

Gladys Camacho Cepeda*

Transparencia Pública y Protección de Datos Personales en Chile

Public Transparency and Data Protection in Chile

“quien sigue identificando la protección de datos con el carácter secreto de las informaciones, olvid(a) la mutación “revolucionaria representada por el reconocimiento a todos los ciudadanos de un poder permanente de control sobre sus propios datos”. Stefano Rodotà, profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”¹

ESTUDIOS
Derecho Administrativo

Resumen

El presente trabajo pretende ser una reflexión en el contexto que se caracteriza por la relevancia de los derechos fundamentales involucrados, el valor económico de la actividad de tratamiento de datos, el Ordenamiento jurídico de protección existente con sus bondades y limitaciones y en particular las decisiones que el Consejo para la Transparencia ha ido adoptando sobre los datos personales en poder de los organismos públicos, pues ellas son un intento por armonizar el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales, formulando los trazos que deben seguirse para lograr una correcta protección de la información privada de las personas.

Palabras Clave

Jurisprudencia sobre transparencia, derecho de acceso, derecho a la protección de datos, datos personales, Consejo para la Transparencia.

* Profesora Asociada de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Magíster en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid).

Abstract

This paper is a reflection on the context that is characterized by the relevance of fundamental rights involved, the economic value of the data processing activity, the legal protection exists with its benefits and limitations, and in particular decisions which the Council for Transparency has adopted over personal data held by public bodies,

¹ Democracia y protección de datos, en Cuadernos de Derecho Público, núms. 19-20 (mayo-diciembre 2003), p.15.

for they are an attempt to harmonize the right of access to public information and protection of personal data, formulating the strokes to be followed achieve adequate protection of private information of individuals.

Keywords

Jurisprudence on transparency, right of access, right to privacy, personal data, Council for Transparency.

I Introducción

Ideas clave: El primer objetivo no debe ser la libre circulación de datos personales, sino la tutela de los Derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, el objetivo que persigue la legislación es borrar/eliminar/evitar los obstáculos para el ejercicio de una serie de actividades económicas que ha surgido al alero del espectacular desarrollo de las nuevas tecnologías y que suponen el movimiento o transacción de importantes volúmenes de dinero.

El desarrollo económico requiere de un activo mercado interior que implica necesariamente un aumento notable de los flujos de datos personales entre todos los agentes de la vida económica y social, ya se trate de empresas o de organismos de la Administración del Estado.

Dichos agentes necesitan disponer, en cierta medida, de datos personales para efectuar sus transacciones o para cumplir su cometido en el marco del espacio sin fronteras que constituye el mercado interior.

Por otra parte, las personas afectadas por el tratamiento de datos, aspiran a que sus datos personales se protejan de manera eficaz.

Se debe armonizar o equilibrar los derechos e intereses en juego al aplicar la normativa reguladora de los derechos a la libertad de información, libertad de expresión y la libertad de ejercer actividades que contribuyen a otros aspectos (religioso, político, sindical) y por otra parte la tutela de la intimidad de las personas cuyos datos han sido tratados y comunicados.

¿La protección de datos que no se consideren sensibles debe siempre ceder al principio de transparencia? Este es el planteamiento del gobierno danés.

Valores controvertidos o enfrentados: principio de transparencia, y de buena gestión de los fondos públicos y el objetivo de prevenir los abusos. ¿Existe un interés general que podría justificar una injerencia legítima en la vida privada?

En la medida que dicha injerencia esté prevista por la ley, sea necesaria para la consecución de finalidades legítimas en una sociedad democrática y no sea desproporcionada con respecto al objetivo perseguido.

El Gobierno finlandés sostiene que la protección de la intimidad no es absoluta. Así, los datos relativos a una persona que actúa en el marco de sus funciones o misiones públicas correspondientes no están comprendidos en la protección de la intimidad.

La Directiva europea 95/46 tiene entre sus considerandos que se autoriza a tener en cuenta el principio de acceso público a los documentos oficiales a la hora de aplicar los principios sobre protección de datos ahí expuestos.

Hay un criterio interesante que sugiere el gobierno sueco y es que corresponde a los órganos jurisdiccionales comprobar, en cada entidad pública afectada, si puede alcanzarse el objetivo del interés general mediante un tratamiento de los datos personales que atente menos a la intimidad de las personas afectadas.

Una ley de protección de datos personales no sólo puede ser útil para combatir a los “ladrones” de datos personales sino además como complemento para el desarrollo del comercio y otras iniciativas interesantes como la notificación electrónica y los expedientes digitales.

Una regulación excesivamente proteccionista puede terminar limitando el flujo de información en nuestra sociedad y las opciones que tenemos los consumidores en el mercado para adquirir bienes y servicios. En contraposición la inexistencia de regulación o la existencia de una demasiado flexible puede no generar el efecto de tutela deseado. En ese sentido consideramos que es muy importante lograr un equilibrio.

El reconocimiento del derecho de acceso a la información pública constituye el más reciente cambio normativo que afecta directamente la organización y la práctica administrativa. La Ley N° 20.285, sobre Acceso a la información pública, constituye una innovación normativa cuya sanción se inscribe en los esfuerzos por dar lugar a un indudable cambio de paradigma de la actividad administrativa sustentado en la efectividad de los principios de probidad y transparencia públicas. La citada Ley constituye la culminación de un largo y difícil camino recorrido con el objeto de afirmar una política de transparencia a nivel no sólo de la Administración Pública sino extendida también a cualquier órgano-poder del Estado.

La institucionalización definitiva del acceso a la información pública como derecho en Chile ha debido sortear múltiples trabas en los últimos tiempos, pero eso no constituye ninguna novedad como se puede advertir de los procesos que dan cuenta de lo difícil que ha sido en países de vasta tradición democrática instaurar una cultura de transparencia y lo vigilante que se aconseja estar para perseverar en este propósito, es así como respetables organizaciones no gubernamentales han surgido con este propósito.

Para que el principio de transparencia pueda hacerse paso, la senda final ha estado marcada por la importante reforma constitucional llevada a cabo por la Ley N° 20.050

de 2005, que introdujo un nuevo texto en el artículo 8º contenido en el Capítulo I De las Bases de la Institucionalidad, el cual ha propiciado la renovación total del régimen jurídico de la transparencia pública que hasta entonces venía rigiendo.

Siendo que en anterior oportunidad nos hemos ocupado de reflexionar sobre los alcances y fundamentos del artículo 8 de la Constitución Política así como de las características del régimen de acceso a la información pública de la Administración del Estado que reguló la Ley 20.285, me relevo de ocuparme de esos aspectos en esta ocasión². En consecuencia, del régimen jurídico sólo destacaré que la creación del Consejo para la Transparencia (en adelante aludido simplemente como “Consejo”) ha constituido una de las innovaciones más importantes establecidas por el nuevo régimen de acceso a la información pública. Este Consejo tiene como misión institucional garantizar el derecho de las personas a conocer la información que de acuerdo con la ley se define como pública³. Si bien este organismo despliega actividades preventivas vinculadas a la promoción de una cultura de transparencia, una de sus actividades de mayor relevancia ha constituido la vigilancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, particularmente a través de la resolución de los reclamos ciudadanos por vulneración de las obligaciones de transparencia activa o por la denegación de información por parte de los organismos públicos sometidos a su fiscalización.

En este contexto, siendo el Consejo para la Transparencia el organismo que el legislador ha responsabilizado, en el ámbito administrativo, de la promoción y vigilancia del principio de transparencia, es de particular interés, al cabo de dos años de la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia, hacer un balance de la efectividad en el cumplimiento de su labor a partir del análisis de la jurisprudencia que este organismo autónomo ha venido construyendo y que es la que va dando certeza jurídica sobre lo que constituye información pública a la que la ciudadanía le es posible acceder, así como identificar los parámetros que los organismos públicos deben considerar para mejorar sus prácticas sobre accesibilidad y facilitación a la información.

A este respecto, por razón de que los límites más conflictivos del concepto sobre información pública son más visibles en las materias que escapan a las obligaciones de transparencia activa, este trabajo se centra en las decisiones que el Consejo para la Transparencia ha venido dictando desde su instalación definitiva, en relación a las reclamaciones por denegación al derecho de acceso a la información o transparencia pasiva. Refuerza esta opción, la buena evaluación que han obtenido los organismos públicos integrantes de la Administración central en la primera fiscalización realizada por el Consejo para la Transparencia sobre el cumplimiento de las obligaciones de

² Vid. CAMACHO (2008), (2007), (2006ª) y (2006b).

³ Este rol central del Consejo para la Transparencia ya se había destacado: “Se advierte el rol crucial que ha de desempeñar el Consejo de la Transparencia para la correcta aplicación de la normativa relacionada con el deber de publicidad y el derecho de acceso a la información administrativa. Es de presumir que su determinante influencia en la efectiva vigencia de estos principios, se va a llevar a cabo a propósito de la solución de las controversias que esté llamado a conocer, fundamentalmente, mediante su labor interpretativa de las normas relacionadas con esta materia, ajustando los márgenes que tanto la Constitución como ahora la Ley de Transparencia han formalmente establecido.” CAMACHO (2008).

transparencia activa, obteniendo el reconocimiento de 93,82% de cumplimiento en lo que se refiere a mantener publicados y actualizados los ítems que ordena el artículo 7° de la Ley de Transparencia, publicación que de acuerdo a los instructivos dictados por el Consejo ha de realizarse en forma completa y en un formato fácil de acceder⁴. Por ello, nuestro énfasis está dado en las decisiones del Consejo dictadas en los reclamos por denegación de información que se presume pública. Además esta señalar que la jurisprudencia es la que concreta la aplicación del derecho de acceso a la información pública, pues ella es la que va definiendo la extensión y límites del derecho, y además, va actualizando el ámbito real de que goza el derecho subjetivo.

Un dato que llama la atención es lo corto que se quedó el legislador en el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8° de la Constitución Política, a cuyo respecto la temprana jurisprudencia constitucional que recayó sobre este artículo antes de la aprobación de la Ley de Transparencia⁵, suscitó claras expectativas sobre la imposibilidad que tendría la autoridad administrativa para calificar las materias como secretas o reservadas, pues sería el legislador de quórum calificado el que establecería con claridad estas causales. Sin embargo, el legislador de quórum calificado no legisló siguiendo este esquema, así la redacción del artículo 21 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, como era bastante previsible (por la imposibilidad material y conveniencia de hacerlo, pues cualquier listado taxativo quedaría prontamente desfasado), no formalizó ningún listado preciso y cerrado de materias reservadas, y solo incorporó enunciados que simplemente constituyen normas generales por lo que siempre será necesario que la autoridad administrativa requerida sea la primera en interpretar dichos enunciados y calificar debidamente fundado, en su caso, la configuración de la respectiva situación de excepción.

De esta forma, en la práctica, el legislador en materia de transparencia sigue descansando en primera instancia en la labor de categorización y encuadramiento de la autoridad administrativa para la aplicación de las excepciones a la publicidad. Función que está sujeta a la revisión del Consejo para la Transparencia en caso de que el afectado decida recurrir de amparo, situación que ilustra la importancia del seguimiento de la jurisprudencia que en torno a estas reclamaciones se va produciendo principalmente por dicho Consejo, así como por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago que es la que resuelve los recursos de ilegalidad interpuestos contra las decisiones del Consejo para la Transparencia.

⁴ Los resultados de la fiscalización realizada en el último tercio del año 2010 pueden observarse en CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA: (enero 2011).

⁵ En la causa Rol N° 634 (9.08.2007) tramitada en la jurisdicción constitucional, la conclusión a la que el Tribunal Constitucional llega sobre el artículo 8 CPR es que la autoridad administrativa estaría exenta de poder calificar el secreto o reserva de la información pública, declarando: “*como puede observarse, la preocupación del Constituyente por evitar que un margen demasiado amplio de comprensión de las causales de secreto o reserva en el acceso a la información que obra en poder de los órganos del Estado anulara la plena vigencia de la publicidad que se estaba consagrando como regla general, llevó a confiar sólo al legislador de quórum calificado la precisión del contenido y alcances de las causales constitucionales de secreto o reserva*” (Cons.Vigesimooctavo).

II. Algunos datos objetivos sobre la creciente importancia del derecho de acceso a la información pública

Resulta importante destacar algunos datos referidos a cómo han evolucionado la presentación de solicitudes de acceso a la información pública a los organismos públicos desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia, así como también reparar en el desarrollo de los ingresos de reclamos por supuestos incumplimientos a la Ley 20.285 que ha recibido el Consejo para la transparencia.

Como era de esperarse, una de las materias en que se traduce el esfuerzo del Gobierno en esta materia es la elaboración de informes estadísticos mensuales referidos a las solicitudes de información que los organismos dependientes de la Administración central han recibido y que se pone a disposición de los ciudadanos a través de la web por parte de la Comisión de Probidad y Transparencia que apoya al Ministerio Secretaría General de la Presidencia en el seguimiento, estudio y análisis de la Agenda de Probidad y Transparencia del Gobierno⁶.

De los datos estadísticos que contiene el Informe N° 26 (mayo 2011) elaborado por la Comisión de Probidad y Transparencia sobre las solicitudes de información que han sido ingresadas a los 344 órganos y servicios de la Administración central del Estado, en primer lugar, se constata el creciente interés ciudadano sobre la información pública que los datos que se señalan muestran elocuentemente.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia (abril 2009) hasta 31 de mayo de 2011 los organismos de la Administración central del Estado han recibido 74.682 requerimientos de información, lo que equivale a 126,72 solicitudes diarias (Tabla 1.1 del citado informe). De entre ellos, en el mismo período, según la Tabla 2.2, los organismos más requeridos están vinculados a los Ministerios que el Informe califica como Sociales⁷ (47,51%), a diferencia de los Ministerios económicos⁸ (31,48%) y los políticos⁹ (21,01%). Esta tendencia ha sido sostenida en el tiempo e incluso tiende a acentuarse, así en mayo de 2011 los Ministerios sociales recibieron 2.044 solicitudes que significaron el 53,75% del total de requerimientos de información presentados ante los organismos públicos y la cifra acumulada en el período de abril de 2009 a mayo de 2011, logró ascender a 35.481 solicitudes, lo que significó que en este período recibieron el 47,51% de las peticiones de información, volumen muy superior a los otros ministerios. Del mismo modo, los ministerios políticos y económicos recibieron, en

⁶ Esta Comisión fue creada por el Decreto Supremo N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 20 de marzo de 2008.

⁷ En esta clasificación se enmarcan los Ministerios de Planificación, Educación, Justicia, Trabajo y Previsión Social, Salud, Vivienda y Urbanismo, Bienes Nacionales, Servicio Nacional de la Mujer y Consejo de la Cultura.

⁸ En esta clasificación se encuentran los Ministerios de Hacienda, Economía, Fomento y Turismo, Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones, Agricultura, Minería, Energía, y Comisión Nacional de Medio Ambiente.

⁹ Los Ministerios políticos son para este informe los del Interior, Relaciones Exteriores, Defensa, Secretaría General de la Presidencia, Secretaría General de Gobierno.

mayo 2011, el 20,80% y el 25,45% respectivamente de las solicitudes de información y en el total del período estos porcentajes alcanzan el 21,01% y 23,48%¹⁰.

Si se observan (Tabla 3.1 del citado informe) las solicitudes por ministerio, el más requerido es el Ministerio del Trabajo y Previsión Social que ha recibido 12.822, equivalente al 17,17% del total. Lo sigue muy de cerca el Ministerio de Defensa Nacional con 12.752 solicitudes equivalentes al 17,07%. Otro dato que también deja entrever el alto centralismo del país es que la Región Metropolitana concentra el 50,78% del total de las solicitudes de información presentadas desde la vigencia de la Ley de Transparencia hasta mayo de 2011, período al que se refiere el citado informe¹¹, lo que nos indica que las personas que tienen más conocimiento sobre cómo activar los mecanismos para garantizar su derecho de acceso a la información pública se encuentran en la Región Metropolitana.

Concordantemente con las cifras señaladas y con el predominio creciente de las nuevas tecnologías, las visitas a los sitios web vinculados a la Comisión de Probidad y Transparencia dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia¹² son aun más numerosas que los requerimientos formales de información, lo que nos da indicios de que los ciudadanos consultan cada vez más asiduamente estos portales para conseguir información pública. Así, las visitas totales por mes realizadas a los portales públicos asociados a la transparencia activa han crecido exponencialmente en un muy breve plazo, de 37.476 visitas en abril de 2010 hasta 85.659 visitas en abril de 2011. Y si nos detenemos a apreciar el número acumulado de visitas, del mismo período, de los cuatro portales, ascienden a 841.935, destacándose el portal Gobierno Transparente Chile como el más visitado, con 679.710 visitas totales¹³.

La situación descrita lógicamente también se ha expresado en el aumento de reclamos ante el Consejo para la Transparencia. De acuerdo con las estadísticas informadas por el Consejo para la Transparencia, desde el 20 de abril de 2009 –fecha en que entró en vigencia la Ley N° 20.285– al 30 de abril de 2011 han ingresado un total de 2.142 casos¹⁴. Destaca la gran actividad que hubo en esta materia en los meses de febrero y marzo pasados que marcaron nuevos records de presentaciones ante el Consejo. De este modo, durante febrero de 2011 se produjeron 142 ingresos de reclamos al Consejo y en marzo este número escaló a 166 casos, lo que constituyó un doble record para este organismo; en ambos meses la gran mayoría de solicitudes presentadas fueron por denegación de información pública. Por un lado, estas cifras de reclamos son las más altas desde la entrada en vigencia de la Ley de Transparencia y por otro lado,

¹⁰ Vid. COMISIÓN DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA (2011a).

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹² COMISIÓN DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA (2011b), los sitios web cuyas estadísticas se registran son: Gobierno Transparente [<http://www.gobiernotransparente.gob.cl>]; Gobierno Transparente Chile [<http://www.gobiernotransparentechile.cl>]; Ley de Transparencia [<http://www.leydetransparencia.gob.cl>]; y Concurso de Buenas Prácticas [<http://www.leydetransparencia.gob.cl/concurso>]

¹³ Vid. COMISIÓN DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA (2011b), p. 4.

¹⁴ Vid. CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (abril 2011).

constituyen una buena expresión del gran crecimiento de los reclamos producidos en un año, así en los mismos meses un año antes, se presentaron sólo 46 y 82 reclamos en febrero y marzo del 2011, respectivamente.

El alza en el número de reclamos corresponde a una tendencia que se ha producido en otros países que también han regulado favorablemente el acceso a la información pública, lo que ha sido acompañado de campañas de difusión de este derecho, lo que permite el aumento de las personas que conocen su derecho y los mecanismos que arbitra el Ordenamiento para su efectividad.

Finalmente, si atendemos a la forma como se distribuyen los reclamos presentados en abril de 2011 ante el Consejo, los datos nos indican que los organismos administrativos más reclamados, considerados en su conjunto, son las administraciones más cercanas al ciudadano, por lo que la gran mayoría de reclamos corresponde a las Municipalidades (30,7%), seguidas con bastante distancia por la Superintendencia de Valores y Seguros (6%) y Carabineros de Chile (5%)¹⁵. A este respecto destaca la eficiencia con la que el Consejo para la Transparencia ha venido resolviendo los reclamos. De acuerdo a sus reportes, en abril de 2011 se han adoptado 120 decisiones, lo que equivale a un alto porcentaje de resolución de los reclamos presentados (si consideramos que el ingreso promedio es de 142 casos)¹⁶.

III. La sanción de dos textos legales en una ley: terreno que abona al primer escenario de problemas en la aplicación de la Ley N° 20.285

Como una primera observación general de los primeros dos años de funcionamiento del Consejo se advierte que en esta primera etapa su labor ha estado bastante marcada por la necesidad de definir con precisión su ámbito competencial.

Es oportuno advertir que esta situación era demás previsible por cuanto el legislador no logró establecer un régimen unitario de transparencia para todos los órganos del Estado, lo que ha dado origen a una necesaria labor delimitadora no sólo de la competencia fiscalizadora del Consejo sino también de su competencia para interpretar de forma vinculante –para aquellos órganos que no están dentro de su esfera de actuación–, los preceptos de la ley de transparencia que por decisión del legislador se aplican a dichos órganos.

Este escenario complejo se monta desde que la Ley N° 20.285 opta por albergar dos textos legales, uno denominado Ley de Acceso a la Información y otro denominado

¹⁵ Ibid., p. 18.

¹⁶ Se considera caso terminado cuando el oficio que notifica la decisión del Consejo ha sido despachado a su destinatario.

Ley de Transparencia¹⁷. Así, la Ley N° 20.285 contiene un doble articulado que expresa esta dicotomía¹⁸. De un lado, la Ley se autodenomina sobre Acceso a la Información Pública, la cual sigue una numeración ordinal –desde el artículo primero al undécimo y un artículo transitorio– en cuyo artículo primero el legislador intercala el régimen general de transparencia aplicable a los organismos que integran la Administración del Estado que la propia ley denomina “*ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado*”, texto legal que sigue una numeración arábica, compuesta por siete Títulos, 49 artículos y 3 disposiciones transitorias.

De esta fórmula abigarrada empleada se desprende que el texto legal que se intercala, denominado Ley de Transparencia, tiene como sujeto principal de regulación la organización administrativa, así el artículo 1° de la ley señala: “*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*”. No obstante, aun en el universo institucional administrativo se producen excepciones, pues la ley en vez de definir la Administración del Estado conforme lo hace el artículo 1° de la ley 18.575 de Bases generales de la Administración del Estado, vuelve, en el artículo 2°, a realizar un listado propio de los órganos que se encuentran en su ámbito de aplicación. En el citado precepto establece tres excepciones –la Contraloría General, el Banco Central y las empresas públicas¹⁹– al régimen general de transparencia que rige a la Administración del Estado.

Comentario aparte merece la exclusión del régimen de la Ley de Transparencia contenida en el inciso 4° del artículo 2°. Esta disposición debió haberse consignado en el articulado de la ley de Acceso a la Información, pues tiene como objeto referirse a los órganos públicos que no integran la Administración del Estado, de lo contrario podría producirse una situación engañosa que intente abrir espacio a una interpretación que abogue por la existencia de organismos que integran la Administración Pública que están *in totum* excluidos de la Ley de Transparencia, situación en la que ni siquiera organismos administrativos con una autonomía reforzada como la Contraloría General y el Banco Central se encuentran. Además, para sostener esta interpretación no hay

¹⁷ En la tramitación legislativa consta que el proyecto inicialmente formulado por los senadores Gazmuri y Larraín se denominaba “Ley sobre Acceso a la Información Pública, luego por indicación del Presidente de la República devino en “Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”. Vid. CONGRESO NACIONAL (2008), p. 5, 158.

¹⁸ VID. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008), p. 473. Uno de los autores del proyecto de ley explica esta situación en discusión en sala a partir precisamente de la inquietud presentada por un senador que cuestiona la armonía y claridad de las referencias que hace la ley. De este modo se expresa el señor LARRAÍN: “*Señor Presidente, deseo responder la inquietud manifestada por el Senador señor Coloma, que es bastante razonable. El proyecto consta de once artículos permanentes y de uno transitorio. El ARTÍCULO PRIMERO contiene toda la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. El resto modifica distintos cuerpos legales: el ARTÍCULO SEGUNDO introduce enmiendas a la Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado; el TERCERO, a la Ley sobre Bases de los Procedimientos Administrativos; el CUARTO, a la Ley de Municipalidades; el QUINTO, a la Ley de la Contraloría General de la República; el SÉPTIMO, a la Ley Orgánica del Banco Central, etcétera. De ese modo, aparece primero el estatuto general, referido a los órganos del Estado, y luego, normas específicas que modifican los cuerpos legales pertinentes.*”

¹⁹ En el caso de la Contraloría General y el Banco Central, éstos deberán sujetarse a las disposiciones expresas que la ley de transparencia señale y a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas, mientras que respecto de las empresas públicas la ley dispone que sólo se sujetarán a las disposiciones que la ley expresamente les señale.

ningún fundamento razonable, doctrinal ni mucho menos en la historia de la ley²⁰. Es más, el legislador emplea una fórmula de amplia significación: “los demás órganos del Estado”, precisamente para referirse a aquellos órganos que no integran la Administración del Estado, pues las situaciones especiales de organismos administrativos ya fueron reguladas en los incisos precedentes (2º y 3º) del artículo 2º. Lo señalado es concordante con las disposiciones que el legislador ha adoptado en los artículos sexto, octavo y noveno de la Ley de Acceso a la Información Pública, en estas disposiciones se ocupa de introducir las correspondientes modificaciones a las regulaciones orgánicas de órganos que no integran la Administración del Estado²¹.

Por consiguiente, de la interpretación literal y sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 1º y 2º de la Ley de Transparencia se deduce que el régimen general de transparencia se aplica a toda la Administración del Estado salvo las 3 excepciones expresas que tienen ciertas particularidades que han sido objeto de esclarecimiento jurisprudencial por el Consejo. La interpretación que se ha sostenido anteriormente tiene respaldo en los pronunciamientos del Consejo para la Transparencia dictados a propósito de la resolución de reclamaciones que le han sido interpuestas respecto de algunos órganos administrativos, lo que ha permitido esclarecer los límites de la competencia del Consejo para fiscalizar.

Con todo, la situación arriba descrita expresa no sólo una mala técnica legislativa sino, en especial, el fracaso de poder sancionar un régimen unitario de transparencia, lo que no excluye que se precisen convenientemente ciertas particularidades. Un régimen unitario habría dado lugar a alumbrar una regulación con indudable fortaleza en la materia.

IV. La jurisprudencia del Consejo que clarifica su ámbito de competencia en relación con los órganos sujetos a su fiscalización

a) La situación de la Contraloría General y del Banco Central.

A este respecto se ha de tener en cuenta que la Contraloría General y el Banco Central tienen la singularidad de que el inciso 2º del artículo 2º de la Ley de Transparencia dispone que estos organismos deberán sujetarse sólo a las disposiciones expresas que dicha ley señale y a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas²².

²⁰ Vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO (2008).

²¹ En los artículos sexto, octavo y noveno de la Ley de Acceso a la Información Pública, el legislador modifica la ley orgánica del Congreso Nacional, introduce reglas especiales de transparencia para los Tribunales que forman parte del Poder Judicial así como para los tribunales especiales, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral.

²² El recientemente introducido artículo 155 de la Ley 10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República dispone que a ésta se le aplicarán, de la Ley de Transparencia, sólo los artículos 3 y 4, los Títulos II, III y los artículos 10 al 22 del Título IV. Por su parte, el nuevo artículo 65 bis de la Ley Nº 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central, establece que a éste sólo se le aplicarán, de la Ley de Transparencia, los artículos 3 y 4, los Títulos II y III (a excepción del artículo 9) y los artículos 10 al 22 del Título IV.

Así las cosas, lo que se plantea respecto de la competencia del Consejo es si éste es competente para fiscalizar y eventualmente sancionar el incumplimiento de estos organismos de sus obligaciones de transparencia (sea activa o pasiva). La respuesta, por lo que concierne a la Contraloría General y al Banco Central, es relativamente sencilla atendiendo a las previsiones que toma el legislador en los artículos quinto y séptimo de la Ley de Acceso a la Información Pública.

Las modificaciones introducidas a las respectivas leyes orgánicas constitucionales de esos dos órganos administrativos, por los preceptos citados de la Ley de Acceso a la Información Pública, tienen por objeto precisar tanto las disposiciones de la Ley de Transparencia que les son aplicables así como también establecen un mecanismo particular de reclamación para el caso de reclamaciones relacionadas con la Contraloría General²³ y en su caso, con el Banco Central²⁴.

En concordancia con estas disposiciones el Consejo se ha declarado incompetente para conocer de los reclamos por denegación al derecho de acceso por parte de la Contraloría General (ver decisiones de amparo Rol N° A70-09²⁵, A72-09²⁶ y A98-09²⁷), por las que declara la inadmisibilidad de la reclamación por incompetencia del Consejo e indica que es a la Corte de Apelaciones respectiva a donde el reclamante tiene que dirigirse.

b) La situación de las Empresas Públicas.

Por otra parte, respecto de las empresas públicas²⁸, el legislador, en el artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, establece las obligaciones de transparencia activa que éstas deberán cumplir a través de sus sitios web (lo que constituye una regulación sustitutoria del artículo 7 de la misma ley), así también el modo como deberán cumplir con la entrega permanente de información disponiendo que ésta sea de *“completa y de fácil identificación y acceso expedito”*. Establece además que

²³ El artículo quinto de la Ley de Acceso a la Información Pública introduce una modificación al artículo 155 de 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 de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado”*.

²⁴ El artículo séptimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, introduce un nuevo artículo 65 bis a la Ley 18.840 Orgánica Constitucional del Banco Central, en cuyo inciso tercero dispone: *“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 de Santiago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69...”*

²⁵ El texto íntegro de la citada decisión está disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A70-09/A70-09_decision_web.pdf

²⁶ El texto de la citada decisión está disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A72-09/A72-09_decision_web.pdf

²⁷ El texto de la decisión está disponible en: http://www.consejotransparencia.cl/data_casos/ftp_casos/A98-09/A98-09_decision_web.pdf

²⁸ De acuerdo con el artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información Pública, por empresa pública se comprende a las empresas públicas creadas por ley, 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.

dichas empresas están obligadas a entregar a la Superintendencia de Valores y Seguros o, en su caso, a la superintendencia bajo cuya fiscalización se encuentren, la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas de conformidad con la ley N° 18.046.

Complementariamente, hay que destacar que el legislador no ha regulado expresamente si las empresas públicas están sujetas a obligaciones de transparencia pasiva ni el mecanismo de reclamación por denegación a la petición de información. Todo lo cual plantea diversas dudas sobre: 1) qué organismo es el competente para fiscalizar y eventualmente sancionar el incumplimiento de las obligaciones de transparencia; 2) si las empresas públicas están obligadas a atender los requerimientos de información (transparencia pasiva) y, en caso afirmativo, 3) cuál es el organismo competente para conocer de las reclamaciones por las denegaciones de información de las empresas públicas.

Como se aprecia de lo señalado anteriormente respecto de las empresas públicas, el legislador, a diferencia de lo establecido para la Contraloría General y el Banco Central, no ha remitido a la Ley de Transparencia para precisar las obligaciones de informar de las empresas públicas sino que más bien ha regulado un régimen especial de transparencia activa y de transparencia corporativa, sin establecer un procedimiento para reclamar por denegaciones al derecho de acceso a la información.

Así, la Ley de Acceso a la Información en su artículo décimo ha establecido expresamente dos obligaciones de informar: una, que se cumple por medio de los sitios electrónicos (que corresponde a lo que se define como transparencia activa) y otra que se cumple ante la Superintendencia de Valores y Seguros o la superintendencia respectiva mediante la entrega de la información que señala la ley 18.046 para las sociedades abiertas. El problema que se presenta es en relación con la sanción de los incumplimientos de estas obligaciones. Sólo respecto de la segunda obligación el citado artículo décimo dispone que los directores responsables de la empresa infractora serán sancionados con multa a beneficio fiscal impuesta por la superintendencia respectiva. Sin embargo, respecto de cómo se deberá sancionar y quién es el órgano competente en el caso de incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, el legislador nada dispone y es ahí donde surge un espacio para las controversias.

A este respecto, el Consejo para la Transparencia, al declararse competente para fiscalizar a las empresas públicas en materia de transparencia activa ha tenido una interpretación que es de fácil aceptación por razones prácticas (la acreditada efectividad del Consejo), pero de difícil admisión por ir contra el texto expreso de la ley, lo que nos remite a examinar lo dispuesto en los artículos 2 (inciso 3°) y 32 de la Ley de Transparencia y artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información. En estas disposiciones se establece que sólo se aplicarán a las empresas públicas *las disposiciones que esta ley* (de Transparencia) *expresamente señale*, por lo cual para entender que el artículo 32 de dicha ley extiende la competencia del Consejo para promover y fiscalizar –el cumplimiento de las normas de transparencia y publicidad de la información– a las empresas públicas,

éstas debían estar expresamente aludidas en dicho artículo, lo que no sucede. Es más, el artículo décimo de la Ley de Acceso a la Información sólo establece como aplicables las disposiciones de la Ley de Transparencia contenidas en los artículos 3 y 4 y regula directamente los antecedentes que, debidamente actualizados, las empresas deberán informar en materia de transparencia activa.

Por lo que en la decisión del Consejo advertimos una discordancia con el criterio que ha adoptado en lo referente a su incompetencia para fiscalizar a la Contraloría General y al Banco Central respecto de la interpretación que ha establecido para las empresas públicas. En el caso de la Contraloría General y el Banco Central, como ya se ha señalado en el apartado anterior, el Consejo para la Transparencia se ha declarado incompetente para conocer de las reclamaciones por denegaciones de información, declaración que se debe entender que también se extiende para los casos de reclamos por infracciones a la transparencia activa por estos dos organismos administrativos²⁹. Mientras que en relación a las empresas públicas se ha reconocido competente para fiscalizar su cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, por lo que se deduce que podría conocer de los reclamos fundados en este tipo de incumplimientos³⁰, mas no se halla competente para conocer de los reclamos surgidos de la denegación de acceso a la información que las empresas públicas hayan resuelto.

Consiguientemente, respecto de las empresas públicas, el Consejo realiza una particular distinción: de un lado, se reconoce competencia para supervisar las obligaciones de transparencia activa y de otro se declara incompetente para conocer los reclamos por denegación de información. En el primer caso, sostiene que la Ley 20.285 le reconoce plena competencia para promocionar, fiscalizar y garantizar el principio de transparencia en lo que respecta a las obligaciones de transparencia activa para todos los órganos (entre los cuales se encuentran las empresas públicas) que integran la Administración del Estado³¹, “*salvo aquellos autónomos constitucionales respecto de los cuales la Ley estableció expresamente una regulación diversa*”, situación en la que se encuentran la Contraloría General y el Banco Central. En estos dos casos, pareciera que la autonomía constitucional que gozan estos organismos ha pesado mucho en la adopción del criterio del Consejo, decisión que no se comparte pues la Ley de Transparencia ha sometido al régimen general de acceso a la información de la Administración del Estado a otros

²⁹ En la decisión N°A04-09 el Consejo sostiene que sus “*competencias de promoción, fiscalización y garantía no [están] 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.*” (considerando 5).

³⁰ El Consejo para la Transparencia se ha pronunciado en este sentido en el reclamo N° R12-09, resuelto el 14 de agosto de 2009, por el cual declara que TVN habría infringido las normas de transparencia activa, contenidas en la letra h) del artículo décimo de la Ley 20.285, y requiere a TVN para que publique las remuneraciones individuales de sus gerentes de áreas específicas, dependientes de su Director Ejecutivo. En el mismo sentido el Consejo resolvió el reclamo N° R12-09 el 25 de septiembre de 2009.

³¹ La competencia del Consejo para fiscalizar la transparencia activa por parte de las empresas también se refrenda con el Instructivo General N° 5, de 22 de enero de 2010, del Consejo para la Transparencia, sobre “*Transparencia Activa para empresas públicas, empresas del Estado y Sociedades del Estado*”, que rige desde el 1° de junio del mismo año.

organismos administrativos autónomos constitucionales como son los gobiernos regionales, las municipalidades y el Consejo Nacional de Televisión; y de otro lado, los términos de las normas de exclusión del régimen general de transparencia contenidas en el artículo 2 de la ley de Transparencia se expresan de forma muy similar en los tres casos que se comentan (Contraloría General, Banco Central y empresas públicas), por lo que no se halla justificación a una interpretación diferente en uno y otro caso.

Asimismo, ni las leyes orgánicas constitucionales ni la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública contienen regulaciones sobre ante quién se debe reclamar por los incumplimientos en materia de transparencia activa en que incurran la Contraloría General y el Banco Central, sólo las disposiciones quinta y séptima transitorias mediante las modificaciones que introducen a las respectivas leyes orgánicas de estos organismos, establecen que en caso que hayan reclamaciones ante la Corte de Apelaciones por denegaciones de información (más ligadas a la transparencia pasiva) el Tribunal Superior podrá señalar la necesidad de que se inicie un procedimiento disciplinario.

El problema se suscita porque la norma que establece la aplicación limitada de la Ley de Transparencia a las empresas públicas tiene una redacción muy semejante a las previsiones que el legislador tomó a favor de la Contraloría General y el Banco Central. Básicamente, en estos tres casos, la Ley debía aplicarse sólo cuando expresamente así ella lo dispusiera (incisos 2º y 3º del artículo 2) y al no extender expresamente la competencia del Consejo sobre las empresas públicas, en nuestra opinión éste no es competente para vigilar el cumplimiento del principio de transparencia de las empresas públicas, bien sea relacionado con su cumplimiento de la transparencia activa o pasiva. La competencia fiscalizadora, que por demás comporta poderes para el ente fiscalizador sobre el fiscalizado, necesariamente es consecuencia del principio de legalidad. El artículo 32 de la Ley de Transparencia fija el objeto del Consejo y le reconoce facultades de fiscalización del cumplimiento de las normas sobre transparencia por parte de los órganos de la Administración del Estado³², pero por disposición del propio legislador consignada en los incisos 2º y 3º del artículo 2 de la misma ley, deben entenderse excluidos el Banco Central, la Contraloría General y las empresas públicas, salvo que se los aluda expresamente, lo que el legislador omite. Asimismo, la historia fidedigna de la Ley de Transparencia nos permite concluir que los incisos 2º y 3º del artículo 2 fueron introducidos en el proyecto de ley mediante indicaciones del Poder Ejecutivo; con ello se excluyó de la competencia del Consejo a estos organismos administrativos que por formar parte de la Administración del Estado debían también ser fiscalizados por éste. El caso de las empresas públicas se justificó por parte de los representantes del Gobierno sosteniendo que éstas serían reguladas en la ley de gobiernos corporativos respetando el principio establecido en las Comisiones de Constitución y Hacienda del Congreso, referido a “*la total equivalencia o simetría entre la empresa pública y la*

³² El artículo 32 preceptúa: “*El Consejo tiene por objeto 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.*”

privada”, que impone que aquéllas deben regularse de igual manera que las empresas privadas con las cuales están en competencia³³.

En un fallo reciente la Corte de Apelaciones de Santiago³⁴ no encuentra que el artículo 32 de la Ley de Transparencia reconozca competencia sobre las empresas públicas al Consejo, señalando: “*el legislador, al crear el Consejo para la Transparencia no le reconoció la función de garantizar el derecho de acceso a la información cuando fuere ejercido respecto de las empresas del Estado*” (considerando 14), concluyendo: “*ese órgano del Estado carece de facultad para otorgar derecho de acceso a la información que terceros interesados ejerzan respecto de las empresas del Estado para solicitarles informes o antecedentes específicos relativos a su giro*” (considerando 15).

Desde otra perspectiva la situación de las empresas públicas frente al principio de transparencia es muy distinta de la que tienen los demás órganos de la Administración del Estado, pues mientras aquéllos se financian íntegramente con el presupuesto público, la lógica de las empresas públicas es ser autosustentables así como generar ingresos que permitan financiar el presupuesto del Estado realizando una actividad económica en paridad de condiciones y en competencia con las empresas del sector privado, en concordancia con lo cual la Constitución prohíbe que estas organizaciones empresariales del Estado ejerzan potestades públicas. Por lo que si bien el artículo 19 n° 21 de la Constitución Política establece que se deben sujetar a la legislación común aplicable a los particulares, es decir, al derecho privado (para no gozar de ningún privilegio), en el mismo sentido se debe entender que tampoco deben tener desventajas frente a sus competidoras del sector privado o, mejor aun, estar sujetas a mayores obligaciones (en este caso de información) que las empresas del sector privado, porque ello sería desatender lo prescrito por la Constitución³⁵. Este postulado permite entender que el legislador no haya regulado ni establecido obligaciones de transparencia pasiva, por lo que tampoco ha regulado un mecanismo de reclamación por denegación de infor-

³³ Vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008), p. 182: Al referirse a la exclusión de las empresas públicas se deja constancia en el Informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional que: “*los representantes del Ejecutivo hicieron presente que se las había sacado, tal como mediante una indicación se hacía con el Banco Central, porque la intención era regular toda la situación relacionada con las empresas, ya sean las del Estado o aquellas en que tiene participación, en una ley aparte. Se fundaban para ello en que si bien muchas de las normas sobre transparencia activa podrían serles aplicables, dichas empresas como tales, se regían por las normas que reglan la actividad comercial que desempeñaban. En otras palabras, se trataría de empresas que compiten en el mercado por lo que requieren una regulación especial que les permita ceñirse a las reglas de las demás entidades con las que están en competencia. Esa sería, por ejemplo, la situación del Banco Estado o la Empresa Nacional del Petróleo. La misma Constitución permitía autorizar, mediante una ley de quórum calificado, al Estado y a sus organismos para desarrollar actividades económicas, rigiéndose en tales casos por la legislación aplicable a los particulares*”.

³⁴ Sentencia de 29 de julio de 2010 recaído en causa Rol N° 608-2010.

³⁵ En el segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados, en la Discusión en Sala el Ministro VIERA GALLO lo consigna de este modo: “*Uno de los puntos que ha suscitado mayor controversia en la Cámara de Diputados es el grado de acceso de los ciudadanos a la información de las empresas públicas. Eso fue tratado en las Comisiones de Constitución y de Hacienda. El principio que se estableció es la total equivalencia o simetría entre la empresa pública y la privada, siguiendo la norma constitucional sobre el Estado empresario, que establece que las empresas públicas se regirán en su funcionamiento, salvo que la ley establezca otra cosa, por las normas de derecho común*.” Vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008), p. 277.

mación. Las empresas públicas, en consecuencia, están sujetas a un régimen especial de transparencia activa más limitado que el establecido en el artículo 7 de la Ley de Transparencia que el legislador ha hecho extensivo a todos los órganos del Estado salvo a las empresas públicas. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Santiago declarando que *“el derecho de acceso a la información, del modo que ha sido configurado en la citada legislación, no procede en su ejercicio respecto de una empresa estatal, cualquiera sea el acto de su creación-constitucional, legal o contractual”* (considerando 9).

A partir de esta situación, como era previsible se ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por parte de Televisión Nacional de Chile (TVN), empresa autónoma del Estado que impugna el artículo décimo transitorio letra h) de la Ley de Acceso a la Información Pública, y letra b) del artículo 33 de la Ley de Transparencia. La primera disposición recurrida dispone que el principio de transparencia de la función pública establecido en el artículo 8 de la Constitución es aplicable a las empresas públicas y que en tal razón, éstas deben mantener en su sitio electrónico, entre otros, información sobre las remuneraciones percibidas en el año por cada Director, Presidente Ejecutivo o Vicepresidente Ejecutivo y Gerentes responsables de la dirección y administración superior de la empresa. Los argumentos en que funda su recurso la citada empresa es que la extensión de la publicidad de las remuneraciones de cada Gerente no es concordante con lo establecido por la Constitución para la actividad empresarial del Estado ya que dichos cargos son de alto nivel técnico, seleccionados bajo criterios de capacidad e idoneidad profesional mediante concurso público (artículo 30 Ley 19.132) a semejanza de lo que ocurre en la empresa privada. En cambio, el Directorio y del Director Ejecutivo constituyen cargos que han sido considerados por el legislador como que demandan no sólo un alto nivel técnico sino especialmente, representatividad política, radicando en estos cargos la verdadera administración de la empresa.

La segunda disposición recurrida se motiva en que el Consejo para la Transparencia carece de competencia para fiscalizar a las empresas públicas y por tanto mal puede conocer los reclamos contra las empresas públicas, bien sean producto de denegaciones de información o bien sean fundados en infracciones a la transparencia activa. De acuerdo a lo que ya se ha señalado en esta materia en los párrafos precedentes, la competencia del Consejo a este respecto es cuestionable.

Ahora bien, si conforme aquí se sostiene es efectiva la decisión del constituyente de equiparar regímenes empresariales público y privado, ello conlleva sostener que las empresas públicas no están sometidas al régimen general de transparencia que establece la Ley de Transparencia. También es necesario reconocer que la fórmula que debe emplearse en este caso es la de un régimen especial, pero nunca una excepción total al principio. Ahora bien, armonizando ambas exigencias, de un lado la “eficacia y eficiencia” de la empresa pública, lo que obliga a cautelar la información estratégica que afecta su competitividad con el principio de transparencia, sugerimos que las obligaciones de transparencia con la amplitud que hoy se exige a los organismos de la Administración del Estado, sea exigible a las empresas públicas de manera diferida, es decir, que éstas

transparenten esa información después de transcurrido cierto plazo prudencial que puede ser al término del período presidencial. Claro está que esta medida supone una modificación de la disposición transitoria décima de la ley de transparencia.

c) La situación de las Universidades Públicas.

Por lo que respecta a las Universidades Públicas, estos organismos públicos han cuestionado que se les considere estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Transparencia y por ende también la competencia del Consejo frente a ellas. El fundamento de su cuestionamiento (ver reclamo R1-09 contra la Universidad de Los Lagos y Reclamo de ilegalidad presentado ante la Corte de Apelaciones de Santiago por la Universidad de Chile, Rol N° 1.802-2010).

Este cuestionamiento sobre la no aplicabilidad de la Ley de Transparencia a las Instituciones de Estudios Superiores se funda en que supuestamente no se encuentran aludidas expresamente por dicha ley (la ley a este respecto en el inciso 1° del artículo 2° alude a “*órganos o servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”) y además porque constituyen órganos estatales autónomos.

En atención al primer argumento, ello equivale a afirmar que no son servicios públicos ni que tampoco cumplen una función administrativa; y en relación con el segundo argumento, la consecuencia buscada es que estas Casas de Estudio se regulen, en materia de transparencia, por sus respectivas leyes orgánicas.

En el primer caso, el argumento no es sostenible tomando en cuenta la historia fidedigna de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y la jurisprudencia administrativa. Así, la citada ley orgánica contiene una definición de los órganos que integran la Administración Pública (inciso 2° del artículo 1), sobre la cual no ha habido discusión respecto que ésta comprende a las Universidades públicas³⁶ a las que además se alude expresamente en el inciso 3° del artículo 32 y en el inciso 3° del artículo 40 de la citada ley de bases generales.

De otro lado, admitir que las universidades están excluidas in totum de la regulación de la Ley 20.285 equivale a crear una excepción singularísima que no tiene fundamento alguno. Baste remitirse a la historia fidedigna de la tramitación de la Ley de Transparencia y no se encontrará alusión que abunde en este sentido. Más aun, si el caso de las empresas públicas es bastante especial por el establecimiento de un régimen más restringido de transparencia activa y por la exoneración de obligaciones de transparencia pasiva, la situación de las Universidades estatales, si se aceptase la tesis de que ellas están exentas de la Ley de Transparencia por lo que sólo se regularían por sus respectivas leyes orgánicas, sería una situación de completa desregulación, pues las respectivas leyes orgánicas no contienen ninguna prescripción en esta materia. De esta forma, esta argumentación lo que busca es legitimar el reenvío desde sus respec-

³⁶ En la alusión en la que están comprendidas las universidades públicas en el artículo 1° de la Ley 18.575 es precisamente en: “*La Administración del Estado estará constituida por... los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”.

tivos estatutos a la competencia normativa que goza la entidad universitaria y que es expresión de su autonomía³⁷.

Por consiguiente, las universidades estatales serían las que definan sus obligaciones de transparencia activa y los alcances de las excepciones que establece el artículo 8 de la Constitución Política, siendo que la Constitución reenvía a una ley de quórum calificado. Cuando el legislador ha querido establecer regímenes especiales ha tomado las previsiones correspondientes en las disposiciones segunda a undécima de la Ley de Acceso a la Información Pública, introduciendo modificaciones a las leyes orgánicas de los respectivos órganos estatales y reenviando a algunos artículos de la Ley de Transparencia, ninguna de esas disposiciones se refiere a las universidades estatales por lo que no hay adecuación de sus estatutos a las obligaciones de transparencia.

Asimismo, esta desregulación conllevaría que tampoco estuviesen sujetas a la fiscalización del Consejo de Transparencia ni tendrían una acción contenciosa especial para que el afectado pueda reclamar en la vía judicial. El resultado sería que, por defecto, la fiscalización de esta materia correspondería a la Contraloría General, resultado que no se advierte que el legislador lo haya querido y de otro lado, en el ámbito judicial sólo cabría una acción ordinaria (vr. gr. de nulidad si es que hubiera acto administrativo denegatorio). Situaciones que se alejan por mucho de los estándares establecidos por el legislador para el conjunto de la Administración del Estado, incluyendo los órganos constitucionales como la Contraloría General y el Banco Central, cuya autonomía es reforzada, así como para las empresas públicas.

A este respecto la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N°1.802-2010 ha remarcado varios criterios que creemos van en la línea correcta de lo que dispone la Constitución Política y la Ley de Transparencia: 1) Las universidades estatales se rigen por las leyes que se refieren a ellas, en tal sentido la ley de transparencia se les aplica por cuanto la expresión del artículo 2 de dicha Ley las alude en la expresión “*servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*” (considerando n° 10). 2) De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y administrativa las universidades públicas integran la Administración del Estado, considerándose un servicio público ya que satisfacen necesidades colectivas de manera regular y continua (considerando 10). 3) La autonomía (universitaria) habilita a las universidades públicas para determinar la forma y condiciones en que deben cumplirse sus funciones de docencia, de investigación, de creación o de extensión, así como la aprobación de los planes de estudios que imparta, como para organizar su funcionamiento y administración del

³⁷ Esta ha sido la conducta adoptada por la Universidad de Chile cuya ley orgánica (DFL N° 3 de 2006, de Ministerio de Educación) no contiene norma explícita sobre transparencia y acceso a la información. En consecuencia, el Rector como autoridad superior ha dictado un Reglamento por Decreto Universitario exento N° 008809 de 2009, que reglamenta la Transparencia de la Gestión y Acceso a la Información Pública de la Universidad de Chile, en el cual establece la información que la Universidad deberá mantener en su sitio electrónico, la unidad encargada de tramitar los requerimientos de información, y fija un procedimiento para la tramitación de las solicitudes. Aun más, en este caso, llama la atención que se haya dispuesto la aprobación del reglamento por decreto exento de la toma de razón del Órgano Contralor, siendo que desarrolla el principio de transparencia que es de orden constitucional.

mejor modo así como distribuir su presupuesto, pero todo lo señalado “*no pugna con la circunstancia de que los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, sean públicos... y tampoco pugnan con la Ley de Transparencia*”. En consecuencia el Alto Tribunal estima que la Ley de Transparencia es aplicable a la Universidad pública y que ello no afecta la autonomía que le reconocen las leyes” (considerando 14).

d) La situación del Consejo Nacional de Televisión y las entidades privadas instrumentales.

Por lo que respecta al Consejo Nacional de Televisión, órgano administrativo autónomo cuya finalidad es velar por el correcto funcionamiento de la televisión como medio de comunicación (artículo 19 n° 12 de la Constitución Política), a propósito de reclamos por supuestas infracciones a las obligaciones de transparencia activa, el Consejo para la Transparencia en la decisión sobre el reclamo N° R4-09, adoptada el 5 de junio de 2009, ha dejado establecido que: 1) La Ley de Transparencia se aplica al Consejo Nacional de Televisión por cuanto éste constituye un órgano o servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa. 2) El Consejo Nacional de Televisión no está comprendido en las excepciones que la Ley de Transparencia establece en el artículo 2, en consecuencia se le aplica el régimen general de transparencia establecido por la ley 20.285 para la Administración del Estado, lo que también comprende aceptar la competencia del Consejo para la Transparencia para velar por el cumplimiento de los deberes impuestos por dicha Ley por parte del Consejo Nacional de Televisión; y 3) La autonomía del Consejo Nacional de Televisión, que de modo alguno significa autarquía, no es incompatible con el sometimiento legal a otras normas generales que le reconozcan competencias de fiscalización sobre materias específicas como el legislador le ha atribuido al Consejo para la Transparencia. De este modo están sometidos a la fiscalización del Consejo para la Transparencia otros órganos autónomos como las municipalidades sin que ello afecte su autonomía. Por todo lo cual la regulación que el Consejo Nacional de Televisión aprobó reglamentando autónomamente sus obligaciones de transparencia activa y los procedimientos para solicitar información debían ajustarse al texto de la Ley de Transparencia y su Reglamento.

e) La situación de las entidades privadas instrumentales.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo extiende la noción del concepto orgánico fundándose en el criterio subjetivo para establecer que estas entidades privadas, aun cuando no respondan a los criterios tradicionales (administración central, servicios públicos centralizados y descentralizados, organismos autónomos, etc.) integran el sector público pues son organismos que están unidos con los primeros (organismos tradicionales) mediante una relación instrumentalizada. Por ello, para el Consejo, la integración de estas entidades privadas en el conjunto orgánico que integra la Administración del Estado, para efectos de las obligaciones de transparencia, más bien descansa en la finalidad con la que estas entidades se crean, cuales son: la búsqueda de una actuación más eficiente de la Administración en beneficio de los ciudadanos, por lo que si bien el Estado ha creado entidades con formas organizativas privadas,

éstas desarrollan típicas funciones administrativas que no están procurando eludir la aplicación íntegra del Derecho Público.

El Consejo concluye que derivado de su naturaleza instrumental este tipo de entidades deben ser tratadas, en al menos algunos aspectos (como el de la transparencia), como entidades públicas, situación que debiera ocurrir cuando el Estado tenga una participación y posición dominante en ellas. Conviene destacar los 3 elementos que establece el Consejo para determinar que una Administración pública posee una participación y/o posición dominante sobre una entidad de Derecho Privado³⁸:

- a. La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos 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 administrativas (función pública administrativa).

Cuando concurren estos elementos, a juicio del Consejo, las entidades privadas se encuadran en la definición del artículo 2, inciso 1° de la Ley de Transparencia, pues quedarían comprendidas en la referencia de “*órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa*”. Concluyendo que estas entidades se encuentran sujetas en todos sus aspectos a la Ley de Transparencia³⁹.

Finalmente, este criterio asentado por el Consejo ha sido ratificado por las Cortes de Apelaciones⁴⁰ las cuales han establecido que la Ley 20.285 es aplicable a estas corporaciones o fundaciones, debiendo cumplir las obligaciones de transparencia activa y pasiva y están sujetas a la fiscalización del Consejo para la Transparencia. Así la Corte de Apelaciones de San Miguel señala: “*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, 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*

³⁸ Ver decisión de amparo en Rol N° A211-09, de 11 de septiembre de 2009.

³⁹ En el mismo sentido el Consejo se ha pronunciado en las decisiones de amparo Rol N° A327-09, C378-09 y reclamo Rol N° R23-09.

⁴⁰ Ver sentencia de 27 de enero de 2011 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, recaída en causa Rol N° 395-2010.

administrativa”, carácter que justamente tiene la Corporación Municipal de San Miguel” (Considerando noveno).⁴¹

f. La situación de los órganos del Estado: Tribunales que integran el Poder Judicial.

Respecto de los Tribunales que integran el Poder Judicial éstos se entienden aludidos en el inciso 4º del artículo 2 que dispone que “*los demás órganos del Estado se ajustarán a las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas*”, lo que se corrobora con lo establecido por el Reglamento de la Ley de Transparencia que expresamente dispone que no se aplicarán sus disposiciones, entre otros, a los tribunales que forman parte del Poder Judicial. Al mismo tiempo el artículo octavo de la Ley de Acceso a la Información Pública, si bien extiende la aplicación del artículo 7 de la Ley de Transparencia a estos tribunales, no reconoce competencia alguna al Consejo para la Transparencia para fiscalizar el cumplimiento del principio de transparencia por parte de los Tribunales que integran o están bajo la supervigilancia directiva, económica y correccional de la Corte Suprema. En consecuencia, las decisiones del Consejo a este respecto han mantenido el criterio de que 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, por lo que además el Consejo carece de competencia para conocer de las reclamaciones que se refieran a este tipo de órganos públicos.⁴²

V. Los criterios materiales que la jurisprudencia va asentando

Un enfoque importante para analizar la abundante jurisprudencia dictada por el Consejo para la Transparencia en estos primeros dos años es observarla desde sus contenidos materiales o sustanciales. Al empezar a analizar la jurisprudencia del Consejo se advierte cierta tensión entre la labor de categorización y encuadramiento que en primera instancia realiza la autoridad administrativa que recibe el requerimiento de información, en algunos casos más apegada a la vieja cultura del secreto, percibiendo la transparencia como una carga incómoda para el ejercicio de la función y la nueva cultura de transparencia que promueve el Consejo. En consecuencia, es sumamente relevante revisar las decisiones del Consejo de Transparencia, pues en la práctica la interpretación de éste va “*rehabiendo*” la verdadera significación de la ley por lo que sus interpretaciones habrán de ser tomadas en cuenta por los órganos administrativos sometidos a obligaciones de transparencia.

Por ello destacaremos una serie de criterios que el Consejo ha ido estableciendo o reforzando como estándares para el buen cumplimiento del principio de transparencia por parte de los órganos que integran la Administración del Estado.

⁴¹ Ver Sentencia de 22 de julio de 2010 de la Corte de San Miguel recaída en causa Rol N° 132-2009-ILE.

⁴² Este criterio fue tempranamente establecido en la decisión recaída en el reclamo N° A13-09 y reiterada en los amparos rol C373-10, C628-10, C802-2010 y más recientemente en el amparo rol C87-2011.

a) *Principio de Facilitación*

A este respecto destacan los siguientes estándares señalados por el Consejo⁴³:

1° Este principio obliga a que la autoridad, en caso que considere que la solicitud de información es de carácter genérico o impreciso, inste al ciudadano que precise las características esenciales de su requerimiento de información, otorgándole plazo para subsanar el defecto de su solicitud⁴⁴:

y

2° A juicio del Consejo vulnera el principio de facilitación el actuar de la autoridad que cambia los términos de la petición formulada por el ciudadano sin su intervención.

b) *Exigencias para la adecuada invocación de causal de secreto o reserva*

1° Necesidad de acreditar la causal de secreto o reserva.

No es suficiente que el órgano requerido invoque una causal de secreto o reserva ya que por la consecuencia que de ello se desprende, cual es la extinción del deber de entregar la información pública, es necesario que el organismo que la aduce la acredite debidamente. En este sentido se pronuncia el Consejo: *“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 esta alegación”* (Considerando 5).⁴⁵

Aun más, acorde con la norma constitucional contenida en el artículo 8 de la Constitución Política, la ley (de quórum calificado) que establezca el secreto o reserva de la información debe justificarse en la afectación de los intereses públicos que la norma constitucional reclama (esto es: el debido cumplimiento de las funciones, los derechos de las persona, la seguridad de la Nación o el interés nacional) y no basta que sólo enumere los documentos que califica de secretos o reservados cuando se relacionen directamente con los bienes jurídicos que justifican la excepción a la publicidad. La Carta Fundamental –señala el Consejo– *“exige la afectación de los bienes jurídicos que indica para justificar que la Ley pueda establecer hipótesis de reserva o secreto. El vocablo “afectare” es claro en cuanto a que debe causarse un perjuicio o daño al bien jurídico si se divulga la información, de manera que no basta sólo que aquélla se “relacione” con éste o que le resulte atingente para que el legislador pueda mantener tal información en secreto o reserva.”* (considerando 12)⁴⁶.

⁴³ Ver decisión de amparo rol N° A39-09.

⁴⁴ Ver decisión de amparo rol N° A39-09. En el mismo sentido las decisiones Rol N° A52-09.

⁴⁵ Decisión de amparo recaída en Rol N° A39-09. En el mismo sentido las decisiones contenidas en Rol N° A41-09 y A52-09.

⁴⁶ Vid. Decisión de amparo Rol N° C512-09.

2° Hipótesis de secreto o reserva deben superar el “Test de Daño” o bien de Proporcionalidad.

No basta que exista relación entre la información solicitada con alguna de las materias sujetas al secreto o reserva por el artículo 8° de la Constitución Política sino que “*debe demostrarse que la publicidad de aquella afecta al bien jurídico que el art. 8° admite proteger por ley de quórum calificado*” (considerando 6)⁴⁷.

Particularmente en estos casos (vr. gr. afectación de la defensa, seguridad personal, etc.) en los que la vinculación de la información requerida con el interés jurídico protegido por la exención a la publicidad es donde se cierne la duda sobre la correcta aplicación del secreto o reserva. Para ello el Consejo sugiere dos caminos: primero la adopción desde la doctrina comparada de la técnica de la “*prueba de daño*” o bien analizar la situación a la luz del principio de proporcionalidad, pues los resultados en ambos casos serían equivalentes.

Por lo que respecta a la técnica del test de daño, ésta consiste en “*realizar un balance entre el interés de retener la información y el interés de divulgarla para determinar si el beneficio público resultante de conocer la información solicitada es mayor que el daño que podría causar su revelación*” (considerando 8)⁴⁸. Por consiguiente, según cita el Consejo a LÓPEZ–AYLLÓN, S. y POSADAS, A., de México, el organismo debe “*demostrar que la divulgación de ese documento genera o puede generar un daño específico al valor jurídicamente protegido. En otras palabras, se requiere de una ponderación de los valores en conflicto —en este caso publicidad contra seguridad personal— para poder determinar de manera cierta que la primera pone en riesgo a la segunda, y que por ello procede una reserva temporal del documento.*”

Esta ponderación del daño es crucial, pues el Consejo admite —previa notificación del titular— que aun en relación a los datos personales estos podrían ser divulgados “*en caso de estimarse que prevalece el interés público sobre la protección del dato personal (emanación del derecho a la vida privada regulado en el art. 19 N° 4 CPR), pero siempre previa notificación al tercero potencialmente afectado*” (considerando 13)⁴⁹.

En relación con el otro medio para lograr el apropiado alcance del secreto o reserva de la información, cuando se trata de las causales de excepción a la publicidad, el Consejo insta a aplicar el principio de proporcionalidad. Respecto del acceso a la información el principio de proporcionalidad exige lograr una correcta adecuación entre la satisfacción del derecho de rango constitucional de tener acceso a la información pública con la finalidad o el interés público que protege la decisión de reserva o secreto por parte de la autoridad. La idónea adecuación se logrará a través de la ponderación del alcance de la reserva en los términos más estrictos posibles para que ésta se extienda a sólo lo necesario y suficiente para la protección del interés general que en cada caso se

⁴⁷ Vid. Decisión de amparo Rol N°A45-09.

⁴⁸ Vid. Decisión de amparo Rol N°A45-09. En el mismo sentido Rol N° C533-10.

⁴⁹ Vid. Decisión de amparo Rol N° A10-09.

deba proteger. El Consejo acoge tres criterios propuestos por la doctrina: “*Establecido que estamos en presencia de un derecho de rango constitucional la reserva o secreto pasa a limitarlo o restringirlo, por lo que debe respetar el principio de proporcionalidad que supone analizar, conforme señala la doctrina: a) si la medida es eficaz, b) si no existe un medio más moderado para la consecución eficaz del propósito buscado (en este caso, cautelar el secreto) y, por último, c) si de la medida a adoptar (en este caso, el secreto absoluto) derivan más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*” (considerando 10)⁵⁰.

3º Para divulgar datos personales el servicio previamente debe notificar al tercero potencialmente afectado.

A este respecto el Consejo ha establecido que no basta la ponderación del daño sino que el servicio debe necesariamente efectuar el traslado o notificar al titular o titulares de los mismos.⁵¹

c) La Temporalidad de algunas causales de secreto o reserva

1º El secreto o reserva de los antecedentes vinculados a defensas jurídicas y judiciales.

De acuerdo con el criterio establecido por el Consejo, la causal de secreto o reserva que protege los antecedentes vinculados a defensas jurídicas y judiciales contenidas en el artículo 21 n° 1 letra a) es de tipo temporal, pues lo propio de estos documentos es que sean públicos. Por ello este rasgo se hace patente una vez que se haya terminado el término probatorio del proceso para el cual sirven, “*de admitirse la causal invocada –señala el Consejo– 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*” (considerando 6).⁵²

2º Sobre los estudios y encuestas de opinión.

Si bien el inciso final del artículo 22 de la Ley de Transparencia declara secretos los resultados de las encuestas o de sondeos de opinión encargados por los órganos de la Administración del Estado hasta que finalice el período presidencial durante el cual fueron efectuados, esta excepción no cubre los contratos ni sus especificaciones, pues sólo excluye de la publicidad temporal a los resultados de dichos estudios o sondeos. A juicio del Consejo las hipótesis de reserva o secreto son excepcionales y, en tal carácter, de interpretación estricta y restrictiva⁵³. Es más las contrataciones de estos estudios constituyen una prestación de servicios, y como consecuencia, deben ser objeto de transparencia activa conforme lo dispone el artículo 7 e) de la Ley de Transparencia y el artículo 51 e) de su reglamento.

d) La Protección de los datos personales frente al derecho de acceso a la información

⁵⁰ Vid. Decisión de amparo Rol N° A45-09.

⁵¹ Vid. Decisiones de amparo Rol N° C533-09, A126-09, C337-10.

⁵² Vid Decisión de amparo A68-09, en el mismo sentido ver C392-10, A293-09 y C348-10.

⁵³ Vid. Decisión de amparo Rol N° A32-09. En el mismo sentido decisión de amparo Rol N° A48-09.

Siendo que la Ley N° 20.285 estatuye el deber del Consejo de garantizar el derecho de acceso a la información (artículo 32) así como de velar por la debida reserva de la información secreta o reservada conforme a la ley (artículo 33, letra j) y el adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628 sobre protección de datos personales⁵⁴, éste se halla obligado a “*observar atentamente que la divulgación de información que efectúa el órgano en cumplimiento del artículo 7° de la Ley de Transparencia se encuentre en armonía con lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley de Transparencia y en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 19.628*” (considerando 9)⁵⁵.

Si bien en relación con la transparencia activa el legislador ha facultado la divulgación de ciertos datos personales, se excluyen expresamente entre otros los datos sensibles (artículo 7 letra j de la Ley de Transparencia), pues la divulgación de estos ha sido limitada expresamente por el legislador. De este modo, dicha autorización “*no permitiría a los órganos de (la) Administración para que, con ocasión del cumplimiento de sus deberes de transparencia activa, traten –con miras a su divulgación en sus sitios electrónicos– datos personales distintos de aquellos autorizados por el mandato legal del artículo 7° de la Ley de Transparencia, pues supondría un tratamiento de datos personales fuera del ámbito de sus competencias para una finalidad distinta de la autorizada por el ordenamiento jurídico, infringiendo así lo dispuesto por los artículos 1° y 20 de la Ley N° 19.628*” (considerando 11)⁵⁶.

En consecuencia, para el Consejo la publicación de datos sensibles constituye la infracción calificada en el artículo 8 de la Ley de Transparencia referida a que el órgano “*no informa lo prescrito*” en el artículo 7 de la ley, pues el deber de informar “no se reduce a verificar la concurrencia de la acción positiva de publicar la información en el sitio electrónico del Servicio, sino el incumplimiento de la obligación de divulgar información en los términos y dentro de los límites previstos por el ordenamiento jurídico, lo que supone respetar las causales de reserva contempladas en el artículo 21 de la Ley de Transparencia y las disposiciones aplicables de la Ley N° 19.628” (considerando 15)⁵⁷.

Cuando se trata de datos de carácter personal, el Consejo vinculado a su labor de vigilancia del adecuado cumplimiento de la Ley N° 19.628 por parte de los órganos de la Administración del Estado, ha abordado una labor interpretativa del artículo 20 de dicho cuerpo legal, concluyendo que los datos de este tipo sólo pueden ser tratados por un organismo público en cuatro circunstancias⁵⁸:

- Con consentimiento expreso del titular.
- Respecto de las materias de competencia del órgano público que esté en poder de dichos datos personales. Precisando que el comunicar a un tercero los datos per-

⁵⁴ Vid. Decisión de amparo Rol N° A10-09, considerando 12.

⁵⁵ Vid. Decisión de reclamo Rol N° C579-10.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Vid. Decisión de amparo Rol N° C337-10.

sonales en poder de un servicio para el ejercicio de sus funciones propias, excede las materias de su competencia.

- Cuando dichos datos provengan de fuentes de acceso público, se trate del tipo de información individualizada en el inciso 5° del artículo 4° de la Ley N° 19.628; y
- Cuando la Ley N° 19.628 u otras leyes lo autoricen.

Por su parte el Consejo ha analizado y ha concluido que el R.U.N. y R.U.T. constituyen datos sensibles en los términos definidos por la ley 19.628, pues cumplen con las dos características de estos datos. De un lado constituyen “*datos concernientes a personas naturales, identificadas o identificables*” y de otro lado, para que su comunicación a personas distintas a su titular no esté protegida no calzan en la única excepción que la Ley 19.628 admite, consistente en que se traten de “datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público”; y estas últimas son “los registros o recopilaciones de datos personales públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes (art. 2° i de la Ley 19.628)” (considerando 7)⁵⁹. En razón a la protección que otorga el legislador a los datos sensibles, el tratamiento de estos datos incluyendo la cesión o comunicación a terceros sólo puede realizarse cuando la Ley o su titular lo autorice.

Un caso de difícil resolución en materia de datos personales ha sido el vinculado a los informes de evaluación sicolaboral (resultados de las entrevistas y evaluaciones psicológicas) realizados por consultoras externas para concursos de provisión de plazas, en el marco del sistema de reclutamiento para la Alta Dirección Pública que administra la Dirección Nacional del Servicio Civil (DNSC). Sobre esta materia el Consejo ha concluido que para evitar la afectación del debido cumplimiento de las funciones de la DNSC, deben mantenerse en reserva los antecedentes referidos a la evaluación sicológica, la evaluación descriptiva de atributos y la conclusión (síntesis de fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas) del informe sicolaboral de los participantes en los procesos de selección⁶⁰ pero como contraparte ha establecido la obligación de la DNSC de entregar un conjunto de información que estima tiene carácter público y que además tiene la virtud de constituir “*un medio indispensable para permitir el control de los procesos de selección y la retroalimentación de los postulantes*” (considerando 7 letra e)⁶¹.

e) Esclarecimiento del carácter público de la información referida a algunas materias

⁵⁹ Vid. Decisión de amparo Rol N° A33-09, en la misma decisión más adelante el Consejo añade: “*no puede decirse que el R.U.N. o el R.U.T. y el domicilio de los terceros que constan en la red familiar en poder de la Subsecretaría de Bienes Nacionales provengan o hayan sido recolectados de fuentes accesibles al público. En efecto, se trata de datos personales a los cuales sólo puede accederse con la autorización de su titular o cuando la ley lo permite*” (considerando 10).

⁶⁰ Ver decisiones Rol N° A29-09, A35-09 y C488-09.

⁶¹ Esta información que el servicio debe divulgar es: La historia curricular del candidato;
ii) La descripción de la motivación;
iii) El puntaje asignado a cada atributo del perfil por la(s) consultora(s); y
iv) El puntaje asignado a cada atributo del perfil por el Comité de Selección o el Consejo de Alta Dirección, según corresponda.

1º Las calificaciones funcionarias son públicas.

El Consejo de Transparencia ha dejado establecido que el interés público que las calificaciones funcionarias conllevan, sustentan su naturaleza de información pública constituyendo un “*mecanismo de rendición de cuentas no sólo ante las jefaturas sino también ante la sociedad*” (considerando 11).⁶²

VI. Conclusiones

La cultura de transparencia se va asentando cada vez más entre los ciudadanos y en especial, el ejercicio de las acciones y recursos que el Ordenamiento contempla para su adecuada defensa. El Consejo a este respecto ha cumplido una labor de gran reconocimiento por la simplicidad y facilitación en las relaciones con los ciudadanos que han acudido a él en busca de amparo a su derecho de acceso a la información pública. También es previsible que, como lo muestran las estadísticas, esta tendencia continúe creciendo exponencialmente.

Los pronunciamientos del Consejo han ido avanzando en la dirección de la interpretación finalista de la Ley de Transparencia, si bien en el caso de las entidades privadas nos parece adecuada la categorización de las mismas como órganos de la Administración del Estado, la decisión del Consejo que se reconoce competencia de fiscalización sobre las empresas públicas en materia de transparencia activa parece un exceso, pues el texto expreso de la norma no parece admitir esta interpretación. De ahí que si bien la interpretación finalista puede esclarecer nuevos ámbitos de aplicación de la Ley de Transparencia, la jurisprudencia deberá utilizar esta orientación de modo ponderado para actuar acorde con lo perseguido por el legislador.

Respecto de los órganos administrativos y su sujeción a la Ley de Transparencia, el dato de la autonomía no ha sido óbice para que se aplique en su totalidad el régimen general de transparencia establecido en la Ley N° 20.285, por lo que éste no puede constituirse en un criterio para distinguir la aplicación o no de la Ley a los órganos que integran la Administración del Estado. En todo caso, habrá que sujetarse a lo que establece el legislador para los regímenes especiales o de excepción que constituye.

Finalmente, ya fuera del ámbito de los organismos que integran la Administración del Estado y siendo que el Consejo para la Transparencia es un órgano administrativo (si bien autónomo) no corresponde que fiscalice otros poderes del Estado u otros órganos que no integran la Administración del Estado.

⁶² Vid. Decisión de amparo Rol N° A10-09. En el mismo sentido ver decisión de reclamo de amparo contenidas en Rol N° 126-09.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (agosto 2008): Historia de la Ley N° 20.285, Valparaíso.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2011): Efectividad del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso: un balance desde lo jurisprudencial del caso chileno, ponencia al Tercer Congreso Iberoamericano y Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Administrativo. Disponible en: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/GladysCamacho.pdf> [consulta 12 junio de 2011].
- (2008): “Régimen Jurídico del Acceso a la Información Administrativa en Chile”, Ponencia al Primer Congreso Internacional y Segundo Mexicano de Derecho Administrativo realizado en Veracruz (México). Disponible en: <http://derechouv.com/cida/> [consulta: 12 septiembre 2009].
- (2007): Libro II. La Actividad de la Administración del Estado, en Derecho Administrativo Chileno, obra colectiva Rolando Pantoja Bauzá (coordinador), Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (México), pp. 417 y ss.
- (2006a): “La publicidad y Transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los Órganos del Estado en Chile”, en Obra Colectiva Ensayos Jurídicos Contemporáneos. Testimonio de una Huella Académica, Pierre Foy (Coordinador), Editorial Pacífico, Lima (Perú), pp. 47-77.
- (2006b): “La Publicidad y la Transparencia: nuevos principios constitucionales de la actuación de los Órganos del Estado”, en Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso.
- COMISIÓN DE PROBIDAD Y TRANSPARENCIA (mayo 2011a): Informe Estadístico de Solicitudes, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, N° 26, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- (mayo 2011b): Informe Estadísticas visitas sitios web, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, N° 12, Ministerio Secretaría General de la Presidencia.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA (abril 2011): Reporte Estadístico, disponible en http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20110104/asocfile/20110104170318/reporte_abril2011.pdf [consulta: 6 de junio de 2011].
- (enero 2011): Fiscalización Transparencia Activa. Administración Central del Estado, Santiago, disponible en: http://www.leydetransparencia.gob.cl/assets/files/documentos/Proceso_fiscalizacion_TA_2010.pdf [consulta: 14 de marzo de 2011].
- LETELIER WARTENBERG, R. (2010): “Logros y frustraciones de la transparencia” en Transparencia en la Administración Pública [Coordinadores: Letelier, R. y Rajevic, E.], pp. 79 y ss.
- LÓPEZ AYLLÓN, S. y POSADAS, A. (2007): “Las Pruebas de Daño e Interés Público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, en Derecho Comparado de la Información, pp. 21-65.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.
- Ley N°10.336 Orgánica de la Contraloría General de la República.
- Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley N° 18.840 Orgánica Constitucional del Banco Central.
- Decreto Supremo N° 30 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 20 de marzo de 2008. Crea Comisión de Probidad y Transparencia.
- Instructivo General N° 5, de 22 de enero de 2010, de Consejo para la Transparencia, “Sobre Transparencia Activa para empresas públicas, empresas del Estado y Sociedades del Estado”.
- DFL N° 3 de 2006, de Ministerio de Educación, Estatuto de la Universidad de Chile.
- Decreto Universitario exento N° 008809 de 2009, de Rector de Universidad de Chile, Reglamenta la Transparencia de la Gestión y Acceso a la Información Pública de la Universidad de Chile.