio reclamante al revelar aspectos desconocidos de su personalidad que podrían afectar su dignidad, por cuanto se trata de información de titularidad del propio reclamante, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2, literal ñ) de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, por lo que dicho supuesto no podría tener lugar” (CPLT C850-10, considerando 10°).

²⁷⁷ De manera similar al caso anterior, en una causa se solicitó el resultado de test psicológicos al Servicio de Salud de Chiloé, el cual denegó la entrega argumentando que dicha información debía ser manejada en un contexto confidencial por el evaluador. El Consejo desechó dichas razones, ya que lo que importa es la titularidad de la información, señalando “Que, a mayor

Una vez establecido que los ciudadanos tienen derecho a conocer la información de la que son titulares, debemos hacer algunas precisiones respecto al procedimiento. La Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada reconoce algunos derechos respecto a los titulares de datos personales, sea que la información esté en bases de datos estatales o privadas. El primero de estos derechos es el establecido en el artículo 12 de la Ley: “Toda persona tiene derecho a exigir a quien sea responsable de un banco, que se dedique en forma pública o privada al tratamiento de datos personales, información sobre

abundamiento, no se observa razón alguna para que la información objeto de la solicitud deba mantenerse reservada respecto del reclamante, pues dice relación con datos personales de titularidad de éste, conforme a lo establecido en el artículo 2°, literal ñ), de la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada” (CPLT C759-10, considerando 7°).

²⁷⁸ Esto se dio en una causa en que una postulante a un concurso de la Alta Dirección Pública solicitó al Servicio Civil su puntaje en el concurso y la forma en que este había sido ponderado. El órgano denegó la entrega, aunque el Consejo le ordenó hacerlo. El asunto llegó a la Corte vía reclamo de ilegalidad, el cual fue rechazado: “Que, en relación con lo expresado en el basamento anterior, cabe consignar que la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, en la letra g) del artículo 2°, define lo que se entiende por ‘datos de carácter personal o datos personales’ indicando que son aquellos ‘relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables’ y como ‘datos sensibles’, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

El principio rector de la Ley N° 19.628 es que para que los datos sensibles puedan ser difundidos o puestos en conocimiento de terceros, debe contarse con el consentimiento o autorización del titular lo que, obviamente debió ocurrir en el caso de las postulaciones de la peticionaria, razón por la que procede desestimar la alegación de confidencialidad o reserva que hace valer la reclamante para denegar la entrega de los puntajes, cuando fue ella quien aportó los datos o antecedentes para que los evaluadores y el Consejo, hicieran la ponderación respectiva.

El N° 2 del artículo 21 de la Ley 20.285 dispone que se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte ‘los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico’ y en este caso concreto, no se divisa que puedan verse afectados derechos de la peticionaria, cuando como se ha señalado, ha demandado su derecho a conocer la valoración que se le hiciera por los evaluadores y el Consejo de Alta Dirección Pública, luego que ella voluntariamente proporcionara los datos y antecedentes para tal cometido” (C.A. Stgo. rol 3457-2010, considerando 5°).

los datos relativos a su persona...”. A esta figura se le conoce como el *Habeas Data Impropio*²⁷⁹.

La Ley 19.628 contempla un procedimiento específico para que el titular de la información pueda solicitar al responsable de la base de datos tanto información, como modificación, cancelación y bloqueo. Señala el artículo 16, que si el responsable de los registros no se pronuncia o deniega la solicitud de información, el titular de los datos podrá reclamar ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, mediante procedimiento sumario.

No obstante esta norma de la Ley de Protección a la Vida Privada, el Consejo para la Transparencia ha establecido que si el responsable de la base de datos es un órgano de la Administración del Estado, el *habeas data* impropio puede ejercerse usando la Ley de Transparencia, esto es, mediante un requerimiento de información y en caso de denegación de la misma, a través de un amparo ante el mismo Consejo²⁸⁰. La consecuencia salta a la vista. Recurrir

²⁷⁹ El Consejo ha entendido el *habeas data* impropio de la siguiente manera: “ Que... atendida la naturaleza de la información requerida –datos de titularidad del reclamante–, es posible advertir que éste... está haciendo uso del denominado *habeas data* impropio, particularmente el derecho de acceder a datos de carácter personal que obran en poder de un tercero” (CPLT C979-11, considerando 3°).

²⁸⁰ Se ha fallado reiteradamente la posibilidad de ejercer el derecho del artículo 12 de la Ley de Protección de la Vida Privada, a través de la Ley de Transparencia. EL Consejo ha fallado: “Que, finalmente, y lo que resulta de especial relevancia, la información requerida se trata de datos personales referidos al propio solicitante, a la luz de la definición prevista en el artículo 2°, letra f) de la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos Personales, de modo que es posible advertir que el reclamante está haciendo uso del denominado *habeas data* impropio, a efectos de acceder a sus propios datos de carácter personal que obran en poder de un tercero, en la especie, Gendarmería de Chile, derecho reconocido a los titulares de datos personales en el artículo 12, inciso 1°, de la Ley N° 19.628, lo que según ha sido resuelto anteriormente por este Consejo en decisiones de amparo Roles C134-10 y C178-10, puede ejercerse a través del procedimiento establecido por la Ley de Transparencia, por lo que, en definitiva, se acogerá el presente amparo, debiendo Gendarmería hacer entrega a éste de la información solicitada (CPLT C742-11, considerando 15°).

ante el Consejo es bastante más rápido y barato que acudir a los Tribunales de Justicia²⁸¹.

²⁸¹ El Consejo ha resuelto que es facultad del titular de los datos que se encuentran en manos de la Administración decidir si requiere la información a través de la Ley 19.628 –en sede judicial- o vía Ley 20.285 –en sede administrativa a través del mismo Consejo-. Ha señalado “Que este Consejo estima que la información solicitada, atendida su naturaleza, se enmarca dentro de lo que la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, define en su artículo 2°, letra f), como datos personales, es decir, aquéllos relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables. En consecuencia, al haber requerido su titular dichos antecedentes al órgano reclamado, utilizando el procedimiento administrativo de acceso a la información, ha ejercido una de las prerrogativas que le confiere el artículo 12 de la Ley N° 19.628, conocido como el derecho de acceso a la información del titular de los respectivos datos personales, comprendido dentro de lo que se denomina *habeas data impropio*” (CPLT C759-10, considerando 5°).

CAPÍTULO III: CÓMO TRAMITAR UNA SOLICITUD DE INFORMACIÓN

3.1 ¿Cómo se debe solicitarse la Información ante un Órgano del Estado?

3.1.1 Requisitos que Debe Cumplir el Requerimiento

Esta materia está regulada en el artículo 12 de la Ley de Transparencia. Señala su inciso 1° que “La solicitud de acceso a la información debe hacerse por escrito o a través de sitios electrónicos y deberá contener:

- (a) Nombre, apellidos y dirección del solicitante y de su apoderado, en su caso.
- (b) Identificación clara de la información que se requiere.
- (c) Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado.
- (d) Órgano administrativo al que se dirige.”²⁸²

3.1.1.1 Debe formularse por escrito o a través de sitios electrónicos

3.1.1.1.1 Solicitudes por escrito “en papel”

Debemos recordar que la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo N° 19.880, consagra en su artículo 5° el Principio de Escrituración. Según esta regla, todos los procedimientos así como los actos de carácter administrativo

²⁸² Nos parece interesante destacar que al presentar una solicitud de información no es necesario señalar expresamente que se está haciendo uso de la Ley de Transparencia. Así por ejemplo, se ha señalado “Que, por su parte, la circunstancia de que el reclamante haya omitido la invocación de la Ley de Transparencia al momento de plantear su solicitud no puede constituir un argumento plausible para que la SEREMI reclamada no haya sometido a tramitación tal petición conforme al mérito de lo que en ella se requería –claramente una solicitud de acceso a información pública amparada por dicho cuerpo legal–, máxime si los únicos requisitos exigibles a toda solicitud de información son aquellos establecidos en el artículo 12 de la Ley de Transparencia y artículo 28 de su Reglamento” (CPLT C191-11, considerando 3°).

deben constar por escrito. En otras palabras, las actuaciones orales o de las que no hay registro escriturado, simplemente no valen. En materia de acceso a la información, la Ley también es bastante clara, por lo que las solicitudes de carácter oral, que no están en papel, no obligan al Órgano a entregar información, ni dan derecho a reclamar la denegación mediante amparo.

Si bien la ley solo exige que se presente “por escrito”, en la práctica es usual que muchos servicios dispongan o exijan al público la utilización de formularios. Nos parece que esta situación no es en absoluto irregular siempre y cuando no sea impuesta como un requisito imprescindible para que el órgano acepte a tramitación la solicitud. Volveremos a revisar esta situación en el punto 3.3.1.4 al tratar sobre los medios de prueba que se deben acompañar al escrito de amparo ante el Consejo como un requisito para acogerlo a tramitación.

Respecto al lugar físico donde estas deben presentarse las solicitudes ha existido una pequeña controversia con algunas reparticiones. El Reglamento de la Ley 20.285 en su artículo 28 letra “a” al describir los requisitos de admisibilidad señala que “Se formula por escrito o por sitios electrónicos, a través del sitio especificado para la recepción por el respectivo organismo público”, por lo que pareciera que se faculta a cada entidad a designar su propia vía de entrada y gestión de solicitudes. Adicionalmente debemos recordar que en virtud del Decreto 680 de 1990 del Ministerio del Interior, todos los servicios públicos dependientes de la Administración Central²⁸³, debieron implementar las Oficinas de Informaciones, Reclamos y Sugerencias, conocidas como “OIRS”, que en la mayoría de los servicios funcionan como puerta de entrada de las peticiones de información.

²⁸³ Los únicos órganos exceptuados del deber de contar con una OIRS, son el Ministerio de Defensa y su respectivas Subsecretarías, en virtud del Decreto 1.058 de 1991 del Ministerio del Interior.

En vista de lo anterior, surge la pregunta de si podría ingresarse materialmente un requerimiento por una vía que no ha sido designada expresamente por el órgano de la Administración. Nos referimos en particular a las tradicionales Oficinas de Partes. El Consejo para la Transparencia ha resuelto que en virtud del Principio de Facilitación del artículo 11 letra “f” de la Ley 20.285 según el cual los mecanismos y procedimientos de acceso a la información de la Administración deben favorecer el ejercicio del derecho y evitar obstruirlo, se puede hacer²⁸⁴.

Además de las vías indicadas, nos surge la interrogante si puede presentarse un requerimiento “en papel” por correo tradicional. A nivel comparado esto resulta bastante habitual, ya que muchas leyes de acceso a la información pública que datan de la segunda mitad del siglo XX, antes de la existencia de los medios electrónicos. Nos parece que dicha opción podría ser perfectamente legítima en Chile en virtud del Principio de Facilitación, no obstante habría que tomar ciertos resguardos relativos a poder demostrarle posteriormente al Consejo el despacho efectivo de la misiva. Estimamos que una carta certificada –de la cual queda registro de su emisión en la oficina de correo- basta para tal efecto²⁸⁵.

²⁸⁴ En una ocasión un ciudadano solicitó vía Ley de Transparencia al SEREMI de Transportes del Biobío, respuesta a una solicitud anterior que él mismo había presentado, a través de la Oficina de Partes. El órgano rechazó la solicitud argumentando que solamente la OIRS era un canal válido para los requerimientos de información pública. Se recurrió de amparo ante el Consejo, que ordenó la entrega de lo solicitado, pues la razón de la denegación carecía de fundamento: “Que ante esta alegación debe indicarse que la Oficina de Partes constituye un canal válido para que los ciudadanos ingresen solicitudes de acceso a la información. En otras palabras, que el reclamante haya presentado su requerimiento en la Oficina de Partes y no en la OIRS no invalida la solicitud ni sirve como excusa para que el órgano reclamado no dé curso a dicho requerimiento en conformidad con la Ley de Transparencia, pues no puede imponerse al requirente la carga de conocer el canal válido para hacer su petición de información en cada servicio...” (CPLT C549-09, considerando 3º). Idéntico criterio puede verse en la causa C3-11 contra el Instituto de Salud Pública.

²⁸⁵ En la causa C621-10, se solicitó a la Municipalidad de Arauco información sobre un concurso público a través de carta certificada desde otra ciudad. El órgano no respondió la misiva y el

3.1.1.1.2 Solicitudes a través de Sitios Electrónicos

Además de la posibilidad de realizar las solicitudes en papel, el artículo 12 señala que se pueden formular por “sitios electrónicos”, que de acuerdo al artículo 1° N°6 de la Ley de Transparencia, no son más que los sitios o páginas web de los órganos de la Administración.

Respecto de los requerimientos a través de la web, debemos señalar que no existe uniformidad en la Administración respecto a la forma en la cual se pueden realizar requerimientos de información a través de internet. La Corporación Participa y la Fundación Pro Acceso, realizando un estudio consistente en presentar requerimientos de información electrónicos, han concluido que existen diversos problemas respecto de la presentación de solicitudes vía internet, como exigir registrarse en el sitio web, exigir datos personales no contemplados en el artículo 12 de la Ley 20.285 -como número de teléfono o número de cédula de identidad-, e incluso de manera bastante reiterada problemas tecnológicos como páginas web caídas, enlaces rotos y cuentas de usuarios para solicitar información que no se activan. De hecho, de un total de 169 solicitudes intentadas como parte del estudio, concluyeron que más de la mitad de estas no pudo ingresarse desde la plataforma electrónica.²⁸⁶

Estos problemas relativos a las peticiones de información vía web no son menores, ya que como veremos más adelante en el punto 4.1.1 de este trabajo, el Consejo ha fallado reiteradamente que uno de los requisitos para admitir a tramitación un amparo por denegación de información o falta de respuesta, es presentar una copia de la solicitud original o al menos pruebas de su

asunto llegó al Consejo. Este último falló que debía entregarse lo solicitado, sin cuestionar la vía de ingreso del requerimiento.

²⁸⁶ Corporación Participa y Fundación Pro Acceso. 2011. Barreras de Acceso a la Información Pública [en línea] <
http://www.proacceso.cl/files/Resultados_Barreras_de_Acceso%20Mayo.ppt> P. 12.

presentación, cuestión virtualmente imposible si los sitios electrónicos no funcionan adecuadamente y no entregan al usuario una constancia del requerimiento realizado.

Nos surge la duda de si además de los formularios a través de internet, por vía electrónica también podrían presentarse solicitudes de información a través del correo electrónico²⁸⁷. Esto simplifica enormemente el problema de demostrar al Consejo que, efectivamente se presentó un requerimiento usando internet. En este caso surge la interrogante de si esto sería válido conforme al artículo 12 de la Ley y al 28 del Reglamento, y en caso afirmativo, a cuál casillas de correo sería procedente enviar el email.

El Consejo ha señalado que se puede presentar peticiones de información vía correo electrónico, cuando esto se haga a una casilla que el respectivo órgano de la Administración haya dispuesto para tal efecto. También se ha señalado que cuando se hacen al correo electrónico de la OIRS – que son un canal aceptado de entrada- las solicitudes de acceso a la información también son válidas²⁸⁸.

²⁸⁷ Tal como lo señalamos en el punto 1.2.2.4, el Ministerio Público no tiene formulario alguno, sino que en virtud de su Resolución 102/2011 que establece “Normas e Instrucciones para dar cumplimiento a las Disposiciones de la Ley 20.285” se estableció única y exclusivamente como medio para realizar solicitudes vía internet, el correo electrónico <transparencia@minpublico.cl>

²⁸⁸ En cierta oportunidad, se solicitó a la Policía de Investigaciones información sobre una diligencia policial a través de un correo electrónico a la OIRS de la institución. Por esa misma vía se respondió al requirente que para solicitar información debía ingresar al sistema de gestión de solicitudes disponible en la página web. Al no estar satisfecho con la respuesta, el solicitante presentó amparo ante el Consejo, el cual resolvió que el *email* si era un canal válido: “Al respecto, es pertinente aclarar que de acuerdo al artículo 28 del Reglamento de la Ley de Transparencia, para que una solicitud de acceso sea admisible es necesario, entre otros requisitos, a) —que se formule por escrito o por sitios electrónicos, a través del sitio especificado para la recepción por el respectivo organismo público... Pero además, atendido a lo dispuesto en el artículo 2° del D. S. N° 680/1990, del Ministerio del Interior, que aprobó las instrucciones para el establecimiento de las OIRS (Oficinas de Informaciones Reclamos y Sugerencias), señalando entre las funciones de estas últimas la de proporcionar información a los administrados, deben considerarse también como sitios especificados al efecto, las direcciones postales electrónicas de las OIRS. En consecuencia, ha de entenderse que la solicitud de la especie, en cuanto se dirigió a la dirección electrónica

No obstante la aceptación del *email*, debemos señalar que el Consejo ha fallado reiteradamente que los correos electrónicos de funcionarios públicos determinados, aun cuando se trate de las casillas oficiales, no son una vía idónea para ingresar requerimientos de información pública²⁸⁹.

3.1.1.2 Nombre, apellidos y dirección del solicitante y del apoderado, en su caso

El artículo 12 no exige más requisitos que señalar nombre completo y domicilio. En virtud de lo anterior, entendemos que los órganos de la Administración no están facultados para exigir otro tipo de información como podría ser nacionalidad, profesión u oficio, número de cédula de identidad, rol único tributario, estado civil o número telefónico del requirente. Al no exigir más información, el órgano pareciera está impedido de comprobar si la identidad ofrecida por el requirente es real o no, por lo que surge la duda de si puede pedirse información con un nombre falso.

pdi.oirs.contacto@investigaciones.cl, fue efectuada por un medio habilitado conforme a la Ley” (CPLT C168-10, considerando 2° letra “a”). El mismo criterio también pueden verse las resoluciones de las causas A326-09, C141-10 y C124-11.

²⁸⁹ EL Consejo ha señalado que no son válidos los correos electrónicos a los funcionarios, ni aún cuando sean del propio jefe de servicio. A modo de ejemplo, en una ocasión un subordinado solicitó al rector de la Universidad de los Lagos el resultado de un sumario administrativo, mediante un correo electrónico dirigido a la casilla de la máxima autoridad universitaria. Al no obtener respuesta, presentó un amparo ante el Consejo para la Transparencia. Entre otras razones, se rechazó la acción por no presentarse por un canal válido. Se resolvió que “este Consejo se ha pronunciado con respecto a las solicitudes de información formuladas a través de correo electrónico dirigido a la casilla de correo institucional de funcionarios de la Administración del Estado, concluyendo que tales requerimientos no cumplen con los requisitos para ser admitidos a tramitación como solicitud de información y, consecuentemente, no pueden dar lugar tampoco a un amparo del derecho de acceso a la información pública ante este Consejo, toda vez que, conforme al artículo 28 del Reglamento de la Ley de Transparencia, la solicitud de información será admitida a trámite por el órgano de la Administración si da cumplimiento, entre otros, al requisito de que ésta se formule por escrito o por sitios electrónicos, a través del sitio especificado para la recepción por el respectivo organismo público” (CPLT C671-10, considerando 5°), criterio usado también en las causas C612-09, C1-10, C68-10, C567-10.

En uno de los modelos inspiradores de la nuestra Ley de Acceso a la Información, México, esta discusión se ha dado en varias oportunidades ante el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI) –símil de nuestro Consejo para la Transparencia-, al presentarse requerimientos de información a órganos federales a nombre de personajes conocidos como Mickey Mouse, Vicente Fox y Osama Bin Laden. En estos casos, el IFAI ha ordenado la entrega de información sin condicionar la identidad ya que “la premisa para los comisionados del IFAI y en sí para todos los empleados del Instituto, es que si la información es pública, se debe entregar. Las únicas peticiones que obligan al solicitante a identificarse son las que se relacionan con información de datos personales, es decir, si una persona solicita documentos relativos a su persona, expedientes médicos...”²⁹⁰.

Chile Transparente -Capítulo chileno de Transparencia Internacional- estima, que plantear el problema de una identidad falsa es irrelevante. Ha señalado que “no puedes tener garantía de la individualización de la persona que te está solicitando información. Si alguien pide tener acceso a una información, es porque hay una persona que cree que esa información es pública y no puedes discutir la legitimación de esa persona para pedir información”²⁹¹.

Finalmente, nos surge la duda de si sería lícito en Chile pedir información usando una identidad falsa, como Mickey Mouse. Hemos señalado que la Ley de Transparencia no faculta a los órganos del Estado a realizar comprobaciones de identidad. Aun más, el Consejo para la Transparencia en

²⁹⁰ SAÚL RODRÍGUEZ, LILIA. 2007. Bin Laden y Mickey Mouse van al IFAI. El Universal, México D.F., 9 de noviembre [en línea] <<http://www.eluniversal.com.mx/primer/29895.html>>

²⁹¹ LARRAÍN FERNÁNDEZ, HERNÁN. 2009. Transparencia: la Modernización que Faltaba. 1ª Ed., Santiago, Editorial JGE. P 96

sus formularios de amparo que ofrece en su sitio web²⁹² tampoco exige más información que nombre y domicilio de quien deduce el amparo, y solo de forma opcional permite ofrecer un correo electrónico, por lo que en la práctica, no hay inconveniente en hacerlo²⁹³.

Respecto del domicilio, este requisito es fundamental para los procedimientos de acceso a la información pública, pues el inciso 3° del artículo 12 señala que en caso que un solicitante no indique una dirección de correo electrónico para ser notificado éstas se le realizarán en su domicilio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, por carta certificada o personalmente por un funcionario.

En el caso que la petición de información se hiciera a través de apoderado, la solicitud misma tampoco debería tener más información que nombres completos y domicilios de representante y representado. No obstante lo anterior, hemos señalado en el punto 1.1.2, que el Consejo ha fallado reiteradamente que en caso de hacerlo mediante apoderado, el mandato para efectos de la Ley de Transparencia debe hacerse siguiendo las reglas de la Ley 19.880, por lo que debe constar en escritura pública, o privada suscrita ante notario.

²⁹²EL formulario para presentar amparos, puede descargarse en la dirección http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20090416/asocfile/20090416154313/formulario_amparo.pdf

²⁹³ El problema de señalar una identidad falsa, vendría si el Consejo para la Transparencia decide por ejemplo citar a una audiencia, o al momento de presentar un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, ya que para conferir poder a un abogado hay que identificarse ante un Ministro de Fe.

3.1.1.3 Identificación clara de la información que se requiere

Otro requisito fundamental que exige la Ley es identificar de la manera más precisa posible la información que se desea. Para interpretar qué debemos entender por “identificación clara”, el Reglamento y la jurisprudencia del Consejo nos entregan algunos elementos.

El artículo 28 letra “c” del Reglamento de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública señala que se entiende que en el requerimiento está claramente identificada la información “cuando indica las características esenciales de ésta , tales como su materia, fecha de emisión o período de vigencia, origen o destino, soporte, etcétera”.

A lo largo del tiempo, el Consejo ha ido entregando en su jurisprudencia, algunos elementos que permiten complementar el concepto de información clara. Ha señalado que un requerimiento identifica claramente la información, cuando el organismo público es capaz de individualizar los datos requeridos, únicamente en base a los antecedentes presentados por el solicitante, sin necesidad de realizar otras gestiones²⁹⁴.

Siguiendo esa idea, para pedir documentos –por ejemplo-, bastaría con informar al órgano de las características que lo identifican respecto de otros de manera que al órgano no sea posible confundirlo con otros, como podría ser señalando el tipo de información²⁹⁵ o de acto administrativo que se requiere, el

²⁹⁴ Esto se señaló en una causa contra el SII, en que se pedía información de fusiones de roles de inmuebles en un centro comercial, indicando solamente las características físicas y ubicación de las tiendas objeto de su solicitud. El Consejo rechazó el amparo, señalando que “para que una solicitud identifique claramente la información solicitada, se requiere que, en base únicamente a los antecedentes proporcionados por el peticionario, sea posible al órgano reclamado identificar o individualizar la información requerida, sin que sea necesario la realización de gestiones previas necesarias para su adecuada comprensión” (CPLT A317-09, considerando 11°).

²⁹⁵ Debemos recordar que de acuerdo al artículo 5° de la Ley de Transparencia es Información pública los actos y resoluciones, sus fundamentos y documentos que sirven de complemento, procedimientos, toda la información creada con presupuesto público y toda otra información que

rol o número de carátula que este posee, la fecha de su dictación, la identificación de las autoridades que participaron, el lugar donde se encuentra físicamente o de archivo, y en general la mayor cantidad de datos referidos a individualizar lo que se desea²⁹⁶.

No obstante esta exigencia de precisión, cuando se solicita gran cantidad de información, actos administrativos o documentos, sin indicar las fechas o períodos de vigencia exactos de éstos, el Consejo ha hecho una excepción. Ha interpretado que en dichas situaciones, deben entregarse todos los instrumentos que medien entre la fecha de la solicitud de información, y la fecha en que el órgano de la Administración entregue su respuesta²⁹⁷.

obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas, y en conformidad al artículo 10°, además son públicos las actas, los expedientes, contratos y acuerdos.

²⁹⁶ El Consejo ha señalado, como ejemplo de características esenciales para identificar un sumario contra funcionarios públicos, la individualización del acto administrativo que dio origen al procedimiento con su número de carátula y fecha de dictación. En una causa contra el Servicio Nacional de Aduanas, se falló que “la solicitud de la reclamante identifica con suficiente claridad la información que se requiere, ya que en ésta se encuentran contenidas las características esenciales de la misma, toda vez que la peticionaria singulariza con total precisión la Resolución Exenta con que se dio inicio al sumario solicitado, como también su fecha...” (CPLT C791-10, considerando 6°).

²⁹⁷ En el año 2009, un funcionario de la Universidad de los Lagos solicitó al Departamento de Recursos Humanos de la Institución, información respecto de cuántas personas habían sido desvinculadas en relación a un anuncio de la Casa de Estudios de reducción de personal, aunque el requerimiento no indicaba exactamente el período de tiempo al que se refería la consulta. El organismo no respondió, y el asunto llegó al Consejo, que determinó debía entregarse la información correspondiente al período de tiempo entre la solicitud y la respuesta: “Que, por otra parte, al no señalar un horizonte de tiempo en que se circunscribe lo requerido, por cuanto sólo establece un límite –“*hasta el día que se haya evacuado el informe*” solicitado en la letra a) de la solicitud–, por aplicación de los principios de máxima divulgación y facilitación, consagrados en el artículo 11, letras d) y f) de la Ley de Transparencia respectivamente y de acuerdo al criterio que en materia de vigencia de la información requerida ha adoptado por este Consejo en el considerando 4), letra c) de la decisión recaída sobre el amparo A39-09 en orden a “*que el silencio a este respecto supone que se trata de los vínculos vigentes en alguna parte del periodo transcurrido entre la presentación de la solicitud y su respuesta*”, este Consejo estima que la solicitud de acceso debe entenderse referida a la información que consta en los actos administrativos que hayan dispuesto el cese de funciones de los funcionarios, y que se hayan dictados entre el periodo transcurrido entre la presentación de la solicitud y el cumplimiento del plazo para dar respuesta a la misma, establecido en el

3.1.1.4 Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado

Otro requisito exigido por el artículo 12, es que los requerimientos estén debidamente firmados por quien los realiza. Para las solicitudes hechas en papel, nos parece que el tema de la firma no ofrece mayores problemas. Al respecto podemos señalar que el Diccionario de la Real Academia Española define la firma como “nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido”.

Respecto de las solicitudes realizadas a través de internet, *a priori* no está tan claro cómo se puede estampar una firma en un formulario o correo electrónico. El Reglamento de la Ley de Transparencia nos entrega ciertos elementos. El artículo 28 letra “d” dispone como requisito de admisibilidad de una solicitud que se contenga “la firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado, entre los cuales se entiende incluida la firma electrónica simple o avanzada”, por lo que debemos remitirnos a la Ley sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma N° 19.799 de 2002 –Ley de Firma Electrónica-, que contiene algunas definiciones importantes:

Firma Electrónica (artículo 2° letra “f”): “cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor”. Es tan amplia esta definición, que entendemos que bastaría con escribir nombre y apellidos para cumplir a cabalidad el requisito de firmar electrónicamente una solicitud.

artículo 14 de la Ley de Transparencia, por cuanto el organismo reclamado no dio respuesta a la solicitud de la especie” (CPLT C48-10, considerando 9°). Mismo criterio puede verse en A143-09.

Firma Electrónica Avanzada (artículo 2° letra “g”): “aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”. Los prestadores acreditados son exclusivamente los que están autorizados por la Subsecretaría de Economía. En otras palabras, la firma avanzada es la que usa sistemas informáticos de seguridad complejos, que solo pueden ser prestados por algunos proveedores autorizados por el Estado, con el fin de asegurar la identidad del sujeto que la utiliza.

El Consejo para la Transparencia ha resuelto respecto a la firma electrónica, que dichas normas deben interpretarse de manera extensiva conforme al Principio de Facilitación. Ha resuelto que los correos electrónicos son documentos dotados de firma electrónica pues se puede identificar al autor²⁹⁸ y que en general basta con que el remitente escriba su nombre en la solicitud para que estemos en presencia de una firma electrónica simple²⁹⁹.

²⁹⁸ En una causa contra la PDI el Consejo falló que “al tenor de lo dispuesto por el artículo 2° f) de la Ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, los correos electrónicos deben considerarse documentos electrónicos dotados de una firma electrónica simple, pues en ellos el receptor del documento puede identificar, al menos formalmente, a su autor” (CPLT C591-09, considerando 7°).

²⁹⁹ En otra causa contra la PDI, el Consejo para la Transparencia resolvió que “por cuanto el Reglamento de la Ley de Transparencia al regular este requisito, señala que entre los medios para estampar la firma del solicitante se incluye la firma electrónica simple o avanzada, entendiéndose que un correo electrónico con el nombre del remitente constituye firma electrónica simple, al tenor de la Ley N° 19.799, sobre firma electrónica” (CPLT C168-10, considerando 2° b)

3.1.1.5 Órgano administrativo al que se dirige

Finalmente, el artículo 12 de la Ley de Transparencia, señala como requisito que la solicitud debe identificar claramente al órgano al cual se dirige. Si bien la Ley habla de “órgano”, hemos señalado en el punto 1.2.1 de este trabajo que el Consejo en sus fallos prefiere hablar de “Entidades Públicas”, ya que la Ley se aplica a todo tipo de servicios de la Administración del Estado, sin distinguir si este fuera dependiente de otro u independiente, concentrado o desconcentrado, centralizado o descentralizado, de si tiene personalidad jurídica o carece de esta. De este modo, una solicitud de información puede presentarse ante cualquier órgano, servicio dependiente, departamento, división, oficina, unidad, etcétera, siempre y cuando el requerido se identifique claramente en la solicitud.

3.1.2 ¿Es necesario expresar causa al requerir información?

La ley de Transparencia consagra en su artículo 11 el Principio de la No Discriminación según el cual “los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud”. De acuerdo a esta norma, la respuesta a la pregunta es evidente. Los funcionarios públicos encargados de gestionar las solicitudes de información no están facultados para exigir la indicación de las causas que llevaron al ciudadano a requerir información, ni menos para rechazar las peticiones que no las contengan.

El Consejo ha debido representar en reiteradas ocasiones a los órganos de la Administración que no se puede condicionar el derecho de acceder a la información pública por las motivaciones que tenga cada persona³⁰⁰,

Del mismo modo, el Consejo para la Transparencia ha desestimado la alegación de algunos servicios públicos en el sentido que para requerir información se requeriría algún tipo de relación o vínculo previo con el órgano requerido o la información solicitada³⁰¹.

3.1.3 Indicaciones Opcionales

Aparte de los requisitos obligatorios que contempla del inciso 1° del artículo 12, existen algunas indicaciones opcionales que el solicitante puede señalar en su requerimiento. En primer lugar, la forma en que desea ser notificado de las actuaciones del procedimiento. En segundo lugar, el medio por el cual se desea recibir la información. En tercer lugar, el soporte o formato en la cual se quiere. La primera y segunda de estas indicaciones tienen como

³⁰⁰ En una ocasión el Servicio Nacional de Aduanas de la Región de Antofagasta denegó el acceso a un sumario administrativo, exigiendo al solicitante de manera previa que precisara “en qué calidad” realizaba la petición de información. El asunto llegó al Consejo, que ordenó la entrega, señalando que “la circunstancia que la reclamante no haya indicado la calidad en que solicitaba tal información, no obsta a que ésta deba ser entregada si es que no concurre alguna de las causales de secreto o reserva establecidas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia, ya que en dicha ley no se establece como exigencia previa para poder acceder a la información pública que el requirente exprese en su solicitud ni la calidad en que solicita la información ni el uso que pretende darle a la misma” (CPLT C791-10, considerando 8°).

³⁰¹ En una ocasión, se falló contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones que “este Consejo no estima procedente la afirmación que la reclamada efectúa en sus descargos en orden a que *‘la recurrente no tiene relación alguna con el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, encontrándose regulada la forma en que debe procederse al pago de la remuneración...’*. En efecto, la Ley de Transparencia no requiere que el solicitante de información deba tener un —vínculo previo con el organismo al que requiere la información, por lo que mal puede fundarse en este requisito la no entrega de la información solicitada” (CPLT C385-09, considerando 3°).

fuente directa la Ley. La tercera es un desarrollo jurisprudencial del el Consejo para la Transparencia

3.1.3.1 Forma de Notificación

El artículo 12 de la Ley de Acceso a la Información Pública establece en su inciso 3° que “El peticionario podrá expresar en la solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada. En los demás casos, las notificaciones a que haya lugar en el procedimiento se efectuarán conforme a las reglas de los artículos 46 y 47 de la ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos”³⁰².

La norma es clara, es facultad del peticionario decidir si desea ser notificado al correo electrónico. En caso que no se indique, el órgano está obligado a aplicar las reglas de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece como regla general que las notificaciones deben ser hechas por carta certificada y luego da otras opciones como que sean hechas por funcionario del

³⁰² Art. 46. Procedimiento. Las notificaciones se harán por escrito, mediante carta certificada dirigida al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad.

Las notificaciones por carta certificada se entenderán practicadas a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de Correos que corresponda.

Las notificaciones podrán, también, hacerse de modo personal por medio de un empleado del órgano correspondiente, quien dejará copia íntegra del acto o resolución que se notifica en el domicilio del interesado, dejando constancia de tal hecho.

Asimismo, las notificaciones podrán hacerse en la oficina o servicio de la Administración, si el interesado se apersonare a recibirla, firmando en el expediente la debida recepción. Si el interesado requiriere copia del acto o resolución que se le notifica, se le dará sin más trámite en el mismo momento.

Art. 47. Notificación tácita. Aun cuando no hubiere sido practicada notificación alguna, o la que existiere fuere viciada, se entenderá el acto debidamente notificado si el interesado a quien afectare, hiciere cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad.

servicio en el domicilio del requirente, personalmente si el solicitante se apersonare en las oficinas de la entidad, e incluso incluye la notificación tácita. Además, el Consejo ha declarado expresamente que están prohibidas las notificaciones telefónicas, ni aun cuando esto se pidiera expresamente en un requerimiento de información³⁰³.

3.1.3.2 Formato en que se desea la información: Las copias autorizadas

Un interesantísimo asunto que se ha tratado ante el Consejo, es si existe la posibilidad que las personas puedan tener acceso a información en manos del Estado, no a través de formato digital o simples fotocopias, sino a través de copias autorizadas o certificadas por el órgano que tiene los datos. Al respecto, el inciso 1° del artículo 17 de la Ley de Transparencia dice que “La información solicitada se entregará en la forma y por el medio que el requirente haya señalado, siempre que ello no importe un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional, casos en que la entrega se hará en la forma y a través de los medios disponibles”. Basado en dicha disposición, el Consejo para la Transparencia ha resuelto de manera reiterada que la información en manos de la Administración, puede requerirse en copia simple o copia autorizada³⁰⁴.

³⁰³ Esto se declaró en el caso C17-10 contra la Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana. Dada la existencia en la Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo del denominado Principio de Escrituración, todas las actuaciones de las cuales no quede un registro escrito no tienen validez jurídica.

³⁰⁴ El origen de esta jurisprudencia estuvo en que dado el excesivo formalismo existente en Chile, es bastante usual que para realizar trámites de todo tipo se soliciten documentos autorizados ante Notario u otro Ministro de Fe. Ejemplo de lo anterior es el caso en que una funcionaria de la Subsecretaría de Salud solicitó al Ministerio del ramo “copia autorizada de su contrato” para poder realizar trámites en instituciones privadas. El órgano estimó improcedente la solicitud y se presentó un amparo ante el Consejo. Este último resolvió que si procedía y “que la información pública que obra en poder de los órganos de la Administración del Estado puede solicitarse en original, en copia simple o en copia autorizada. Esto, toda vez que la autorización de las copias es la única manera de demostrar de manera indubitada el origen de la información ante terceros” (CPLT A243-09, considerando 6°). Mismo criterio puede verse en los fallos A29-09, A146-09, C401-09, C614-09, C480-09, C38-10, C41-10, C44-10, C58-10, C92-10, C34-11 y C165-11.

La forma de autorizar un documento es bastante simple. Basta que el funcionario del órgano que actúe como Ministro de Fe certifique su autenticidad con su firma y timbre. Dada la simpleza del trámite, el Consejo ha dispuesto que no se puede cobrar por otorgar un documento certificado³⁰⁵, lo que es sin perjuicio del cobro de los costos generales de reproducción que vimos en el acápite 2.3.1.

3.1.3.3 Medio por el cual se desea se desea recibir la Información

Entendemos que el artículo 17 de la Ley, al referirse a que la información se entregue por el medio indicado por el solicitante, se refiere al aspecto físico, es decir a si se desea recibir al correo electrónico o en papel en el domicilio del requirente. No obstante esta disposición, y atendido que la norma contempla excepciones en materia de costos, el Consejo ha aceptado otras formas de entregar la información.

Por ejemplo, cuando se trata de mucha información, estadísticas, bases de datos en manos del Estado o parte de estas, se ha aceptado que los datos se entreguen en formatos electrónicos de almacenamiento y no en papel. Cuando se trata no de documentos particulares, sino de expedientes, carpetas o proyectos completos, en que enviarlos sería muy caro para el órgano o deben cobrarse costos de reproducción según vimos en el punto 2.3.1, el Consejo ha validado que la información quede en las oficinas estatales para el retiro por el solicitante. También que sea entregada por un funcionario en el domicilio del requirente, siempre que se firme un recibo para tal efecto.

³⁰⁵ En el mismo caso anterior contra la Subsecretaría de Salud, el Consejo aprovechó de establecer la gratuidad de la autorización del documento. Sobre el particular se señaló que “no se considera que el otorgar una copia certificada de un solo documento pueda constituir un costo excesivo o un gasto no previsto en el presupuesto institucional” (CPLT A243-09, considerandos 9°).

Debemos destacar que el Consejo ha establecido que el soporte de la información no puede ser un impedimento para su entrega. Haciendo uso de la facultad de dictar Instrucciones Generales que le entrega el artículo 33 letra “d” de la Ley de Transparencia, se adoptó la Instrucción General N° 6 sobre Gratuidad y Costos Directos de Reproducción³⁰⁶, publicada en el Diario Oficial el 30 de marzo de 2010. En su artículo 2° señala que “Se entregará al requirente copia del original solicitado, pudiendo su contenido consistir en datos, voz, imágenes, videos, planos o informes, entre otros. Podrá entregarse de modo telemático (por medio de correo electrónico, por ejemplo) o físico, empleándose el soporte que el requirente haya señalado: papel (fotocopia, impresión, braille), medios magnéticos (cintas de video, cintas de audio, diskettes, discos duros, cintas magnéticas, etcétera), medios electrónicos (memorias, pendrives, etcétera) y medios ópticos (CD, DVD, Blue Ray, etcétera), entre otros”.

En aplicación de dicha Instrucción, cualquier ciudadano puede solicitar información en prácticamente cualquier soporte existente, sin que pueda cobrarse más que los costos de reproducción y sin que corresponda en principio al órgano rechazar un formato en particular³⁰⁷.

³⁰⁶ Consejo para la Transparencia. 2010. Instrucción General N° 6 sobre Gratuidad y Costos Directos de Reproducción [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100416/asocfile/20100416205931/instruccion_general6.pdf>

³⁰⁷ En cierta oportunidad se solicitó a la Municipalidad de Vitacura las actas y los audios de las sesiones del Concejo Municipal. El órgano entregó las actas, y pese a reconocer su existencia, rechazó entregar los registros de audio por estimarlo “irrelevante” toda vez que estos habrían sido copia fiel de las actas. Presentado un amparo por el requirente, el Consejo para la Transparencia resolvió “Que, no obstante las actas entregadas al reclamante pueden constituir una transcripción fiel de las sesiones del Concejo Municipal, la información ha sido solicitada en un soporte específico (audio), el cual obra en poder del órgano administrativo en formato cassette, y su naturaleza pública no ha sido controvertida por el municipio, razón por la cual la información requerida debe estimarse pública, encontrándose el órgano obligado a su entrega, previo pago de los costos directos de reproducción que ésta suponga”. Además, se reprochó al municipio realizar la calificación de irrelevancia y se señaló que “sobre el particular, es menester representar al municipio que su respuesta constituye una infracción a lo dispuesto

3.2 ¿Qué debe hacer el Órgano frente a una Solicitud de Información?

3.2.1 Examen de Admisibilidad

Una vez presentada la solicitud, el órgano debe realizar un somero examen de admisibilidad del cumplimiento de los requisitos formales del inciso 1° del artículo 12 de la Ley de Transparencia que son (1) Nombre, apellidos y dirección del solicitante y del apoderado, en su caso, (2) Identificación clara de la información que se requiere, (3) Firma del solicitante estampada por cualquier medio habilitado, y (4) Órgano administrativo al que se dirige.

En caso que no se cumplan dichos requisitos, se aplica la institución denominada “Inadmisibilidad Provisoria”. El inciso 2° de artículo 12 dispone que “Si la solicitud no reúne los requisitos señalados en el inciso anterior, se requerirá al solicitante para que, en un plazo de 5 días contado de la respectiva notificación, subsane la falta, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá desistido de su petición”. Nótese que de acuerdo al artículo 29 del Reglamento, la declaración de desistimiento no requiere de una resolución posterior del órgano. Ni la Ley ni el Reglamento señalan un plazo para la realización de este examen.

En resumen, si realizando el examen de admisibilidad, el órgano nota algún vicio de forma, debe notificarlo al solicitante. Este último, una vez notificado, tiene 5 días hábiles para subsanar su petición³⁰⁸. En virtud del artículo 31 del Reglamento, solo una vez que el órgano haya recibido la nueva

por el artículo 11, letra a), de la Ley de Transparencia, toda vez que obrando en su poder la información solicitada, éste estimó irrelevante su entrega en el soporte requerido, en circunstancias que dicha disposición legal presume la relevancia de la información solicitada, cualquiera sea su formato o soporte” (CPLT C756-10, considerandos 4° y 5° respectivamente).

³⁰⁸ Debemos recordar que en conformidad al artículo 1° N° 3 de la Ley 20.285 y al artículo 25 de la Ley 19.880, los plazos en materia administrativa corren de lunes a viernes, excepto festivos, y en caso de vencer un día inhábil, se tiene plazo hasta el día hábil siguiente.

solicitud que cumpla con todos los requisitos ya estudiados, comienza a correr el plazo para responder.

3.2.2 Alternativas del Órgano

El artículo 32 del Reglamento de la Ley 20.285 dispone que: “admitida a trámite la solicitud, el órgano requerido tendrá tres alternativas: entregar la información, comunicar a los terceros la facultad que le asiste para oponerse a la entrega, o denegar la solicitud”. A estas debemos agregar otras dos opciones posibles: declararse incompetente, y derechamente no responder la solicitud. Por el artículo 14 de la Ley de Transparencia, el órgano tiene 20 días hábiles para pronunciarse sobre la solicitud, aunque este plazo puede ampliarse por 10 días más por causas fundadas y previa notificación al solicitante. Veremos todas las alternativas en detalle.

3.2.3 Entrega de la Información

Es la regla general. El artículo 16 de la Ley de Transparencia establece que “La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada... o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley”.

La información se deberá entregar en la forma y medios pedidos, como vimos en el los puntos 3.1.3.2 y 3.1.3.3. En el mismo sentido, el artículo 19 de la Ley 20.285 dispone que la entrega se haga sin imponer condiciones de uso o restricciones. No obstante lo anterior, el artículo 18 señala que cuando deban cobrarse costos por la reproducción se suspende la entrega mientras el solicitante no concurra a pagarlos.

Adicionalmente la entrega debe hacerse de manera oportuna. El artículo 11 de la Ley contempla el Principio de Oportunidad, según el cual la entrega de información debe hacerse con la mayor celeridad posible y evitando cualquier trámite dilatorio. El artículo 14 dispone que en caso que el órgano no crea que concurra alguna causal de secreto o reserva, debe procederse a la entrega en un plazo máximo de 20 días hábiles desde la recepción de la solicitud, ampliable a 10 días más en caso que sea difícil para el órgano reunir todo lo solicitado. Cuando se ejerce esta facultad, debe notificársele al requirente antes que venza el plazo de 20 días.

Además, el artículo 33 del Reglamento de la Ley de Transparencia ordena a las instituciones públicas, a contar con un sistema que certifique la entrega de la información al solicitante. El motivo es claro: en caso de ser presentado un amparo ante el Consejo, los órganos del Estado deben contar con algún medio de prueba que demuestre que se expidió respuesta en tiempo. Por ejemplo, el Consejo ha aceptado que cuando la información se envía por carta certificada, se puede probar la entrega mediante la exhibición del recibo del correo³⁰⁹ y que cuando se envía por correo electrónico, se prueba con una copia del envío del correo³¹⁰.

Hemos señalado que la entrega de la información es la regla general en la Ley de Acceso a la Información Pública. No obstante este principio, la falta respuesta por parte de la Administración es relativamente habitual. El mismo Consejo para la Transparencia en una medición estimó que el 14% de las acciones ingresadas no tiene una respuesta formal de los respectivos

³⁰⁹ Esto se ha aceptado, por ejemplo, en las causas A82-09 contra la Dirección General de Carabineros de Chile, la C370-10 contra la Comisión Nacional del Medio Ambiente y la C604-11 contra la Universidad de Chile.

³¹⁰ Este criterio puede verse en la causa contra el Servicio Nacional de Aduanas A326-09, en la cual el requirente acompañó al Consejo, como prueba de la presentación de su solicitud, copia del correo electrónico. El caso fue admitido a tramitación, y finalmente acogido en todas sus partes.

organismos³¹¹, y que en general los servicios y ministerios del área social son los de más pobre desempeño. Esto resulta particularmente preocupante, ya que los últimos son precisamente los órganos más requeridos por el público³¹².

Finalmente, debemos expresar que el Consejo para la Transparencia ha establecido como jurisprudencia uniforme que tanto la falta de respuesta a la solicitud y entrega de la información requerida, así como la entrega tardía, son causales válidas para presentar un amparo en razón del artículo 24 de la Ley de Acceso a la Información Pública, y en ambos casos se puede sancionar al jefe del servicio, con una multa que va entre el 20% al 50% de su remuneración, conforme al artículo 39 del Reglamento.

3.2.4 Denegar la solicitud

La segunda opción que tiene la Administración es denegar el requerimiento de acceso a la información, materia regulada en el artículo 16 de la Ley 20.285. En síntesis, este establece que se deberá proporcionar la información, salvo que concurra alguna causal de secreto reserva que establece la Ley (inciso 1°); que la negativa debe formularse por escrito (inciso 2°); que la decisión debe ser fundada, especificando la causa legal invocada y las razones que la fundan (inciso 3°); y que la resolución denegatoria debe notificarse al requirente por el medio que este dispuso (inciso 4°).

Desde sus inicios, la Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia ha sido extremadamente exigente en cuanto a las resoluciones denegatorias

³¹¹ Consejo para la Transparencia. 2011. Estudio sobre el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20110603/asocfile/20110603121226/conferencia_estudio_dai_ppt_final.pdf> P. 16

³¹² Comisión de Probidad y Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Ob Cit, P. 5

por parte de las instituciones públicas. Dada la existencia del Principio de Apertura o Transparencia, según el cual la información se presume pública a menos que concurra una causa de excepción establecida, se ha fallado que es el órgano que no consiente la entrega, es quien debe destruir la presunción legal de publicidad³¹³. Sobre él recae toda la carga de la prueba³¹⁴. En caso que esto no se logre, corresponde derechamente la entrega de lo solicitado. En esta materia, la Corte de Apelaciones de Santiago ha ratificado el criterio del Consejo.³¹⁵

³¹³ En el primer amparo que se presentó ante el Consejo, este resolvió que es al órgano de la Administración a quien corresponde probar la causal. En la causa contra el Gobierno Regional de Los Lagos se falló que para que estas excepciones a la obligación de entregar información surtan efectos deben ser acreditadas por quien las alega” (A1-09, considerando 10°).

El Consejo para la Transparencia ha debido recalcar en numerosas ocasiones la existencia de la presunción legal de publicidad. Ha señalado por ejemplo –en una causa contra la Inspección del Trabajo de Curicó- “Que, según ya ha señalado este Consejo, la presunción de publicidad establecida en el artículo 11, letra c), de la Ley de Transparencia responde a la condición de regla general que el artículo 8° de la Constitución otorga a la publicidad de los actos de la Administración y sus fundamentos, conforme a la cual la carga de la prueba de las circunstancias de las que depende la concurrencia de una causal de secreto o reserva, que levante o releve el deber de entregar la información, corresponde a quien la alega, vale decir, al organismo público” (CPLT C153-11, considerando 5°)

³¹⁴ El Consejo ha sido claro en que la carga de la prueba recae sobre el órgano que deniegue la información solicitada. En una oportunidad se solicitó al SEREMI de Agricultura de Aysén diversa información sobre los proyectos hidroeléctricos de Hidroaysén y Energía Austral. El órgano se limitó a responder que no podía satisfacer el requerimiento por ser este “genérico”. Deducido amparo, el Consejo resolvió que “si de una circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega... Por lo mismo, la falta de prueba que respalde esa afirmación llevará a rechazar esta alegación” (CPLT A39-09, considerando 5°)

³¹⁵ La Corte Capitalina conociendo un reclamo de ilegalidad presentado por la USACH contra el Consejo para la Transparencia, ha fallado que “de esta manera, siendo la reclamante un órgano de la Administración del Estado y existiendo la presunción legal a que se ha hecho referencia, no cabe duda que -en principio- toda la información que posee es de carácter público, por lo cual, para negarse a proporcionarla dichos datos a quienes se lo soliciten debería, en primer término, probar legalmente que la información requerida es reservada, privada o sensible, de manera que, mientras no se pruebe dicha característica, el órgano se encuentra en la obligación de entregar los antecedentes solicitados” (C.A. Stgo rol 1803-2010, considerando 5°)

3.2.5 Comunicar a terceros su derecho a oponerse

Otra opción que tienen los órganos del Estado, a medio camino entre la entrega y la denegación de la información, es que el jefe superior del servicio estime que antes de resolver entre alguna de las dos opciones, deba realizar como gestión previa comunicar a terceros la facultad que tienen de oponerse a la entrega por verse involucrados sus derechos. De acuerdo al artículo 21 N° 2 de la Ley de Acceso a la Información Pública, no cualquier derecho de un tercero puede ser sujeto de reserva, sino solamente los relativos a la seguridad, salud, privacidad³¹⁶ y los de carácter comercial o económico.

Nos parece relevante señalar que se ha fallado que los terceros no pueden oponer como excepción la causal del debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, sino que esta causal solo puede invocarla la Administración³¹⁷.

El procedimiento es bastante breve en lo que a plazos se refiere. La jefatura que considere que la divulgación pudiera afectar los derechos de una o más personas determinadas, debe notificarles dentro de 2 días hábiles de la recepción de la solicitud, vía carta certificada, de la facultad que la Ley les concede de oponerse a la entrega de los antecedentes pedidos. Los terceros tienen un plazo de 3 días hábiles para oponerse, desde la fecha de la

³¹⁶ Como vimos en el acápite 2.2.2.3, se ha fallado reiteradamente que los funcionarios públicos tienen un margen menor de privacidad del resto de los ciudadanos, y que por tanto no procede otorgarles la facultad de oponerse del artículo 20 de la Ley de Transparencia, sino que corresponde la entrega directa de la información requerida.

³¹⁷ Esto se resolvió con ocasión de un requerimiento de información hecho al Servicio Nacional de Aduanas, respecto al estado de tramitación de unas denuncias. El órgano mandó a notificar de la petición a los terceros, los cuales se opusieron entre otras razones, por la causal del debido cumplimiento de las funciones del servicio. El asunto llegó al Consejo, que resolvió “Que respecto de la causal de secreto o reserva... se debe señalar que la invocación de ésta corresponde al órgano requerido. Lo anterior se desprende de la mera lectura del art. 21 N° 1, pues éste dispone que la publicidad debe afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, de manera que sólo el Servicio Nacional de Aduanas está facultado para invocar la causal señalada y no un particular...” (CPLT A37-09, considerando 5°) .

notificación, por escrito y expresando causa, y si lo hacen, el órgano no podrá entregar la información solicitada, salvo resolución en contra del Consejo para la Transparencia. En caso que los terceros no se opongan, la ley presume que acceden a la entrega.

No obstante la aparente simpleza del trámite, estimamos que son necesarias algunas precisiones.

Los terceros afectados deben ser personas determinadas. El artículo 20 de la Ley de Transparencia señala que debe notificarse a “la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente”, por lo que entendemos que debe tratarse de personas concretas con nombre y apellido, y no puede invocarse la causal de manera genérica o sobre personas abstractas.

Respecto a los plazos en cuestión -2 días hábiles para el órgano para comunicar al tercero y 3 días a los terceros para oponerse-, surge la pregunta de cuál sería la sanción en caso de incumplimiento. Respecto del primero, el Consejo ha resuelto que los terceros no tienen por qué verse afectados en caso de retraso del servicio³¹⁸. Respecto del segundo plazo, el inciso final del artículo 20 es claro. Si no se deduce oposición por el tercero, se entiende que el tercero accede a la entrega, o dicho de otro modo, no se destruye la presunción de publicidad que tiene toda la información en manos del Estado en conformidad al artículo 5° de la Ley 20.285.

³¹⁸ Esto se resolvió con ocasión de un requerimiento a la Inspección del Trabajo de Santiago, en la cual se solicitó copia de un contrato colectivo de trabajo de una empresa del Transantiago, que estaba en manos del órgano por haber sido un funcionario Ministro de Fe de la firma del acuerdo. El servicio notificó a la empresa y el solicitante presentó un amparo por estimar que no recibió respuesta dentro del plazo legal. El Consejo resolvió que “si bien la comunicación del derecho a oponerse se realizó fuera del plazo establecido para este efecto en la ley, cabe tener por interpuesta la oposición, toda vez que dicho tercero ejerció su derecho dentro del plazo legal desde que le fue notificada tal comunicación y no es imputable a éste el que el órgano requerido no le haya comunicado dicho derecho dentro de plazo...” (CPLT C722-10, considerando 6°).

Respecto a la forma en que los terceros deben realizar su oposición, el inciso 3° del citado artículo 20 señala que aparte de hacerse dentro de plazo y formularse por escrito, se requiere que contenga expresión de causa. Dado el Principio de Apertura o Transparencia, el Consejo ha señalado que cuando se invoca una circunstancia que extingue la obligación de entregar información, esta debe ser probada por quien la alega, en este caso los terceros.

Cuando un tercero deduce oposición, este acto debe indicar el derecho exacto invocado de los cuatro establecidos por la Ley –seguridad, salud, privacidad y derechos comerciales o económicos- así como las razones de cómo se afecta concretamente su derecho³¹⁹.

En el mismo sentido, se ha fallado que el requisito que el tercero exprese la causa de su oposición, significa que debe argumentar a fin de destruir la presunción de publicidad que tiene toda la información en manos del Estado³²⁰. Dicho de otro modo, si los terceros no fundamentan de qué manera la publicidad de la información afectaría concretamente sus derechos, la oposición no vale

³¹⁹ Al respecto, se falló una vez contra el Ministerio de Bienes Nacionales, “Que, en el caso que nos ocupa, el tercero involucrado, al momento de oponerse y al evacuar sus descargos, no invoca la eventual perturbación de algún derecho determinado que se ocasionaría con la publicidad de la información pedida ni la forma en que ello se verificaría, sino que se circunscribe a hacer alegaciones genéricas que no son objeto de controversia en esta sede, todo lo cual no permite dar por configurada la afectación de derechos ni la causal contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia (CPLT A140-09, considerando 5°). Mismo criterio puede verse en A7-09, C504-09

³²⁰ Así, en una ocasión se falló contra la Inspección del Trabajo que, “el requisito de expresión de causa, contenido en el artículo 20 de la Ley de Transparencia, supone la exigencia de una argumentación destinada a evitar la divulgación de la información requerida, producto del daño o afectación que ésta generaría a los derechos del opositor” y “que en el presente caso, el tercero sólo ha expresado como causa de su oposición la innecesaridad de la vía empleada por el solicitante para acceder a la información requerida... Sin embargo, no ha expresado argumento alguno que de cuenta de una posible afectación de sus derechos por la divulgación de la información requerida, razón por la cual no se ha desvirtuado la presunción de publicidad que pesa sobre la información requerida, y no pudiendo presumirse el daño o afectación invocado, tal oposición deberá ser desestimada por carecer de fundamento. (CPLT C153-11, considerandos 5° y 6° respectivamente).

Debemos señalar que aun cuando se utilice correctamente este procedimiento de notificación y oposición de terceros, es el Consejo para la Transparencia quien tiene la última palabra. El inciso 3° del artículo 20 señala que si la oposición se hizo en tiempo y forma “el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo”. De esta manera, la determinación final de si la divulgación de información afecta o no los derechos de los terceros, no queda radicado en estos últimos, sino que es una cuestión jurídica entregada a la resolución del Consejo, al cual se puede recurrir de amparo para reclamar la entrega.

Finalmente debemos señalar que cuando el órgano administrativo ejerce la facultad de comunicar a terceros, entendemos que no afecta en nada el deber de cumplir los plazos del artículo 14 de la Ley de Transparencia de 20 días hábiles para contestar la solicitud, ampliable en 10 días más. Las razones son dos. La primera es que en ninguna parte de la Ley se señala que por ejercer la facultad del artículo 20, se alteren los plazos generales de respuesta para todo requerimiento. La segunda, es que las facultades de comunicar al tercero y presentar oposición del artículo 20, de 2 y 3 días hábiles respectivamente, aun al ejercerlas por carta certificada –que en virtud del artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo se entiende recibida 3 días después- dan al órgano un tiempo suficiente para dar respuesta dentro de los 20 días hábiles del artículo 14 de la Ley, mas aun si se ejerce la facultad de prorrogar el plazo.

3.2.6 Declararse Incompetente para conocer la solicitud

La última opción que tiene el órgano de la Administración requerido, frente a una solicitud de información presentada ante él, es declararse

incompetente. El artículo 13 de la Ley dispone que “En caso que el órgano de la Administración requerido no sea competente para ocuparse de la solicitud de información o no posea los documentos solicitados, enviará de inmediato la solicitud a la autoridad que deba conocerla según el ordenamiento jurídico, en la medida que ésta sea posible de individualizar, informando de ello al petionario. Cuando no sea posible individualizar al órgano competente o si la información solicitada pertenece a múltiples organismos, el órgano requerido comunicará dichas circunstancias al solicitante”.

Esta regla de derivación contempla dos hipótesis distintas. Por un lado, que el órgano no sea competente para tener la información en virtud de sus funciones, y por otro lado, que simplemente no posea la información que se le está pidiendo. Si bien, ambas parecen iguales, existe una diferencia importante. Haciendo una interpretación *a contrario sensu*, podemos concluir que la institución pública debe entregar la información requerida cuando, por un lado es competente porque tiene los antecedentes en virtud de las funciones que desempeña, y por otro lado, cuando pese a no ser en principio competente, igual posee en sus manos lo pedido. Solo en la medida que no se cumpla ninguna de las dos alternativas debe derivar.

Esta interpretación es perfectamente armónica con el artículo 5° de la Ley de Transparencia, que en su inciso 2° establece una norma de apertura, al señalar que en general es pública toda la información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a alguna causal de excepción establecida por la Ley.

Nos parece importante recalcar que cuando un órgano se declara incompetente, debe realizar dos actos distintos. El primero de estos es enviar la solicitud a la autoridad que crea competente según el ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, debe notificar de esta derivación al petionario. El Consejo

ha fallado que cuando se deriva, los plazos comienzan a correr desde cero para el nuevo servicio público desde la recepción de la derivación en sus oficinas³²¹. Asimismo, cuando el órgano que no se considera competente no lograre identificar al que debería serlo, también debe informarlo al solicitante.

No obstante la facultad de los órganos de la Administración de declararse incompetentes y derivar una solicitud, se ha discutido si dicha decisión puede reclamarse ante el Consejo para la Transparencia mediante un amparo.

Explicaremos el problema con un caso real. El año 2009, se le solicitó a la Subsecretaría de Minería información sobre el proyecto minero Pascua Lama, el cual tiene carácter binacional entre Chile y Argentina, por encontrarse en medio del límite entre ambos países. Se solicitó al órgano que explicara cómo se implementaría el paso fronterizo e información referente a la forma en que se llevará a cabo la tributación de dicho proyecto. La Subsecretaría se declaró incompetente, señalando que esa materia era propia de la Cancillería. Frente a esta respuesta, se recurrió de amparo, proceso en el cual se logró probar que el órgano recurrido, en virtud del Tratado sobre Integración y Complementación Minera entre Chile y Argentina, había participado en todas las reuniones relacionadas a la implementación del proyecto. Más aún, de

³²¹ A modo de ejemplo, el 14 de septiembre de 2009 un ciudadano solicitó al Ministerio de Justicia información sobre ciertas denuncias de irregularidades en Gendarmería de Chile. El 24 de septiembre, la Secretaría de Estado derivó el requerimiento a Gendarmería. Pasadas unas semanas, el requirente estimó que los plazos ya estaban vencidos y presentó un amparo ante el Consejo por falta de respuesta. Respecto de los tiempos, se falló que el plazo para contestar de 20 días contaba para Gendarmería, contados desde que había recibido la derivación del Ministerio: “Que en lo relativo a la extemporaneidad de la respuesta evacuada por Gendarmería, se hace presente que habiéndose constatado que la derivación del requerimiento del reclamante fue recibida por Gendarmería el 25 de septiembre de 2009, el plazo original para evacuar la respuesta vencía el 26 de octubre. Sin embargo, Gendarmería en sus descargos señala que prorrogó excepcionalmente el plazo legal, en conformidad con el artículo 14 de la Ley de Transparencia, mediante un acto administrativo que no acompañó a este procedimiento. No obstante lo anterior, si así lo hubiera hecho la prórroga excepcional vencía el 6 de noviembre...” (CPLT C527-09, considerando 4°)

acuerdo al citado convenio el Subsecretario de Minería de Chile formaba parte de la Comisión Administradora del Tratado en calidad de Secretario Ejecutivo.

Dado lo anterior, al Consejo no le pareció plausible que la Subsecretaría no contara con la información solicitada, y declaró improcedente la alegación de incompetencia, obligándolo a entregar la información solicitada³²². Este criterio fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Esta jurisprudencia sienta un criterio bastante importante: Se puede deducir amparo fundado en una declaración de incompetencia incorrecta, o mejor dicho, que una declaración de incompetencia no hecha conforme a Derecho, constituye un caso de denegación de información pública, susceptible de amparo ante el Consejo para la Transparencia.

3.3 ¿Cómo reclamar frente a una denegación de información? El Amparo ante el Consejo para la Transparencia

La Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública consagra una vía idónea para reclamar contra las denegaciones y la falta de respuesta a los requerimientos de acceso a la información pública de los órganos de la Administración, denominado Amparo o *Habeas Data*³²³. Esta acción se tramita

³²² El Consejo resolvió “Que, por todo lo precedentemente expuesto, lo solicitado por el reclamante está dentro del ámbito de competencias del Ministerio de Minería, por lo que se desestima la alegación de incompetencia efectuado por dicha entidad en carta de respuesta a la solicitud de información reclamante” (CPLT A145-09, considerando 12°). La Corte Capitalina desechó el reclamo de ilegalidad rol 8405-2009 de la Subsecretaría de Minería contra el Consejo, por considerar que la resolución se ajustó a Derecho.

³²³ La institución del “Amparo” del derecho de acceder a la información pública o “*Habeas Data*” no es nueva en nuestro ordenamiento. Mediante la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado, se incluyeron los artículos 11 bis y 11 ter (posteriormente 13 y 14) a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que estableció un procedimiento de amparo de este derecho, entregado a los Jueces Civiles. Dada su poca eficacia, con la entrada en vigencia de la Ley

ante Consejo para la Transparencia y está regulado en los artículos 24 a 26 de la Ley.

Respecto a la naturaleza jurídica del amparo, esta está intrínsecamente relacionada con la naturaleza del Consejo, que es el órgano encargado de conocerlo y fallarlo. Debemos señalar que la Ley de Transparencia no estableció de manera explícita si las funciones del Consejo son de carácter administrativo o jurisdiccional, aunque en general la Doctrina³²⁴ y la Jurisprudencia³²⁵ son de la opinión que ejerce funciones administrativas. En consecuencia, el amparo tendría el mismo carácter.

A nivel comparado, se reconocen diferentes vías para reclamar por denegaciones de acceso a la información pública. En algunos países, como Estados Unidos, el sistema se basa en los Tribunales. En otros, como México o el Reino Unido, está basado en órganos administrativos.

Chile optó por un sistema de reclamo de carácter mixto, donde solo en la medida que se finalice el procedimiento de reclamo administrativo, amparo ante el Consejo para la Transparencia, se puede acudir a la vía judicial, mediante un reclamo de ilegalidad contra el Consejo ante la Corte de Apelaciones.

20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, el procedimiento judicial quedó derogado.

³²⁴ Allesch, Johann Y Obando, Iván. Ob. Cit. P. 118.

³²⁵ El Tribunal Constitucional, en el control de constitucionalidad de la Ley 20.285 se refirió explícitamente respecto al carácter del Consejo. Señaló que "...la norma del proyecto recién transcrita lleva implícita la idea de que el Banco Central debiera acatar las normas generales que dicte en la materia un órgano que forma parte de la Administración del Estado: el Consejo para la Transparencia" (TC rol 1.051-2008, considerando 52°). El Consejo, respecto del procedimiento de amparo, ha resuelto de manera reiterada tal como vimos en los acápites 1.1.3 y 3.1.3.1 de este trabajo, que frente a al silencio en la Ley de Transparencia, deben aplicarse de manera supletoria las normas de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos, toda vez que el procedimiento de reclamo por denegación de información pública, tiene precisamente carácter administrativo.

Esta vía administrativa de amparo frente a la vía judicial inmediata, tiene varias ventajas. El Consejo es un órgano especializado en una sola materia, contempla plazos bastante breves, y es barato, ya que no requiere de un abogado que patrocine la reclamación. En los siguientes párrafos revisaremos los requisitos del amparo así como su tramitación.

3.3.1 Requisitos del Amparo

3.3.1.1 Debe existir identidad requirente/reclamante y requerido/reclamado

El primer requisito de admisibilidad, es que debe existir identidad entre el requirente que formuló la solicitud original de información y el recurrente de amparo ante el Consejo. El artículo 24 de la Ley de Acceso a la Información Pública señala que vencido el plazo para contestar o denegada la solicitud, “el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información”. La norma es clara, solamente quien es requirente de información puede ser reclamante o recurrente de amparo.

El Consejo ha sido taxativo respecto a que debe existir absoluta identidad entre requirente de información y reclamante de amparo. Las únicas excepciones son las relativas a comparecer con apoderado, o que una persona jurídica sea quien reclame, caso en el cual, pueden representarla distintas personas naturales³²⁶.

³²⁶ En una oportunidad el presidente del sindicato de una empresa de transportes del Transantiago, solicitó a la Inspección del Trabajo copia del contrato colectivo de la empresa, con otro de sus sindicatos. Este documento estaba en poder del organismo público, porque un funcionario había sido Ministro de Fe de su firma. La Inspección rechazó la entrega, frente a lo cual, el Tesorero del sindicato, dedujo amparo sin acreditar ningún tipo de representación. El Consejo rechazó el reclamo, señalando “Que, dado que el presente caso no existe correspondencia entre el solicitante de información y el reclamante –por lo que no existiría, respecto de este último, afectación alguna a su derecho de acceso a la información–, ni

Debemos recordar lo señalado en el punto 1.1.2, en el sentido que toda vez que el Consejo se considera a sí mismo un órgano de carácter administrativo, para otorgar un poder a un tercero, o para representar a una persona jurídica, el mandato o representación, debe hacerse según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo, por lo tanto, debe conferirse por escritura pública o documento privado suscrito ante notario.

Respecto al órgano reclamado, el artículo 25 de la Ley 20.285 señala que “el Consejo notificará la reclamación al órgano de la Administración del Estado correspondiente”. El Consejo ha interpretado, que dicha norma significa que debe existir identidad entre el órgano al cual se le requirió información, y el reclamado en el amparo³²⁷.

3.3.1.2 El Órgano recurrido debe estar bajo la competencia del Consejo

Un requisito fundamental que debe cumplir un amparo por denegación de información, es haber sido presentado contra un órgano sobre el cual el Consejo para la Transparencia tenga competencia. Según el artículo 2° de la Ley de Transparencia, esto debe hacerse contra los ministerios, las intendencias, las gobernaciones, los gobiernos regionales, las municipalidades, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios

tampoco se ha invocado ni, menos aún, acreditado fehacientemente personería alguna para representar al Sindicato...o para comparecer en nombre del solicitante como persona natural, al tenor del artículo 22 de la Ley N° 19.880, no cabe sino rechazar el presente amparo” (CPLT A215-09, considerando 5°). En idéntico sentido puede verse A312-09.

³²⁷ Esto se ha señalado en diversas oportunidades. Así, por ejemplo, en una causa contra Gendarmería se señaló: “Que, en consecuencia, a fin de resolver la solicitud de amparo de la especie es necesario determinar si la misma cumplió con los requisitos legales, y en particular si los requerimientos que la motivaron fueron presentados previamente ante el órgano reclamado, esto es, ante Gendarmería de Chile” (CPLT C263-10, considerando 4°).

públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, cuestión que vimos latamente en el acápite 1.2.1 de este trabajo. Asimismo, las Empresas Públicas si bien están bajo la competencia del Consejo en lo que respecta a la transparencia activa, no son susceptibles de requerimientos de información ni amparos en caso de denegación, como detallamos en el punto 1.2.1.4.

El Congreso Nacional, el Poder Judicial y los Órganos con Autonomía Constitucional tienen regímenes propios y vías especiales para reclamar por las denegaciones de acceso a la información pública, según vimos en el acápite 1.2.2. Cuando se presenta un amparo ante el Consejo contra una entidad ajena a su ámbito de control, este reiteradamente ha declarado la inadmisibilidad a tramitación de la acción, por incompetencia, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

3.3.1.3 Señalar la Infracción cometida y los hechos que la configuran

El artículo 24 de la Ley 20.285 establece en su inciso 1° que una vez vencido el plazo para la entrega de la información requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo, solicitando amparo de su derecho de acceder a la información. En su inciso 2° dispone que, la reclamación deberá señalar claramente la infracción cometida y los hechos que la configuran. Esta última norma se refiere a que cuando se presenta un amparo, debe decirse de manera explícita al Consejo que infracción exacta cometió el órgano de la Administración contra el cual se recurre y así como los hechos que la configuran. De acuerdo al artículo 24 existen dos hipótesis posibles de infracción.

En primer lugar, que la información pedida no sea entregada en el plazo estipulado por la Ley -20 días hábiles ampliables en 10 días más-. En este

caso es procedente el amparo tanto si nunca se realiza la entrega, como si se hace de manera tardía.

En segundo lugar, que la petición sea denegada. La norma general es que el rechazo sea por alguna de las causales de secreto o reserva que estudiamos en el Capítulo II. No obstante, debemos recordar lo señalado en el acápite 3.2.6 de este trabajo en el sentido que, se ha fallado que la declaración de incompetencia hecha de manera errónea, equivale a denegar la solicitud y por tanto también califica como una infracción susceptible de atacarse vía amparo.

Debemos recordar además, que en caso que un documento tuviera parte de su contenido sujeto a causal de reserva o secreto, debe entregarse aquella parte que no esté restringida, en atención del Principio de Divisibilidad del artículo 11 de la Ley.

Finalmente debemos hacer hincapié en que el Consejo para la Transparencia está circunscrito, en lo que respecta al derecho de acceder a la información pública, a conocer amparos por alguno de los dos tipos de infracciones que hemos señalado. La función de este no es emitir pronunciamientos sobre la legalidad del actuar de los órganos del Estado, funcionar como segunda instancia respecto de actuaciones de servicios públicos, recibir denuncias de hechos de corrupción, y en general, a nada que pudiera enmarcarse en el Derecho Constitucional de presentar peticiones a la autoridad del artículo 19 N° 16 de nuestra Carta Fundamental. Por esta razón, si en la presentación de un amparo el recurrente no se refiere a una causal determinada de denegación de información, el Consejo simplemente lo declarará inadmisibles a tramitación por improcedente.

3.3.1.4 Acompañar Medios de Prueba

La Ley señala también que deben acompañarse al amparo los medios de prueba que acrediten la infracción. En la práctica hay dos pruebas que resultan imprescindibles. La que apunta a demostrar que se realizó una solicitud de información ante un servicio de la Administración del Estado y la resolución del órgano, cuando el motivo para deducir amparo fue la denegación. Respecto de la primera de estas, hemos señalado anteriormente en el punto 3.1.1.1, que los requerimientos pueden presentarse de dos maneras: por escrito o a través de sitios electrónicos.

Cuando se trata de los presentados por escrito en papel, el Consejo para la Transparencia originalmente estimó que la única forma por la cual podía probarse la presentación, era mediante la exhibición de una copia de la solicitud original, con el timbre de la respectiva entidad pública certificando su ingreso.

Esta Jurisprudencia fue problemática, porque muchos servicios públicos ponen a disposición del público formularios para realizar los requerimientos de información, de los cuales se entrega al peticionario tan solo una colilla o comprobante de ingreso. Siguiendo el criterio que hemos señalado, al usar un formulario, además se necesitaría una máquina fotocopidora y la voluntad del servicio de otorgar copias. La duda que salta a la vista es si puede probarse ante el Consejo la interposición de una solicitud de información pública mediante una colilla o comprobante de ingreso emanado del órgano requerido.

En un comienzo, el Consejo estimó que una colilla o comprobante no servía como medio de probar la presentación de un requerimiento de información a un organismo público³²⁸. No obstante, a partir del año 2011 está

³²⁸ En una causa contra el Registro Civil, se señaló “Que efectuado el examen de admisibilidad del presente amparo, de acuerdo al tenor del mismo y al análisis de los antecedentes acompañados por el propio reclamante, el Consejo Directivo de este Consejo acordó requerir al reclamante que subsanara su solicitud de amparo, en orden a que acompañara copia de la solicitud de información que efectuó al Servicio de Registro Civil e Identificación, toda vez que

empezando a aceptar que se pruebe la interposición de una solicitud mediante una colilla o comprobante de ingreso³²⁹.

Si bien valoramos este cambio en la Jurisprudencia, en aras a evitar posibles declaraciones de inadmisibilidad, al momento de presentar una solicitud ante un órgano del Estado, debemos necesariamente recomendar, que cuando se realiza un requerimiento de información, el solicitante siempre debe guardar para sí una copia del escrito debidamente timbrado para certificar su ingreso.

Respecto a las peticiones por vía electrónica, hemos señalado en el punto 3.1.1.1.2, que pueden ser de dos tipos: a través del sitio web -mediante sistema de gestión de solicitudes-, y a través de correo electrónico. El Consejo ha aceptado como medio de prueba de la interposición de una solicitud, cuando esta se hizo a través de *email*, la exhibición de una copia simple del correo en cuestión³³⁰. Cuando se trata de solicitudes hechas a través de los sistemas informáticos de gestión de solicitudes, la forma de probar la interposición del

solo acompañó una colilla donde consta la recepción de tal solicitud por parte de órgano reclamado” (CPLT C165-10, considerando 3°), causa que finalmente fue declarada inadmisibile a tramitación. Este criterio también está presente en las causas A229-09, A288-09, C418-09 y C898-10.

³²⁹ En otra causa, contra el Instituto Nacional de Deportes, se dispuso: “mediante Oficio N° 376, del Director General del Consejo para la Transparencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24, inciso 2° de la Ley de Transparencia, se requirió a la reclamante la subsanación de su amparo en orden a acompañar copia de la solicitud de acceso. Mediante correo electrónico de 23 de febrero del 2011, la Sra... dio respuesta al oficio indicado, haciendo presente a este Consejo que en las oficinas del Instituto Nacional de Deportes, le habían entregado la colilla de recepción de la solicitud de acceso, la que adjuntó a su amparo como medio de prueba” (CPLT C190-11, subsanación del amparo). Este reclamo fue admitido a tramitación, y finalmente fue acogido en todas sus partes.

³³⁰ En una causa contra el Servicio Nacional de Aduanas se resolvió que “Cabe hacer presente que en su amparo, el reclamante no acompañó las copias de los correos electrónicos de solicitud de información y la respuesta a la que alude, por lo que se le requirió subsanar su solicitud en este sentido. El 13 de octubre de 2009, el reclamante acompañó copias simples de lo requerido para continuar con la tramitación del presente amparo” (CPLT A326-09, subsanación del amparo)

requerimiento es un tema bastante problemático, y depende de si el sistema otorga copia al solicitante de su requerimiento.

3.3.1.5 Presentarse dentro de un Plazo de 15 días

El inciso 3° del artículo 24 de la Ley de Transparencia establece el plazo de 15 días para recurrir de amparo ante el Consejo. Señala este que “La reclamación deberá presentarse dentro del plazo de quince días, contado desde la notificación de la denegación de acceso a la información o desde que haya expirado el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de información”. Debemos recordar que el artículo 14 dispone que la jefatura del servicio debe pronunciarse dentro de 20 días, prorrogable por 10 días más.

Si bien las reglas parecen simples, en la práctica muchos amparos ante el Consejo para la Transparencia han sido declarados inadmisibles a tramitación por errores en la forma de computar el plazo cometidos por los requirentes. Nos parece importante recalcar que de acuerdo a los artículos 14 y 24 de la Ley, el momento a partir del cual corre el plazo de 15 días para presentar el amparo, puede computarse de tres diferentes maneras, dependiendo de la actitud que haya tomado el órgano frente a la solicitud de información. Así, será distinto si el órgano no contesta el requerimiento, de si lo hace respondiendo negativamente, o de si usa la facultad que le entrega la Ley de aumentar el plazo de respuesta.

En caso que el órgano no entregue respuesta alguna en los 20 días hábiles, el plazo se contará a partir del día siguiente de la expiración, o sea que el amparo podrá deducirse desde el día 21 y hasta el día 35 desde solicitud original.

Cuando el órgano entrega una respuesta insatisfactoria para el solicitante dentro de los 20 días hábiles, el plazo de 15 días para presentar el amparo se cuenta desde la notificación de la respuesta. Debemos recordar que cuando la notificación se hace por carta certificada, esta se entiende recibida a contar del tercer día siguiente a su despacho en el correo, según lo establece el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Por el contrario, cuando se hace por correo electrónico o de manera personal, se entenderá realizada ese mismo día.

Finalmente, cuando se utiliza la facultad de prorrogar el plazo, es menester que su uso sea debidamente notificado al solicitante con antelación al vencimiento de los 20 días hábiles según ordena el artículo 14. Si la prórroga se notifica por carta certificada, deberá hacerse al menos tres días antes del vencimiento –día 17- para que antes del término del día 20, el solicitante haya sido informado que debe esperar 10 días más. De lo contrario está habilitado a presentar el amparo fundado en la falta de respuesta a partir del día 21.

Por el contrario, si la facultad de prórroga se notifica por correo electrónico o en forma personal, el órgano puede hacerlo hasta el día 20, estando obligado el requirente a esperar 10 días más, por lo que el amparo por falta de respuesta podría presentarse el día 31, o hasta la notificación de la resolución denegatoria.

3.3.1.6 Hacerse por Escrito o a través de un Formulario ante el Consejo o Gobernación Provincial

Respecto de la forma y lugar en que deben presentarse los amparos, el inciso 4° del artículo 24 de la Ley de Transparencia establece que “cuando el requirente tenga su domicilio fuera de la ciudad asiento del Consejo podrá presentar su reclamo en la respectiva gobernación, la que deberá transmitirla al

Consejo de inmediato y por el medio más expedito que disponga. En estos casos, el reclamo se entenderá presentado en la fecha de su recepción por la Gobernación”³³¹. Además, el inciso 5° agrega que “El Consejo pondrá formularios de reclamos a disposición de los interesados, los que también proporcionará a las gobernaciones”.

Ya que la Ley nada dice, nos surge la duda de si puede presentarse un amparo ante el Consejo o las Gobernaciones a través de sitios electrónicos, como sucede con las solicitudes de información ante los órganos de la Administración, y de si el uso de formularios es obligatorio o facultad del reclamante. Usando la facultad que le da el artículo 33 letra “d” de la Ley 20.285, el Consejo dictó la Instrucción General N° 1 sobre Presentación de Reclamos ante las Gobernaciones³³² que dilucida las dudas planteadas. En su artículo 1°, esta norma señala que “Las personas podrán presentar su reclamo mediante escritos que preparen para este efecto a través de los formularios que ha elaborado el Consejo para la Transparencia”.

Entendemos que al establecer que los amparos se hacen por escrito, se refiere a que se haga en papel y no a través de internet. Esto, porque cuando la Ley hace referencia a los sitios electrónicos lo hace de manera expresa, como en los requerimientos de información que estudiamos en el punto 3.1.1.1 de este trabajo. En el mismo sentido, el artículo 1.6 de la Instrucción N° 1, señala que se debe certificar el ingreso de un amparo estampando en ellos un número de ingreso, fecha y timbre, y que cuando se use un formulario, se deberá

³³¹ Debemos recordar que el artículo 31 de la Ley de Transparencia, señala expresamente que el domicilio del Consejo es la ciudad de Santiago.

³³² Consejo para la Transparencia. 2009. Instrucción General N° 1 sobre Presentación de Reclamos ante las Gobernaciones [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100416/asocfile/20100416205931/instruccion1_cpt.pdf>

entregar un cupón desprendible, reforzando así la idea de la presentación física y en papel de los amparos.

Nos interesa destacar que de acuerdo al artículo 24 de la Ley y a la Instrucción N° 1, es facultad de quien recurre de amparo decidir si opta por usar un formulario o no, y además de si desea presentar el amparo directamente en las oficinas del Consejo de la ciudad de Santiago, o ante la Gobernación Provincial de su domicilio para que esta la envíe al primero. Es importante resaltar que no existe diferencia entre presentar la reclamación en uno u otro lugar, ya que en ambos casos es el Consejo quien debe resolver sobre admisibilidad y fondo. El artículo 1.4 de la Instrucción N° 1 prohíbe expresamente a las Gobernaciones pronunciarse sobre la admisibilidad de los amparos al señalar que “Las Gobernaciones no podrán rechazar el ingreso de una solicitud por estar incompleta. El análisis de la admisibilidad de los reclamos o escritos presentados será realizado por el propio Consejo para la Transparencia”.

3.3.2 Tramitación del Amparo

3.3.2.1 Examen de Admisibilidad

Una vez presentado el amparo, de acuerdo al artículo 46 del Reglamento de la Ley 20.285, corresponde que se realice examen de admisibilidad en la sesión ordinaria del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia inmediatamente posterior a la presentación, o si la carga de trabajo no lo permite, en la sesión siguiente.

El examen consistirá en revisar si se cumplen los requisitos que hemos visto en los puntos anteriores, por lo que el Consejo chequeará que el recurrente sea la misma persona que solicitó la información y que el órgano

requerido sea el mismo reclamado (3.3.1.1); que el órgano contra el cual se recurre esté bajo competencia del Consejo (3.3.1.2); que se detalle la infracción cometida y los hechos que la configuren, a fin de determinar fehacientemente que el requerimiento original era sobre información pública, y no otro tipo de solicitud enmarcada en el derecho de realizar peticiones a la autoridad garantizado en el artículo 19 N° 16 de la Constitución (3.3.1.3); que se acompañen medios de prueba, en particular sobre la presentación de la solicitud y de la respuesta denegatoria si la hubiere (3.3.1.4); que se haya presentado dentro de plazo (3.3.1.5) y que se presente por escrito ante el Consejo o la Gobernación Provincial del domicilio del requirente (3.3.1.6).

El inciso 2° del artículo 46 señala que si se omitiese alguno de los requisitos de interposición, el Consejo podrá dar al recurrente un plazo de 5 días hábiles para subsanar omisiones o aclarar la reclamación si no fuese suficientemente clara, so pena de declarar la inadmisibilidad en caso de no hacerlo.

No obstante esta prerrogativa, cuando el vicio del amparo está en haberse presentado fuera de plazo, contra un órgano fuera de la competencia del Consejo para la Transparencia, o cuando la presentación no corresponde a un amparo basado en la denegación de información o falta de respuesta, de tal manera que no hay posibilidad alguna de subsanar el error, el Consejo deberá declarar la inadmisibilidad de manera inmediata.

3.3.2.2 Traslado al Órgano y Terceros para que realicen Descargos

Una vez que el amparo ha sido admitido a tramitación, el Consejo deberá notificar mediante carta certificada, tanto al órgano reclamado como a terceros involucrados, si los hubiere, de su interposición, de acuerdo al artículo 25 de la Ley de Transparencia.

Tanto la autoridad reclamada y los eventuales terceros, tienen un plazo de 10 días hábiles para presentar sus descargos u observaciones. Nos parece relevante destacar que los 10 días se cuentan a partir de la fecha en que son notificados. Ya que la Ley obliga al Consejo a realizar esta comunicación por carta certificada, la notificación se entiende practicada 3 días después de la fecha en que fue despachada, según lo dispone el artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Continúa el inciso 2° del artículo 25 de la Ley 20.285, señalando que tanto el órgano requerido como los terceros en un solo acto, deben presentar al Consejo sus descargos y observaciones “adjuntando los antecedentes y medios de prueba de que dispusieren”. A esto debemos agregar lo señalado en el Reglamento, que dispone en el inciso 2° de su artículo 47 que “los descargos u observaciones deberán incluir los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten sus afirmaciones”.

Esta última disposición es particularmente atingente cuando se presenta el amparo fundado en que un órgano de la Administración denegó expresamente la entrega de la información pedida. Tal como hemos señalado en el punto 3.2.4, cuando una institución rechaza una solicitud, debe hacerlo invocando expresamente una causa establecida en la Ley, y aun más, debe señalarse los fundamentos por los cuales se niega la entrega, de manera de romper la presunción legal de publicidad que tiene toda la información en manos del Estado en conformidad al Principio de Apertura y al artículo 5° de la Ley de Transparencia³³³.

³³³ Debemos recordar el principio establecido por el Consejo para la Transparencia en el sentido que “si de una circunstancia depende la extinción del deber de entregar la información, la carga de la prueba corresponde a quien la alega...” (CPLT A39-09, considerando 5°) y que “no basta con invocar una causal de reserva de aquellas que establece la Constitución Política, sino además se debe demostrar que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido...” (CPLT C533-10, considerando 4°).

Cuando la denegación se debió a la oposición expresa de terceros, y estos son notificados por el Consejo del amparo, están en posición similar al órgano de la Administración que rechazó la entrega. Tal como señalamos en 3.2.5, estos también deben realizar una oposición fundada, invocando los derechos exactos establecidos en la Ley, que se verían afectados con la divulgación de los datos pedidos, además de señalar la manera en que la publicidad los afectaría³³⁴.

Un tema práctico bastante importante, que no podemos dejar de mencionar, es que existe una forma de presentar argumentos fuera de plazo. Si bien el artículo 25 de la Ley de Transparencia es taxativo con los plazos para presentar descargos, en la tramitación de amparos resulta habitual que se realicen alegaciones, se presenten antecedentes o que quien recurre de *habeas data*, intente desvirtuar los descargos del órgano en cuestión o de los terceros mediante el uso de escritos denominados “téngase presente”, en cualquier estado antes de la resolución del amparo. Si bien es un tema no regulado en la Ley, su uso ha sido aceptado por el Consejo para la Transparencia en varias causas³³⁵.

³³⁴ Así, en una causa contra el Ministerio de Bienes Nacionales, este último denegó la entrega de información relacionada a la venta de un inmueble fiscal, porque el comprador se opuso aunque sin precisar los derechos que se le verían afectados ni como. El asunto llegó al Consejo, que resolvió la entrega: “Que, en el caso que nos ocupa, el tercero involucrado, al momento de oponerse y al evacuar sus descargos, no invoca la eventual perturbación de algún derecho determinado que se ocasionaría con la publicidad de la información pedida ni la forma en que ello se verificaría... lo cual no permite dar por configurada la afectación de derechos ni la causal contemplada en el artículo 21 N° 2 de la Ley de Transparencia (CPLT A140-09, considerando 5°).

³³⁵ Pueden verse por ejemplo las causas A272-09, C619-09, C483-10 y C503-11.

3.3.2.3 Prueba

Hemos señalado anteriormente, que de acuerdo al artículo 24, quien presenta el amparo, debe acompañar a dicha reclamación los medios de prueba que acrediten la infracción. En el mismo sentido el artículo 25 obliga al órgano de la Administración recurrido y a los terceros que se opongan a la entrega de la información, a adjuntar los medios de prueba junto al escrito donde entreguen sus descargos o antecedentes.

Estos artículos parecieren significar que ante el Consejo para la Transparencia solo se pueden acompañar como medios de prueba documentos. No obstante lo dispuesto en la Ley, el Reglamento también tiene normas pertinentes. Este último, en su artículo 47 inciso 3° señala que “Todos los hechos o circunstancias pertinentes para la adecuada solución de a reclamación podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley”, y en su inciso 4°, que “El Consejo de oficio o a petición de las partes interesadas, podrá, si lo estima necesario, fijar una o más audiencias para que las partes interesadas puedan ofrecer, rendir y discutir la prueba respectiva o para recibir antecedentes o medios de prueba”. Debemos señalar que cuando de oficio o a petición de parte el Consejo ha resuelto que se disponga un medio de prueba adicional a los acompañados en el amparo y descargos, los ha designado como “Medidas para mejor Resolver”, denominación que no modifica el hecho que se trate de pruebas, según la nomenclatura procesal civil.

El Consejo ha interpretado las disposiciones del Reglamento de manera bastante extensiva, autorizando la utilización de algunos medios bastante innovadores. Podemos señalar que uno de los mecanismos más usados, es una suerte de entrega preventiva de la información denegada por el órgano, pero al mismo Consejo. El objetivo de este medio, es que se pueda decidir sobre la pertinencia de la entrega, previa vista de los datos que el servicio

requerido consideró secretos o reservados. En este sentido, se ha ordenado entregar al Consejo preventivamente todo tipo de información, como por ejemplo contratos firmados por órganos de la Administración –causa A265-09 contra la Tesorería General de la República- y sumarios contra funcionarios – causa C791-10 contra el Servicio Nacional de Aduanas-.

Otro método, de origen netamente jurisprudencial, es la denominada “Visita Inspectiva” del Consejo al órgano correspondiente para revisar los antecedentes que le fueron pedidos y que denegó entregar. A diferencia del medio anterior, las visitas se han usado en casos en que el Consejo ha estimado que la información tiene carácter extremadamente sensible y no quiere correrse el riesgo alguno de divulgación.

A modo de ejemplo, la institución de la Visita Inspectiva se usó en la causa C57-10, en que se solicitó al Ministerio de Defensa los montos ingresados a las Fuerzas Armadas producto de la Ley N° 13.196 denominada “Reservada del Cobre”. El órgano argumentó que tanto el texto de la Ley, como el destino de los dineros son secretos, por disposición expresa de la misma norma. En este caso, miembros del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia, realizaron una visita al Ministerio para comprobar en terreno el texto de la Ley. Finalmente, se rechazó el amparo fundado en la causal de afectación la seguridad nacional, del artículo 21 N° 3 de la Ley de Transparencia.

Otra oportunidad en que se ha usó este medio de prueba fue en la causa C567-09, en la cual se solicitó acceso a una investigación no concluida de la Fiscalía Nacional Económica sobre el mercado de la telefonía móvil. En este caso, se optó por este mecanismo debido al riesgo que supondría la divulgación de los antecedentes para quienes aportaron información a dicha investigación, así como para evitar que los investigados pudieran obtener acceso a los datos.

Nuevamente, la Visita Inspectiva se aplicó en un caso en que la información requerida era de alta sensibilidad.

Incluso el Consejo ha aceptado en ciertos casos una suerte de prueba pericial, basado en el informe u opinión experta de un especialista. Esta situación se dio por primera vez en la causa C575-09 en que se solicitó al Servicio de Impuestos Internos acceso al total de la base de datos nacional sobre inmuebles, que se lleva para tasar las propiedades y cobrar las contribuciones. Por un lado, el solicitante y recurrente alegó que el órgano tenía dicha base de datos en un *software*, por lo que la entrega no ofrecía ninguna dificultad. Por otro lado, Impuestos Internos denegó el acceso a la base de datos invocando el artículo 21 N° 1 letra “c” de la Ley 20.285, esto es, por tratarse de un requerimiento genérico referido a un elevado número de antecedentes, cuya atención requeriría distraer indebidamente a los funcionarios de sus labores regulares. En particular el SII señaló que el programa computacional no podía dar acceso a la base de datos completa, por lo que procesar todo tomaría alrededor de 320 horas hombre, un tiempo excesivo que implicaría desviar a demasiados servidores de su trabajo regular.

Ante las dudas de la imposibilidad técnica alegada por el organismo público, el Consejo para la Transparencia solicitó a un experto en informática que se lo ilustrara respecto de las aplicaciones del programa computacional, y de la factibilidad de procesar la información solicitada en tiempo razonable. Finalmente, se resolvió ordenar la entrega de lo pedido, porque el profesional experto informó al Consejo que procesar la información solo implicaría 1 ó 2 días de trabajo de un solo funcionario³³⁶.

³³⁶ Situación prácticamente idéntica se dio en la causa A80-09, contra el Registro Civil. Se solicitó acceso a la base de datos de multas de tránsito, en particular, a las suspensiones de licencia de conducir decretadas por los Tribunales en la Región de Antofagasta entre 2007 y 2008, con detalle del tipo de infracción exacto. El servicio contestó que la base de datos no entregaba el nivel de detalles pedido por el solicitante. Para dilucidar el asunto, el Consejo

3.3.2.4 Resolución del Amparo

Una vez que todas las partes han presentado sus alegaciones – requirente, órgano de la Administración y eventualmente terceros- toca resolver al Consejo. El ejercicio que este último debe hacer, al menos formalmente, es relativamente simple.

Primero, debe revisar que los datos solicitados, estén dentro del concepto de información pública acorde a los artículos 5° y 10° de la Ley de Transparencia, cuestión que vimos en detalle, en el acápite 2.1 de este trabajo. Luego, debe revisar si hubo respuesta por parte del servicio público, si esta se hizo correctamente señalando las causales de reserva y los motivos que justifican su aplicación, para finalmente realizar una ponderación de los antecedentes, que le permitan tomar una decisión respecto de si declarar el secreto u ordenar la entrega de la información pedida por el requirente.

En esta ponderación, el Consejo para la Transparencia no solo toma en cuenta las normas jurídicas aplicables –Constitución, Ley y Reglamento-. También revisa sus propios fallos anteriores sobre la materia en cuestión, y da bastante importancia a las sentencias de las Cortes de Apelaciones, Corte Suprema, Tribunal Constitucional, y a los dictámenes de la Contraloría General de la República. Incluso, no es raro ver que el Consejo cite jurisprudencia extranjera.

Aparte de lo anterior, cuando se trata de casos en que la ponderación entre el derecho de acceder a la información pública, y las causales de reserva o secreto se torna particularmente difícil, se han aplicado dos herramientas interpretativas adicionales. Nos referimos al Test de Daño y al Test de Interés Público.

encargó un informe a un experto en informático, el cual le dio la razón al órgano de la Administración.

El primero de ellos, consiste realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación. Si el beneficio público es mayor que el eventual daño, debe procederse a la entrega.

Aunque la institución del Test de Daños no está establecida de manera expresa en la Ley, parte de la Doctrina la entiende presente de manera implícita. Así, se ha señalado que “La Ley de Transparencia incorporó el test de daño como uno de los criterios para resolver la aplicación de las excepciones al principio de la publicidad. Al efecto, el artículo 21 de la LT establece la posibilidad de negar el acceso a la información, ya sea total o parcialmente —cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte... Esta forma de calificar las excepciones a la publicidad de los documentos en la ley recoge la experiencia de países que cuentan con una desarrollada legislación en la materia como Irlanda, Canadá, Inglaterra y México”³³⁷. El Consejo utiliza esta figura de manera bastante usual, casi siempre resolviendo por la entrega de la información³³⁸.

El segundo de ellos, el Test de Interés Público, consiste en evaluar, en caso de dudas acerca del secreto o publicidad de una información, si existe un interés público que justifique divulgarla o no. Este instrumento —que tampoco está establecido expresamente en la Ley- adquiere especial relevancia, cuando los datos en cuestión están relacionados al control de la función pública, como por ejemplo, cuando se trata de requerimientos sobre denuncias por faltas a

³³⁷ TELLO, CRISTÓBAL, CERNA, MARCELO Y PAVÓN, ANDRÉS. 2009. Acceso a la Información Pública: Los Desafíos del Consejo para la Transparencia. En: Anuario de Derechos Humanos N° 5, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Santiago de Chile, P. 198-199.

³³⁸ A modo de ejemplo, pueden verse los fallos A29-09, A45-09, C411-09, C567-09 y C193-10.

probidad³³⁹ y fundamentos de actos administrativos que tengan efectos generales sobre la población³⁴⁰.

Es necesario señalar, que el test de interés público es menos usado por el Consejo para la Transparencia. Cuando es aplicado, casi siempre se hace de manera conjunta al test de daños.

Respecto a los plazos que tiene el Consejo para resolver los amparos, el inciso 1° del artículo 27 de la Ley de Transparencia señala que el Consejo deberá dictar resolución dentro de quinto día hábil, contado desde el vencimiento del plazo que tienen los órganos de la administración para presentar descargos, o en caso de haberse realizado una audiencia para recibir antecedentes o rendir prueba, desde que haya vencido el término fijado para esta.

Debemos consignar que este plazo de 5 días para resolver, ha resultado en la práctica imposible de cumplir para el Consejo para la Transparencia. Así, en su Memoria Institucional del año 2009, señaló que “Inicialmente cumplir con

³³⁹El Consejo aplicó el test de interés público en la causa C193-10, en la cual se solicitaron a la Superintendencia de Seguridad Social la lista de médicos con números elevados de emisión de licencias médicas, con exclusión, de aquellos que el órgano decidió denunciar ante el Ministerio Público. El Consejo aplicó el test, y consideró que existía un interés público subyacente en conocer la información, por lo que ordenó su entrega.

³⁴⁰Otra oportunidad en que el Consejo lo aplicó, fue en la causa A115-09, en la cual se solicitó a la Municipalidad de Providencia, antecedentes de permisos de modificación y ampliación de las obras de construcción del edificio Costanera Center. La empresa propietaria del edificio se opuso a la entrega, argumentando la protección de sus derechos comerciales y económicos, en particular de la propiedad intelectual sobre el diseño del edificio. El Consejo aplicó el test, y consideró que la construcción del edificio –el más alto del país- afectaría a la ciudad completa, por lo que resultaba indispensable que los ciudadanos pudieran realizar un adecuado control social del actuar de sus autoridades al conceder permiso. De este modo, se resolvió ordenar la entrega de la información solicitada.

los plazos legales ha sido imposible, dada su brevedad”³⁴¹, estableciendo como una de sus recomendaciones para modificar la Ley de Transparencia, el aumentar los plazos legales de tramitación de los amparos.

En caso de acoger un amparo y ordenar la entrega de la información solicitada, el inciso 3° del artículo 27 de la Ley de Acceso a la Información Pública señala que el Consejo “fijará un plazo prudencial para su entrega por parte del órgano requerido”. Debemos consignar que los plazos prudenciales establecidos por el Consejo son casi siempre de 5 ó 10 días.

Asimismo, al ordenar la entrega, el Consejo, a continuación del plazo, en sus resoluciones siempre añade un pequeño párrafo en la parte resolutive del siguiente tenor: “Informar el cumplimiento de esta decisión mediante comunicación enviada al correo electrónico cumplimiento@consejotransparencia.cl, o a la dirección postal de Consejo (Morandé N° 115, piso 7°, comuna y ciudad de Santiago), de manera que esta Corporación pueda verificar que se dé cumplimiento a las obligaciones impuestas precedentemente en tiempo y forma”. El motivo de esta inclusión es simple. Una de las causales por las que se puede sancionar a los funcionarios públicos es la no entrega oportuna de la información, decretada por resolución a firme, según el artículo 46 de la Ley.

Además, el inciso 4° del artículo 27 de la Ley 20.285, señala que en la resolución del amparo el Consejo podrá señalar la necesidad de iniciar un sumario o procedimiento disciplinario destinado a establecer la responsabilidad de uno o más funcionarios en la comisión de una infracción en materia de Transparencia, cuestión que veremos en detalle en el punto 3.5 de este trabajo.

³⁴¹ Consejo para la Transparencia. 2010. Memoria Institucional del año 2009 [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100830/asocfile/20100830181041/memoria_cplt_2009_web.pdf> Pág. 39

Finalmente, debemos señalar que la resolución del amparo debe notificarse al recurrente, organismo público y terceros si los hubiere, mediante carta certificada. Tal como hemos señalado anteriormente, según el artículo 46 de la Ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo, la carta certificada se presume recibida tres días después de su despacho en la oficina de correo. Este plazo es relevante, ya que a partir de ese momento, empiezan a correr los plazos para impugnar las decisiones del Consejo para la Transparencia.

3.4 Formas de Impugnar la Decisión del Consejo

Un tema bastante problemático ha sido cómo se puede impugnar una resolución del Consejo para la Transparencia que falla un amparo. Debemos consignar que en este punto, la Ley de Transparencia establece de manera expresa que procede solamente el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones. Señala el inciso 1° del artículo 28 que “en contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante”³⁴².

³⁴² En aplicación de esta norma, la Corte de Santiago rechazó un recurso de protección contra una resolución del Consejo para la Transparencia. Se señaló que “...desarrollando este planteamiento, se sostiene que en el ámbito de la Ley de Transparencia y a falta de tribunales de lo contencioso administrativo, frente a la existencia de un conflicto entre un solicitante de información y un órgano de la Administración del Estado, la ley ya indicada otorgó competencia para resolverlo, mediante un recurso especial de Amparo por Denegación de Acceso a la Información al Consejo para la Transparencia, de cuya resolución se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva únicamente mediante la interposición de un Reclamo de Ilegalidad, conforme se indica en el artículo 28 de la Ley en cuestión, recurso que en el caso de la Decisión de Amparo C719-10 fue efectivamente interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, del que ha conocido esta Corte en la misma oportunidad que el presente recurso. Así pues, conforme a este análisis, el presente recurso resulta improcedente, pues tal como lo han señalado la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Excm. Corte Suprema, por regla general no es aceptable que a través de este procedimiento constitucional se puedan impugnar sentencias o resoluciones judiciales, siendo admisibles únicamente los recursos o medios de impugnación que la ley expresamente haya dispuesto a tal efecto; en el presente caso, el de Ilegalidad, al que ya se ha hecho referencia” (C.A. Stgo rol 4760-2011, considerando 4°).

Ya que la Ley no otras vías de impugnación, el desarrollo de esta materia ha sido fundamentalmente jurisprudencial. Esto se ha dado gracias a que abogados -en su mayoría representando a órganos de la Administración- han intentado distintos recursos, tanto administrativos como jurisdiccionales, para revocar decisiones del Consejo, de forma paralela y posterior al reclamo ante la Corte.

A continuación analizaremos en profundidad los requisitos y la tramitación del reclamo de ilegalidad, así como las otras vías de impugnación intentadas. Tanto las que han sido aceptadas, como aquellas que no han tenido éxito.

3.4.1 Procedencia de la Reposición Administrativa ante el mismo Consejo

Después del Reclamo de Ilegalidad, el recurso que más veces se ha tratado de usar para cambiar una decisión desfavorable del Consejo para la Transparencia, es el de reposición administrativa. Este está regulado en dos normas distintas. Primero, por el artículo 10° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala como un principio general que los actos de la Administración son impugnables, ya que “se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo”. Segundo, por el artículo 59 de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos. Este último establece que la reposición debe presentarse ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado, dentro de un plazo de 5 días desde la dictación, que la autoridad tiene un plazo de 30 días para resolverlo, y que a través de este recurso se puede modificar, reemplazar o dejar sin efecto el acto impugnado.

Pese a que la LOCGBAE señala expresamente que “siempre” se puede interponer, a nuestro juicio hay buenas razones para no aceptar la reposición para impugnar las resoluciones del Consejo. En la teoría de la interpretación de

la Ley, uno de los principios principales es el de la especialidad, según el cual si dos normas jurídicas son contradictorias entre sí, la más específica prima por sobre la de carácter general³⁴³. La Ley 20.285 de Transparencia y Acceso a la Información Pública -que establece solo la procedencia del reclamo de ilegalidad- es una norma sobre una materia específica, frente a la LOCBGAE que versa sobre la actuación general de la Administración del Estado.

Adicionalmente, hay un argumento de texto en la Ley 19.880. Señala su artículo 1°, que “en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”. Ya que la Ley de Transparencia contempla el procedimiento especial de impugnación, mediante la interposición del reclamo en la Corte de Apelaciones, no hay razón para aplicar sobre este punto las normas de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en este caso, respecto de la reposición.

El Consejo para la Transparencia, ha tenido una visión del tema que ha ido evolucionando con el tiempo. Desde mediados del 2009, y en particular a partir de la causa A48-09, en que la Secretaría General de Gobierno dedujo uno por primera vez, el Consejo resolvió en lo sucesivo acogerlos sistemáticamente a tramitación³⁴⁴ como ocurrió por ejemplo en las causas A97-09, A151-09, C396-10, C872-10, C93-11, C169-11, cuestión que se mantuvo inalterable hasta la primera mitad del año 2011.

³⁴³ Este principio está recogido en el artículo 13 del Código Civil, que señala que “las disposiciones de una ley, relativa a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”.

³⁴⁴ Respecto de la tramitación de las reposiciones, el Consejo le dio algunas veces una forma bastante peculiar al establecer una suerte de “audiencia especial de reposición administrativa”, como ocurrió por ejemplo en la causa A141-09 seguida contra la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

A mediados del ese año, el Consejo decidió dar un giro en 180 grados, y dictó el Acuerdo Sobre Improcedencia del Recurso de Reposición en Contra de sus Decisiones³⁴⁵, publicado en el Diario Oficial el 9 de junio de 2011. En este reconoce que dado el Principio de Especialidad, las normas específicas de la Ley de Acceso a la Información Pública deben tener preferencia sobre el artículo 10° de la LOCGBAE, y que en el futuro no se aceptarán a tramitación más reposiciones administrativas, lo que nos parece correcto.

No podemos dejar de mencionar, como un punto bastante cuestionable del Acuerdo, es que además de citar el Principio de Especialidad, se citó como un argumento para decretar la improcedencia de la reposición, que “la experiencia acumulada ha demostrado que la referida vía impugnatoria se transforma en un trámite dilatorio para el procedimiento”. En este punto, lo que hizo el Consejo fue señalar soterradamente que toda vez que una mínima cantidad de reposiciones son finalmente acogidas, aceptarlas todas a tramitación resultaba poco eficiente. Pese a que compartimos la decisión, este razonamiento no basado en el Derecho, sino en las probabilidades, nos parece del todo reprochable.

Antes del acuerdo sobre la improcedencia de la reposición, existía la duda de si se podía deducir reposición administrativa ante el mismo Consejo, y posteriormente, reclamo de ilegalidad ante la Corte. Si bien, por lo general se aceptó, en cierta oportunidad la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió

³⁴⁵Consejo para la Transparencia. 2011. Acuerdo sobre Improcedencia del Recurso de Reposición en Contra de sus Decisiones [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20110609/asocfile/20110609130036/acuerdo_reposicion.pdf>

negativamente, fallando que cuando se presentaba reposición, luego no podía intentarse un reclamo de ilegalidad³⁴⁶.

El fundamento de dicha resolución es simple. La Ley de Acceso a la Información Pública faculta a las Cortes para conocer y fallar las reclamaciones contra las resoluciones de los amparos, pero no para conocer ni fallar reclamos contra decisiones del Consejo sobre reposiciones administrativas. Lo anterior, basado en el Principio de Clausura del Derecho Público, según el cual los órganos del Estado solo pueden hacer aquello a lo que están expresamente facultados³⁴⁷.

3.4.2 Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones

3.4.2.1 Concepto

Podríamos decir que el reclamo de ilegalidad es una acción de carácter jurisdiccional que se ejerce ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante, que tiene por objeto solicitar que se modifique conforme a la Ley una resolución del Consejo para la Transparencia que falló un amparo. Nótese que el reclamo que aquí estudiaremos solo procede contra el Consejo, y no contra los Órganos con Autonomía Constitucional, los cuales revisamos someramente en el primer capítulo de este trabajo.

³⁴⁶Esto ocurrió en una causa respecto de la ENAP. Sobre el particular, el Tribunal de Alzada señaló: “Que respecto del segundo acto, esto es, la reposición deducida, según las normas generales, en contra de la resolución de 22 de junio de este año por medio de la cual el Consejo para la Transparencia acogió el reclamo deducido por doña, reposición que fue rechazada, por extemporánea, es necesario señalar que, según lo establece la norma del ramo, esto es, la Ley 20.285, dicha resolución no es susceptible de ser reclamada por esta vía, por cuanto no es alguna de aquellas que los artículos 28 o 29 establezcan, razón por la que no queda más que declararlo inadmisibles” (C.A. Stgo. rol 4.080-2010, considerando 5°).

³⁴⁷ Este principio se deriva del inciso 1° del artículo 7° de la Constitución, que señala que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

En cierta forma, el reclamo de ilegalidad es bastante parecido al recurso de apelación, ya que el objeto de la acción es enmendar una resolución conforme a la Ley, para lo cual la Corte tiene facultades bastante amplias. No obstante lo anterior, no puede perderse de vista el hecho que el Consejo no es el inferior jerárquico de la Corte de Apelaciones, ni tampoco es un Tribunal, por lo que el reclamo no constituye desde un punto de vista procesal una segunda instancia.

La figura del reclamo de ilegalidad también aparece en nuestro ordenamiento en otras normas, como la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y en la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, precisamente como una forma de impugnar judicialmente actos administrativos. No obstante lo anterior, debemos hacer notar que la tramitación de los reclamos contemplados contra distintos órganos en el derecho nacional, es totalmente distinta entre sí, por lo que no puede decirse que exista una reglamentación orgánica ni general para el reclamo de ilegalidad. En cada caso debemos atender a la norma particular que lo regula.

3.4.2.2 Legitimación Activa y Pasiva

La ley contempla la posibilidad que tres sujetos distintos sean titulares del reclamo de ilegalidad, en atención a si el Consejo concedió o no el acceso a la información y de si operó el mecanismo de notificar a terceros de su derecho a oponerse a la entrega, que estudiamos en el punto 3.2.4. En este sentido, eventualmente puede deducir el reclamo quien solicitó información y posteriormente recurrió de amparo, el órgano de la Administración, y los terceros que ejercieron su derecho a oponerse a la entrega de la información. Veremos cada uno por separado.

En primer lugar, de acuerdo al inciso 1° del artículo 28 de la Ley 20.285, está legitimado para presentarlo, aquella persona que recurrió de amparo por denegación de información ante el Consejo para la Transparencia, cuando este último rechaza el acceso a la información. Debemos recordar lo señalado en el acápite 3.3.1.1, en el sentido que debe existir identidad entre quien requiere información y quien deduce el amparo. En este caso el objeto del reclamo es simple. Se solicita a la Corte de Apelaciones que acoja el reclamo de ilegalidad contra el Consejo y que ordene la entrega de la información denegada.

En segundo lugar, en virtud del inciso 2° del artículo 28 de la Ley, está legitimado para deducir un reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones, el organismo público al cual el Consejo obligó a entregar información requerida. Aquí lo que se busca es revertir la decisión, en el sentido de mantener la reserva o secreto de los datos. Debemos señalar que la Ley contempla una limitación importante. La norma indica que “los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21”. Debemos recordar que la causal aludida es la que revisamos en el punto 2.2.1.1 de este trabajo, esto es, cuando la publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido. No obstante este impedimento, los órganos de la Administración son, por lejos, quienes más reclamos de ilegalidad han presentado para revertir decisiones del Consejo para la Transparencia.

En tercer lugar, en razón del inciso 3° del artículo 28 citado, están facultados para reclamar de ilegalidad, aquellos terceros que se hubieran opuesto oportunamente a la entrega de información por parte de los órganos del Estado, en conformidad al artículo 20 de la Ley de Transparencia, según el procedimiento que revisamos en el acápite 3.2.4 de este trabajo. En este caso,

el objetivo de la reclamación, también sería mantener la reserva o secreto de datos declarados públicos por el Consejo.

Finalmente, debemos señalar que el sujeto pasivo del reclamo de ilegalidad, cuando nos referimos a la Administración, es siempre el Consejo para la Transparencia.

3.4.2.3 Tramitación del reclamo de ilegalidad

Hemos señalado que el Consejo debe notificar su resolución al recurrente, órgano y terceros eventualmente involucrados por carta certificada. Asimismo, hemos de recordar que en conformidad al artículo 46 de la Ley de Procedimiento Administrativo, la notificación se entiende realizada 3 días luego de ser despachada en el correo.

El inciso 4° del artículo 28 de la Ley de Transparencia, dispone que el reclamo de ilegalidad debe ser interpuesto ante la Corte de Apelaciones, dentro del plazo de 15 días corridos contados desde la fecha en que se notificó la resolución del Consejo. En los casos que la resolución del Consejo hubiera concedido la entrega, la interposición del reclamo ya sea por el órgano o por un tercero, suspende la entrega de la información acorde al artículo 29 de la Ley.

El artículo 30, señala que la Corte dispondrá la notificación al Consejo y terceros, si hubiere, por cédula, los cuales tienen un plazo de 10 días para informar. Además, dispone que una vez evacuado el traslado, la Corte debe traer los autos en relación, y agregar la causa a la tabla de manera extraordinaria. También puede abrir un término probatorio especial de hasta 7 días y luego escuchar los alegatos de las partes.

La Corte de Apelaciones tiene un plazo para fallar de 10 días desde la audiencia de alegatos, o en caso de haber abierto un término probatorio, 10

días desde que queda ejecutoriada la resolución que declara vencido dicho término. Asimismo, la Corte puede disponer el inicio de un procedimiento disciplinario por infracciones a la Ley de Transparencia, y en caso de acoger el reclamo, también deberá fijar un plazo al órgano de la Administración para entregar la información.

Finalmente, debemos destacar, que en más de tres años de vigencia de la Ley 20.285 –desde abril de 2009 a junio de 2012- las Cortes de Apelaciones han tenido una marcada tendencia por confirmar las decisiones del Consejo para la Transparencia. La Fundación Pro Acceso ha contabilizado que en dicho plazo, de 62 reclamos de ilegalidad deducidos, 52 han sido favorables para el Consejo³⁴⁸.

3.4.3 ¿Existen Recursos Posteriores al Reclamo de Ilegalidad?

Una vez que la Corte de Apelaciones ha resuelto el reclamo de ilegalidad contra el Consejo, es menester determinar si existe algún recurso posterior. El inciso 4° del artículo 30 de la Ley 20.285 contiene una norma bastante clara: “Contra la resolución de la Corte de Apelaciones no procederá recurso alguno”.

Aplicando dicha disposición, la Corte Suprema ha rechazado, por ejemplo, los recursos de apelación que se han intentado contras las resoluciones de las Cortes de Apelaciones sobre reclamos de ilegalidad en materia de acceso a la información pública³⁴⁹.

³⁴⁸ Sánchez, Moisés. 2012. Acceso a la Información en Peligro. La Tercera, Santiago, 18 de septiembre [en línea] <<http://diario.latercera.com/2012/09/18/01/contenido/opinion/11-118596-9-acceso-a-la-informacion-en-peligro.shtml>>

³⁴⁹ Nuestro Máximo Tribunal, frente a apelaciones contra fallos de reclamos de ilegalidad, ha dicho “Que por medio de la apelación de que se trata se pretende que esta Corte Suprema se avoque al conocimiento de un recurso que resulta improcedente, por cuanto la Corte Suprema es, por naturaleza, un tribunal de casación y sólo excepcionalmente, en los casos previstos por

Respecto a otros recursos de carácter jurisdiccional que existen en nuestro ordenamiento, como podrían ser el de reposición, casación en la forma y en el fondo, nulidad, unificación de jurisprudencia, estimamos que el artículo 30 de la Ley es bastante claro, en el sentido que no procede ninguno de ellos³⁵⁰.

Además de dichos medios de impugnación, en nuestro ordenamiento existe el denominado recurso de queja, el cual emana de las denominadas facultades disciplinarias de los tribunales, y cuyo objetivo es restablecer el imperio del derecho frente a una grave falta o abuso por parte de los Tribunales. Este se ha intentado en varias oportunidades para revertir resoluciones de Cortes de Apelaciones respecto de reclamos de ilegalidad. Cuando la decisión que se desea revertir es de una de las 17 Cortes de Apelaciones del país, la interposición del recurso de queja deberá hacerse necesariamente ante su superior jerárquico, o sea, la Corte Suprema.

El problema que ha presentado esta vía, es que la Ley contempla como causal para su procedencia, la existencia de falta o abuso por parte de los jueces en la dictación de la resolución que se desea impugnar. El inciso 1° del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, señala que “el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”.

la ley, tiene competencia para conocer recursos de apelación, según se desprende con toda claridad de lo dispuesto en los artículos 96 y 98 del Código Orgánico de Tribunales; y la resolución apelada en la especie no se encuentra en la situación excepcional referida” (C.S. rol 2963-2010, considerando 2°).

³⁵⁰ La Corte Suprema también ha rechazado recursos de hecho, por resoluciones de Corte de Apelaciones que deniegan la apelación de la sentencia sobre reclamo de ilegalidad. En un recurso de hecho del Servicio de Salud Viña del Mar-Quillota contra la Corte de Valparaíso, la Corte Suprema lo descartó señalando “Que la Ley N° 20.285 que regula la materia de fondo del reclamo de ilegalidad deducido no contempla el recurso de apelación como medio de impugnación de las resoluciones que se dicten en dicho procedimiento, por lo que no cabe sino concluir su improcedencia respecto de resoluciones recaídas en incidentes” (C.S. rol 2874-2011, considerando 4°)

En base a dicha exigencia, la Corte Suprema ha sido estricta con los recurrentes, descartando de plano hasta ahora, todos los recursos de queja presentados contra las sentencias de Cortes de Apelaciones que han resuelto reclamos de ilegalidad. La razón ha sido, que el requisito para interponer el recurso, es la existencia de falta o abuso en la actuación de los magistrados y no la correcta o incorrecta aplicación del Derecho³⁵¹. Lo que ha hecho nuestro Máximo Tribunal, es decir que a él, simplemente no le compete volver a conocer lo que ya han fallado las Cortes de Apelaciones.

3.5 Procedimiento de Sanción a los Funcionarios públicos por infracciones a la Ley de Transparencia

Una de las principales innovaciones que contempla la Ley 20.285, es la posibilidad que los funcionarios públicos sean sancionados por el Consejo para la Transparencia, por no cumplir los deberes que les impone la Ley. La norma, contempla en su artículo 11 el Principio de Responsabilidad, conforme al cual la no ejecución de las obligaciones en materia de publicidad, cometidas por parte de los órganos de la Administración, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece la ley contra los funcionarios involucrados.

Debemos destacar que la Ley de Transparencia, en sus artículos 45 y 46, establece que no cualquier funcionario público puede ser objeto de sanción. Solamente pueden serlo, aquellos que detentan la calidad de “autoridad o

³⁵¹ Al respecto, la Corte ha señalado que “conforme al artículo 545 del COT, el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso grave, constituido por errores u omisiones manifiestos e igualmente graves” y “que lo anterior no significa necesariamente compartir la apreciación de los hechos y la aplicación del Derecho efectuada por los jueces reclamados...” (C.S. rol 9065-2010, considerandos 1° y 3° respectivamente). De manera prácticamente idéntica puede verse también la queja tramitada por la Corte Suprema bajo el rol 3818-2011.

jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido”³⁵².

El fundamento que la responsabilidad sea exclusiva de las jefaturas, no es desde luego, que los funcionarios dotados de autoridad sean los encargados de gestionar personalmente los requerimientos de información. El motivo, radica en que dichos cargos deben ejercer un control jerárquico del personal bajo dependencia, en este caso, respecto de los deberes de la Ley de Transparencia. Así lo han entendido tanto el Consejo, como la Contraloría General de la República³⁵³.

La Ley 20.285 contempla tres hipótesis por las cuales se puede sancionar a los funcionarios públicos que hemos señalado:

- I. Negativa Infundada a la Solicitud (art. 45):** Comete esta infracción la autoridad requerida que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley. A su vez, este último señala que “La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, estará obligado a proporcionar la información que se le solicite, salvo que concurra la oposición regulada en el artículo 20 o alguna de las causales de secreto o reserva que establece la ley. En estos casos, su negativa a entregar la información deberá formularse por escrito, por cualquier medio, incluyendo los electrónicos. Además, deberá ser fundada, especificando la causal legal invocada y las razones que en cada caso

³⁵² El artículo 1° N° 1 de la Ley de Transparencia define la “autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido”, como aquella “autoridad con competencia comunal, provincial, regional o, en su caso, el jefe superior del servicio a nivel nacional”.

³⁵³ Consejo para la Transparencia. 2012. Resolución de Sumario en Reclamo C34-11 [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120206/asocfile/20120206095755/n308_director_administracion_y_finanzas_de_municipalidad_de_iquique_c34_11_.pdf> P. 2.

motiven su decisión”. En este caso, el funcionario podrá ser sancionado con multa que va del 20% al 50% de su remuneración.

II. Entrega Inoportuna de lo Solicitado (art. 46): La segunda causal, considera como falta la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme del Consejo para la Transparencia o de la Corte de Apelaciones³⁵⁴. El funcionario responsable puede ser sancionado con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente³⁵⁵.

III. Incumplimiento de las Normas de Transparencia Activa (art. 47): Esta causal se refiere a la no publicación en por parte de los servicios públicos, en sus sitios web, de la información establecida en el artículo 7° de la Ley de Transparencia. También se sanciona con multa que va del 20% al 50% de la remuneración del infractor.

Establecidas ya las causales por las cuales se puede sancionar a los funcionarios, es necesario determinar cuál es el procedimiento que debe seguir para aplicar las sanciones a los involucrados. La Ley contempla que puede hacerse a través de sumario regulado por las normas del Estatuto

³⁵⁴ Debemos recordar que en virtud del artículo 27 de la Ley 20.285, en caso de acogerse un amparo, es facultad del Consejo fijar el plazo que tiene la Administración para entregar la información requerida. Del mismo modo, cuando hubiere reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones y esta ordenare la entrega de los datos, el artículo 30 de la Ley, da al Tribunal de Alzada la facultad de fijar el plazo.

³⁵⁵ En virtud de esta causal, se sancionó a la alcaldesa de de Iquique. En la causa C34-11 – referida a información de asistencia al trabajo de funcionarios municipales-, con fecha 4 de marzo de 2011, se ordenó entregar en un plazo de 10 días hábiles, todos los datos solicitados al ciudadano requirente. Toda vez que la Municipalidad entregó la información en el mes de junio -3 meses después-, el Consejo sancionó a la edil en su calidad de jefe de servicio con multa equivalente al 20% de su remuneración.

Administrativo, o, por medio de un sumario tramitado por la Contraloría – conforme a las reglas de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 10.336-, a elección del Consejo para la Transparencia³⁵⁶.

En primer lugar, el Consejo puede decidir que el sumario se tramite conforme al Estatuto Administrativo. El inciso 1° del artículo 49 de la Ley de Transparencia, dispone que “las sanciones previstas en este título serán aplicadas por el Consejo, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo”.

Cuando el Consejo se decante por esta opción, deberá aplicarse el inciso 2° del artículo 49 del Reglamento de la Ley de Transparencia, que dispone que “en el evento que el Consejo Directivo determine incoar directamente un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones del Título IV de este reglamento, designará a uno de sus funcionarios abogados como Fiscal instructor, instruyéndose el procedimiento conforme a las normas del Estatuto Administrativo”. O sea, será un funcionario del mismo Consejo será quien haga de Fiscal, y no un funcionario perteneciente al organismo del funcionario investigado. Hecha la investigación, los antecedentes deberán enviarse al Consejo para la Transparencia, para que su Consejo Directivo tome una resolución definitiva.

El problema de dicho procedimiento, es que existen órganos de la Administración a los cuales no se les aplica el Estatuto Administrativo. Chile

³⁵⁶ La principal diferencia entre uno y otro, radica en el nivel de independencia del funcionario que hará de fiscal y sus atribuciones. En el sumario tramitado por la Contraloría, el encargado de investigar será precisamente un funcionario de dicho organismo, el cual tiene la facultad de suspender al funcionario investigado e incluso al jefe de servicio, en virtud del artículo 133 de la Ley 10.336. Por el contrario, en el sumario tramitado conforme al Estatuto Administrativo, por regla general, el fiscal investigador será un funcionario de la misma repartición que el investigado. A marzo de 2012, en la decena de casos en que, desde la vigencia de la Ley de Transparencia, el Consejo a decidido sustanciar sumarios, siempre ha optado porque sea la Contraloría quien los tramite.

Transparente ha criticado este hecho, señalando que “no está claramente definido cuál es el procedimiento de ejecución de las sanciones de las resoluciones del Consejo para la Transparencia respecto de organismos a los cuales no se les aplica el Estatuto Administrativo, como es el caso de las Municipalidades y Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, pues estos quedarían fuera del ámbito de aplicación de esta normativa”³⁵⁷.

En segundo lugar, el Consejo puede optar porque sea la Contraloría la que realice el sumario. El inciso 2° del artículo 49 de la Ley de Transparencia señala que “con todo, cuando así lo solicite el Consejo, la Contraloría General de la República, de acuerdo a las normas de su ley orgánica, podrá incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan”.

En este caso, la Ley no es muy precisa respecto a quién debe resolver si se aplica o no una sanción, si debe ser la Contraloría o el Consejo quien tiene la última palabra.

Durante el año 2009, ambas instituciones realizaron una interpretación conjunta de la norma, y firmaron el Convenio de Colaboración entre la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia³⁵⁸. En dicho instrumento, se estableció que a solicitud del Consejo, la Contraloría debe realizar las investigaciones, y en caso de considerar que existe mérito para

³⁵⁷ Chile Transparente. 2009. Acceso a la Información Pública: Los Desafíos del Consejo para la Transparencia, Santiago, Serie Documentos de Trabajo Número 8 [en línea] <http://www.chiletransparente.cl/home/doc/DT8_Desafios_Consejo_Transparencia.pdf> Pág. 15

³⁵⁸ Contraloría General de la República y Consejo para la Transparencia. 2009. Convenio de Colaboración entre la Contraloría General de la República y el Consejo para la Transparencia [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20090408/asocfile/20090408125721/convenio_contraloria.pdf>

aplicar sanciones a los funcionarios investigados, debe proponerlas al Consejo, que será quien resuelva finalmente cada caso³⁵⁹.

Si bien este procedimiento parece simple, en la práctica ha sido bastante

En la causa **R13-09** contra la Municipalidad de Ovalle, el reclamo original ingresó el día 16 de junio de 2009 al Consejo para la Transparencia. El 27 de enero de 2010 el Consejo notificó su fallo al Municipio. Mediante Oficio N° 633 del 8 de abril de 2010³⁶⁰, el Consejo solicitó a la Contraloría instrucción de sumario contra la Alcaldesa por no cumplir la resolución que le ordenaba publicar ciertos datos. El 1° de marzo de 2011 mediante Oficio N° 12.657, y luego de tramitar sumario, la Contraloría propuso al Consejo aplicar una multa equivalente al 20% de la remuneración, lo cual fue confirmado por el Consejo en Resolución de fecha 11 de abril de 2011³⁶¹. En resumen, el sumario desde que fue solicitado hasta que vio sanción, tardó 12 meses completos, a lo que hay que sumar 10 meses en la tramitación ordinaria de la causa. En total, desde que la causa ingresó al Consejo hasta que se sancionó al funcionario infractor, se tardó 22 meses.

³⁵⁹ El artículo 4° del Convenio señala que “El Consejo podrá solicitar a la Contraloría que incoe sumarios administrativos por las infracciones previstas en los arts. 45 a 47 de la Ley de Transparencia, dentro o fuera de la ciudad asiento del Consejo. En estos casos la Contraloría investigará los hechos y, en su caso, establecerá las sanciones que correspondan remitiendo los antecedentes al Consejo Directivo del Consejo. Este último los ponderará prudencialmente para decidir, fundadamente, si aplica una sanción o sobresee”.

³⁶⁰ Consejo para la Transparencia. 2010. Oficio N° 633 a la Contraloría General de la República [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20100419/asocfile/20100419103336/ofn0633_contralor_r13_09.pdf>

³⁶¹ Consejo para la Transparencia. 2011. Resolución de Sumario en Reclamo R13-09 [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20110425/asocfile/20110425160904/res_sancion_ovalle11abril2011.pdf>

Respecto al modo de ejecutar los fallos, en los pocos casos en que se han aplicado sanciones contra jefes de servicio –casi todos alcaldes-, el Consejo ha optado por enviar un oficio al funcionario que detente el cargo de Director de Administración y Finanzas o similar, ordenándole realizar un descuento en la próxima remuneración del funcionario sancionado.

A marzo de 2012, luego de casi tres años de la entrada en vigencia de la Ley 20.285, la Contraloría a solicitud del Consejo ha incoado solo una decena de casos, casi todos por infracción a las normas de Transparencia Activa.

Además, la evidencia que tenemos hasta ahora sugiere que el hecho que una causa pase del Consejo a la Contraloría y viceversa hace que el procedimiento sea extremadamente lento, como veremos a continuación tomando como ejemplo con uno de los tres sumarios que a agosto de 2011 tiene resolución.

Si bien la introducción de sanciones contra los funcionarios ha significado un importante incentivo para el acatamiento de las resoluciones del Consejo para la Transparencia, llama la atención la cantidad de sanciones a funcionarios públicos. Pese a que en un año ingresan más de 60.000 requerimientos de información solo a organismos de la Administración Central³⁶² -sin contar otros Poderes del Estado, Autonomías Constitucionales y Municipalidades- y entran más de 1.600 causas al Consejo para la Transparencia³⁶³, que en casi 3 años de vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública –de abril de 2009 a marzo de 2012-, se hayan dictado solo tres sanciones aparece como un número algo exiguo

³⁶² Ministerio Secretaría General de la Presidencia: Comisión de Probidad y Transparencia. 2011. Reporte Anual Estadístico de Solicitudes 2010 [en línea] <http://www.leydetransparencia.cl/assets/files/documentos/Reporte_anual_2010.pdf> Pág. 4

³⁶³ Consejo para la Transparencia. 2011. Boletín Estadístico Mensual Diciembre 2010 [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20110104/asocfile/20110104170318/reporte_dic2010.pdf> Pág. 7

CONCLUSIONES

La introducción del nuevo artículo 8° de la Constitución en 2005, y la entrada en vigencia de Ley de Transparencia en 2009 han supuesto grandes avances en lo que respecta al acceso a la información y la rendición de cuentas de la actividad gubernamental para los ciudadanos de la república.

La creación del Consejo para la Transparencia –encargado de conocer amparos por denegación de información pública y reclamos por infracciones de transparencia activa- al cual pueden acudir las personas de manera simple y sin necesidad de abogado, ha significado una gran herramienta para que la sociedad civil demande antecedentes a las autoridades sobre los más diversos temas y pueda participar de manera informada del proceso político.

Pese a la resistencia inicial de ciertas instituciones como universidades, corporaciones municipales de salud y educación y empresas públicas, existe una jurisprudencia consolidada del Consejo, de aplicar la Ley de Transparencia a todos los organismos que integran el ejecutivo y de ponerlos bajo su competencia para dichos efectos, lo cual ha sido confirmado por las Cortes de Apelaciones del país.

Aunque el Consejo tiene competencia sobre prácticamente toda la Administración, no sucede lo mismo con los otros Poderes del Estado, e incluso al interior de estos. Por ejemplo, en el Congreso Nacional la situación es dispar entre las dos cámaras, ya que Senadores modificaron su reglamento en lo que respecta al acceso a la información, estableciendo un procedimiento con posibilidad de reclamo ante la Comisión de Ética de la Corporación. Los Diputados no han actualizado su normativa interna, de manera que no es posible realizar requerimientos de acceso a la información a la Cámara Baja, ni tampoco forma alguna de reclamar.

Respecto del Poder Judicial, a este solo se le aplica las normas sobre transparencia activa. Lo mismo ocurre con los tribunales especiales que forman parte de la Administración. Especialmente preocupante resulta la situación de los Auxiliares de la Administración de Justicia –notarios, conservadores, archiveros-, que pese a ejercer funciones de carácter público, en la práctica actúan como si fueran sujetos privados y no tienen ninguna obligación en materia de transparencia.

Otra situación estudiada fue la de las autonomías constitucionales – Banco Central, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Justicia Electoral y Ministerio Público-. Si bien la Ley permite que los ciudadanos puedan realizar requerimientos de información, frente a una denegación, el procedimiento de reclamo –ante la Corte de Apelaciones, con patrocinio de abogado- ha significado un fuerte desincentivo para que los ciudadanos puedan accionar contra ellos y en tres años de vigencia de la Ley tan solo han sido reclamados en menos de una decena de oportunidades.

Frente a la imposibilidad que el Consejo para la Transparencia tenga competencia sobre el Congreso, la Judicatura y los Órganos con Autonomía Constitucional, algunas voces de la sociedad civil han planteado la necesidad de dotar al Consejo de independencia en nuestra Carta Fundamental. No obstante lo anterior, en nuestra historia constitucional los órganos que poseen autonomía han nacido con ella, siendo difícil que un órgano ya existente, como el Consejo para la Transparencia, pudiera adquirirla con posterioridad. Además, dados los roces del Consejo con el Gobierno por el caso *emails*, no parece existir voluntad política actual para fortalecer sus atribuciones.

En relación al concepto de información pública y las causales de reserva o secreto, el Consejo para la Transparencia ha desarrollado una nutrida jurisprudencia sobre los más diversos temas. Se ha establecido el principio que dado que el derecho de acceder a la información pública sería un derecho fundamental y que existe una presunción legal que todos los antecedentes en manos del Estado se presumen públicos, sobre quienes se oponen a un requerimiento –generalmente organismos públicos y eventualmente terceros– recae toda la carga de la prueba.

Lo anterior ha significado, por ejemplo, que no todo lo relacionado a Fuerzas Armadas equivale automáticamente a seguridad nacional, que no toda la información relativa a la cancillería afecta las relaciones internacionales de nuestro país y que no todos los datos sobre personas naturales, de ser divulgados, vulneran el derecho a la privacidad de estas.

La práctica del Consejo ha establecido que para rechazar un requerimiento de acceso a la información, las instituciones estatales deben realizar el siguiente ejercicio. Primero, señalarle al solicitante la causal específica de la Ley de Transparencia por la cual se está denegando la entrega de los antecedentes. Segundo, indicar los argumentos de por qué corresponde aplicar la causal y probar de qué manera la divulgación de los datos pedidos afecta los bienes jurídicos que protege la Ley. Es necesario destacar que la procedencia de cualquier causal puede ser controvertida ante el Consejo.

El aspecto más importante de esta investigación, sin duda alguna, fue el estudio de la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia de cada una de las cinco causales de reserva o secreto del artículo 21 de la Ley 20.285:

La primera de ellas, el debido cumplimiento de las funciones del servicio, se ha resuelto que solo procede en caso que la Administración pueda probar fundadamente que la divulgación de los antecedentes solicitados, significará un

claro entorpecimiento de sus atribuciones encomendadas por el Ordenamiento Jurídico, comprometiendo así la eficiencia del actuar estatal.

Respecto de la segunda causal, la protección de los derechos de terceros, la práctica del Consejo ha puesto el énfasis en que debe tratarse de derechos ya tutelados por el Derecho y no meros intereses, y que la causal solo protege a personas –naturales y jurídicas- determinadas. Especial énfasis se ha puesto en el derecho a la privacidad de los individuos, materia en la cual se ha aplicado las reglas de la Ley 19.628 de Protección de la Vida Privada, en relación a las distinciones entre datos personales y datos sensibles, y de fuentes abiertas y cerradas al público. A falta de un ente encargado de la protección de datos en nuestro país, ha sido el Consejo para la Transparencia quien ha tomado dicho rol, brindando interpretaciones a los diferentes casos.

La tercera causal, sobre seguridad nacional y orden público, ha sido delimitada en el sentido que no protege todo lo relacionado a nuestras instituciones armadas, sino a aquellas relacionadas a las estrategias de defensa y capacidad militar de nuestro país, sin cubrir en ningún caso otras materias de mero carácter administrativo.

La cuarta excepción, relativa a las relaciones internacionales e intereses económicos del país, ha sido interpretada por el Consejo de manera que lo que se protege es la confidencialidad en la comunicación entre Estados.

La quinta y última causal, esto es, la existencia de leyes que quórum calificado que determinen la reserva o secreto de antecedentes, no puede llegar y aplicarse por lo sola existencia de una ley de quórum de acuerdo al Consejo. Se requiere además de un bien jurídico cautelado, o de un interés relevante que justifique la prohibición de divulgar la información.

Además de las cinco causales de excepción del artículo 21 de la Ley de Transparencia, la práctica ha llevado a que se discutan frecuentemente ante el

Consejo otras causas para denegar una solicitud de acceso a la información. Nos referimos a la inexistencia de los datos pedidos, a los costos involucrados por su reproducción, que los antecedentes estén disponibles por otro medio o que hayan sido eliminados en consideración al transcurso del tiempo. También revisamos los dos casos conocidos de información en manos del Estado, pero accesible solo a algunos ciudadanos. Las nóminas de partidos políticos –por expreso mandato constitucional- y la denominada información propia.

Pese a que parecen existir tendencias claras en la jurisprudencia sobre los principales temas, será necesario revisar si dichos criterios ya sentados se mantienen en el tiempo o varían con el cambio de los miembros del Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia. Estos son designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, y sobre el particular, ya existe un precedente respecto a la no renovación de Consejeros por diferencias con el Gobierno en los casos de los correos electrónicos del Ministro Secretario General de Gobierno y de la Subsecretaría de Interior. En este sentido, existe cierto temor que las tendencias jurisprudenciales puedan variar en atención a la mera filiación política de los Consejeros.

Respecto a la tramitación del procedimiento de acceso a la información pública en la Administración, el Consejo ha realizado una labor encomiable eliminando cortapisas creadas por los organismos públicos, como la puerta de entrada a las peticiones –aceptando oficinas de partes, OIRS, emails institucionales e internet- y los costos de reproducción, que deben ajustarse a criterios verificables en el mercado

Pese a su destacado trabajo estableciendo criterios sobre el resto de los órganos administrativos, el Consejo aún está en deuda en lo que respecta a los plazos de tramitación de los amparos. El procedimiento, que según la Ley de

Transparencia debería tardar solo algunas semanas, actualmente demora 117 días en promedio para obtener una decisión de fondo³⁶⁴.

Acerca de la impugnación de las resoluciones del Consejo para la Transparencia ante las Cortes de Apelaciones, estas de manera general han optado por confirmar las decisiones del Consejo en aproximadamente 5 de cada 6 casos.

Relacionado a lo anterior, la Corte Suprema ha fallado de manera reiterada que los reclamos de ilegalidad ante las Cortes de Apelaciones son la última instancia de impugnación en las causas de acceso a la información pública, sin que nuestro Tribunal Supremo de Justicia haya aceptado tramitar ningún recurso al respecto. Se ha debatido la idea de establecer una suerte de recurso de casación o unificación de jurisprudencia ante la Corte, aunque aun no existen proyectos de Ley al respecto.

Aunque se han atacado las decisiones de las Cortes de Apelaciones ante el Tribunal Constitucional, vía acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, debemos recordar que este no forma parte del Poder Judicial y los recursos ante él no constituyen una instancia en sentido estricto. En efecto, ante este órgano autónomo no se solicita la resolución final de un asunto, sino que se le pide que ordene a la judicatura ordinaria, la no aplicación de un precepto legal a un caso particular, por considerarse contrario a la Constitución. De este modo, las Cortes son quienes tienen la última palabra en materia de transparencia y acceso a la información pública.

³⁶⁴ Consejo para la Transparencia. 2012. Reporte Estadístico Noviembre 2012 [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120927/asocfile/20120927170833/reporte_noviembre_2012.pdf> P. 48.

BIBLIOGRAFÍA:

- Access Info. 2009. The Aid Transparency Toolkit [en línea] <http://www.access-info.org/documents/files/The_Aid_Transparency_Toolkit_-_Access_Info_22_October_2009.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Álvarez Undurraga, Gabriel. 2005. Curso de Investigación Jurídica. 2ª ed., Santiago, Editorial LexisNexis.
- Article 19. 2007. Memorándum sobre el Borrador del Proyecto de Ley de Acceso a la Información de la Administración del Estado de Chile, Londres [en línea] <<http://www.article19.org/pdfs/analysis/chile-foi-spanish.pdf>> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Brandeis, Louis. 1914. Other People's Money and How the Bankers Use It, New York, Frederick A. Stokes Company
- Cea Egaña, José Luis. 2004. Derecho Constitucional Chileno, tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile
- Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. 2009. Anuario de Derechos Humanos N° 5, Santiago de Chile.
- Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. 2010. Anuario de Derechos Humanos N° 6, Santiago de Chile
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas. 2011. Índice de Accesibilidad a la Información Judicial en Intenet, 7ª versión [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120417/asocfile/20120417164146/iacc_reporte_2011_final.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Chile Transparente. 2009. Acceso a la Información Pública: Los Desafíos del Consejo para la Transparencia, Santiago, Serie Documentos de

Trabajo Número 8 [en línea]
<http://www.chiletransparente.cl/home/doc/DT8_Desafios_Consejo_Transparencia.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]

- Chile Transparente. 2008. Ley de Transparencia de la Función Pública: Garantizando el Acceso a la Información. Santiago, Serie Documentos de Trabajo Número 5 [en línea]
<http://www.chiletransparente.cl/home/doc/Doc5_Ley_transparencia_funcion_publica.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Chile Transparente. 2010. Transparencia en el Ámbito Público y Privado: Balances y Desafíos Pendientes [en línea]
<http://www.chiletransparente.cl/publicaciones/documentos/doc_download/57-transparencia-en-el-ambito-publico-y-privado-balances-y-desafios> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Comisión de Probidad y Transparencia, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2010. Reporte primer año de vigencia, Estadística de solicitudes Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, Santiago [en línea]
<http://www.leydetransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/Reporte_primer_anio_vigencia.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Comisión Nacional de Ética Pública. 1994. Informe de la Comisión sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción, Chile [en línea]
<<http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf>> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Consejo para la Transparencia. 2011. Estudio sobre el ejercicio del Derecho de Acceso a la Información Pública, Chile [en línea]
<http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20110603/asocfile/20110603121226/conferencia_estudio_dai_ppt_final.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]

- Consejo para la Transparencia. 2012. Reporte Estadístico Noviembre 2012 [en línea] <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20120927/asocfile/20120927170833/reporte_noviembre_2012.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Corporación Participa y Fundación Pro Acceso. 2011. Barreras de Acceso a la Información Pública, Santiago [en línea] <http://www.proacceso.cl/files/Resultados_Barreras_de_Acceso%20Mayo.ppt> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Floridi, Luciano. 2010. Information: A Very Short Introduction. Oxford University Press.
- Földes, Ádám. 2007. Freedom of Information in Anti-corruption Work. Seminario internacional de litigio estratégico en Acceso a la Información, Santiago de Chile, 7 y 8 de junio de 2007 [en línea] <<http://www.proacceso.cl/files/Adam%20Foldes%20-%20Hungry%20-%20Freedom%20of%20Information%20in%20Anti-corruption%20work.ppt>> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Fundación Pro Acceso. 2011. Acceso a la Información y Transparencia Sobre la Demanda Ciudadana de Información Pública en Chile 2010, Santiago [en línea] <http://www.proacceso.cl/files/Pro%20Acceso%20-%20Estudio%20Transparencia%20Solicitudes%20de%20Informacion_0.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Jara Villalobos, Camilo. 2012. El Régimen de Transparencia de la Judicatura en Chile. II Congreso de Derecho de la Judicatura PUCV. Valparaíso, 18 y 19 de octubre 2012.
- Jara Villalobos, Camilo. 2012. La Tributación de las Empresas ante el Consejo para la Transparencia. II Congreso Estudiantil de Derecho y Economía, Santiago de Chile, 1, 2 y 3 de agosto 2012.

- Larraín Fernández, Hernán. 2008. *Transparencia: la Modernización que Faltaba*. 1ª ed., Santiago, Editorial JGE
- Letelier Wartenberg, Raúl y Rajevic Mosler, Enrique (Coordinadores). 2010. *Transparencia en la Administración Pública*. 1ª ed., Santiago, Abeledo Perrot.
- Libertad y Desarrollo. 2011. Encuesta: Percepción de Corrupción se ubica en su nivel más bajo. *Revista de LyD* Número 219, julio de 2011 [en línea] <http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/lyd219julio2011.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Mendel, Toby. 2003. *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*, London, UNESCO [en línea] <http://portal.unesco.org/ci/en/file_download.php/fa422efc11c9f9b15f9374a5eac31c7efreedom_info_laws.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Ministerio Secretaría General de la Presidencia: Comisión de Probidad y Transparencia. 2011. *Reporte Anual Estadístico de Solicitudes 2010* [en línea] <http://www.leydetransparencia.cl/assets/files/documentos/Reporte_anual_2010.pdf> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Nigro, Felix. y Nigro, Lloyd. 1988. *Modern Public Administration*, New York, Harper & Row Publisher.
- Pantoja Bauzá, Rolando. 1996. *El Derecho Administrativo: Concepto, Características, Sistematización y Prospección*. 1ª ed, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Pantoja Bauzá, Rolando (Coordinador). 2007. *Derecho Administrativo Chileno, Libro II*. 1ª Ed, México DF, Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. 2005. *Reformas Constitucionales*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- Rajevic Mosler, Enrique. 2010. Las agendas de probidad de los gobiernos de la Concertación: entre la realidad y el deseo [en línea] <<http://www.derecho.uahurtado.cl/documentos/Cap.%20Rajevic.pdf>> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Saúl Rodríguez, Lilia. 2007. Bin Laden y Mickey Mouse van al IFAI. El Universal, México D.F., 9 de noviembre [en línea] <<http://www.eluniversal.com.mx/primera/29895.html>> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Sánchez, Moisés. 2012. Acceso a la Información en Peligro. La Tercera, Santiago, 18 de septiembre [en línea] <<http://diario.latercera.com/2012/09/18/01/contenido/opinion/11-118596-9-acceso-a-la-informacion-en-peligro.shtml>> [Consulta: 15 de enero 2013]
- Steinmeyer Espinosa, Alfredo. 2011. Recuento de Jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, Serie Estudios del CPLT [en línea] <<http://www.consejotransparencia.cl/recuento-de-jurisprudencia-del-cplt/consejo/2011-04-11/104045.html>> [Consulta: 15 de enero 2013]

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|----|
| Introducción | 2 |
| Capítulo I: Sujetos Involucrados | 11 |
| 1.1 ¿Quién Puede Requerir Información a los Órganos del Estado? | 11 |
| 1.1.1 Chilenos y Extranjeros | 11 |
| 1.1.2 Personas Naturales a través de Apoderado | 13 |
| 1.1.3 Personas Jurídicas | 15 |
| 1.1.4 Órganos del Estado | 17 |
| 1.2 ¿A cuáles Órganos del Estado se Puede Requerir Información? | 18 |
| 1.2.1 La Ley 20.285 se aplica preferentemente a la Administración | 18 |
| 1.2.1.1 Universidades Estatales | 25 |
| 1.2.1.2 Corporaciones Municipales | 31 |
| 1.2.1.3 Otras Personas Jurídicas Derecho Privado | 36 |
| 1.2.1.4 Empresas Públicas | 37 |
| 1.2.2 Otros Poderes del Estado y Órganos con Autonomía Constitucional ... | 44 |
| 1.2.2.1 Congreso Nacional | 46 |
| 1.2.2.2 Poder Judicial | 49 |
| 1.2.2.2.1 Juzgados Policía Local y Tribunales Especiales | 53 |
| 1.2.2.2.2 Auxiliares de la Administración de Justicia | 54 |
| 1.2.2.3 Contraloría General de la República | 56 |
| 1.2.2.4 Ministerio Público | 58 |
| 1.2.2.5 Banco Central | 62 |
| 1.2.2.6 Tribunal Constitucional | 63 |
| 1.2.2.7 Justicia Electoral | 65 |
| 1.2.3 ¿La Ley de Transparencia Puede Usarse para Obtener Información de Privados? | 65 |

| | |
|---|-----|
| Capítulo II: La Información Pública y Las Causales de Excepción | 69 |
| 2.1 El Concepto de Información Pública | 69 |
| 2.1.1 Los Formatos en que Puede Estar Contendida la Información | 71 |
| 2.1.1.1 Actos Administrativos y Resoluciones | 75 |
| 2.1.1.2 Fundamentos de las Decisiones Administrativas: El Problema de los No Explicitados | 77 |
| 2.1.1.3 Documentos que sirven de complemento o de sustento directo y esencial | 79 |
| 2.1.1.4 Los Procedimientos Administrativos | 80 |
| 2.1.2 El Problema de la Propiedad de la Información | 82 |
| 2.1.3 La Presunción Legal de Publicidad | 85 |
| 2.2 Las Causales de Excepción de Reserva o Secreto | 88 |
| 2.2.1 El Debido Cumplimiento de las Funciones del Servicio | 92 |
| 2.2.1.1 Prevención, Investigación y Persecución de Delitos | 97 |
| 2.2.1.2 Defensas Jurídicas | 102 |
| 2.2.1.3 Antecedentes o Deliberaciones Previas a la Adopción de una Decisión, Medida o Política | 106 |
| 2.2.1.4 Requerimientos de Carácter Genérico, Relativos a un Elevado Número de Actos o Cuya Atención Distraerá a los Funcionarios de sus Labores | 109 |
| 2.2.2 La Protección de los Derechos de Terceros | 115 |
| 2.2.2.1 Seguridad | 120 |
| 2.2.2.2 Salud | 122 |
| 2.2.2.3 Esfera de la vida privada | 123 |
| 2.2.2.3.1 Datos Personales y Datos Personales Sensibles | 127 |
| 2.2.2.3.2 Fuentes Accesibles al Público | 130 |
| 2.2.2.3.3 La Privacidad de los Servidores Públicos | 134 |

| | | |
|---|---|-----|
| 2.2.2.4 | Derechos Comerciales o Económicos | 141 |
| 2.2.3 | La Seguridad Nacional y el Orden Público | 148 |
| 2.2.4 | Relaciones Internacionales e Intereses Económicos del País | 149 |
| 2.3 | Otras Causales para Denegar un Requerimiento de Información | 151 |
| 2.3.1 | La Información No Existe | 151 |
| 2.3.2 | Costos. Solo se pueden cobrar la Reproducción | 153 |
| 2.3.3 | La Información ya está Disponible por otro Medio | 156 |
| 2.3.4 | Información fue Eliminada por el Órgano | 157 |
| 2.3.5 | ¿Existe Información Restringida Solo a Algunos Ciudadanos? | 163 |
| 2.3.5.1 | Una Excepción Constitucional: Nóminas de Partidos Políticos . | 163 |
| 2.3.5.2 | La información propia y el <i>Habeas Data</i> Impropio | 164 |
| | | |
| Capítulo III: ¿Cómo Tramitar una Solicitud de Acceso a La Información | | |
| Pública? | | |
| | | 169 |
| 3.1 | ¿Cómo se debe pedir la información? | 169 |
| 3.1.1 | Requisitos que Debe Contener una Solicitud | 169 |
| 3.1.1.1 | Debe formularse por escrito o a través de sitios electrónicos ... | 169 |
| 3.1.1.1.1 | Por escrito “en papel” | 169 |
| 3.1.1.1.2 | A través de sitios electrónicos | 172 |
| 3.1.1.2 | Nombre, apellidos y dirección del solicitante | 174 |
| 3.1.1.3 | Identificación clara de la información que se requiere | 177 |
| 3.1.1.4 | Firma del solicitante estampada por cualquier medio Habilitado | 179 |
| 3.1.1.5 | Identificación del Órgano Administrativo al que se dirige | 181 |
| 3.1.2 | ¿Es necesario expresar causa al requerir información? | 181 |
| 3.1.3 | Indicaciones Opcionales | 182 |
| 3.1.2.1 | Forma de Notificación | 183 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 3.1.3.2 | Formato en que se desea la información: las copias Autorizadas | 184 |
| 3.1.3.3 | Medio por el cual se desea recibir la Información | 185 |
| 3.2 | ¿Qué debe hacer el Órgano frente a una Solicitud de Información? ... | 187 |
| 3.2.1 | Examen de Admisibilidad | 187 |
| 3.2.2 | Alternativas del Órgano | 188 |
| 3.2.3 | Entrega de la Información | 190 |
| 3.2.4 | Denegar la Solicitud | 190 |
| 3.2.5 | Comunicar a terceros su derecho a oponerse | 192 |
| 3.2.6 | Declararse Incompetente | 195 |
| 3.3 | ¿Cómo reclamar frente a una denegación de información? El Amparo ante el Consejo para la Transparencia | 198 |
| 3.3.1 | Requisitos que debe cumplir el Amparo 200 | |
| 3.3.1.1 | Debe existir identidad requirente/ recurrente y órgano requerido/ recurrido | 200 |
| 3.3.1.2 | El órgano recurrido debe estar bajo la competencia del Consejo | 201 |
| 3.3.1.3 | Señalar la Infracción cometida y hechos que la configura | 202 |
| 3.3.1.4 | Acompañar Medios de Prueba | 204 |
| 3.3.1.5 | Presentarse dentro de un Plazo de 15 días | 206 |
| 3.3.1.6 | Hacerse por escrito o a través de un formulario ante el Consejo o Gobernación Provincial | 207 |
| 3.3.2 | Tramitación del Amparo | 209 |
| 3.3.2.1 | Examen de Admisibilidad | 209 |
| 3.3.2.2 | Traslado para Descargos | 210 |
| 3.3.2.3 | Prueba | 213 |
| 3.3.2.4 | Resolución del Amparo | 216 |

| | |
|--|---------|
| 3.4 Formas de Impugnar la decisión del Consejo | 220 |
| 3.4.1 Procedencia del Recurso de Reposición Administrativa | 221 |
| 3.4.2 Reclamo de Ilegalidad ante la Corte de Apelaciones | 224 |
| 3.4.2.1 Concepto | 224 |
| 3.4.2.2 Legitimación Activa y Pasiva | 225 |
| 3.4.2.3 Tramitación reclamo de ilegalidad | 227 |
| 3.4.3 ¿Existen Recursos Posteriores al Reclamo de Ilegalidad? | 228 |
| 3.5 Procedimiento de Sanción a los Funcionarios públicos por infracciones a la Ley de Transparencia | 230 |
| Conclusiones | 237 |
| Bibliografía | 243 |