

Gladys Camacho Céspedes*

La Contraloría General de la República y Transparencia**

The General Comptroller of the Republic and Transparency

Resumen

La transparencia es uno de los valores institucionales que la Contraloría General de la República proclama teniendo entre sus objetivos estratégicos el fortalecimiento del principio de probidad administrativa y la transparencia en la gestión pública. Este trabajo revisa la relación que el Órgano Contralor ha tenido con la transparencia recordando su precursora contribución al establecimiento del actual régimen de transparencia así como reflexionando sobre la forma en que la Entidad de Control ha articulado el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y de acceso a la información. Igualmente, se revisan algunas problemáticas que han ido surgiendo en relación con la labor dictaminadora del Órgano de Control que difieren de la jurisprudencia que el Consejo para la Transparencia viene estableciendo al dirimir los reclamos por denegación del derecho de acceso a la información.

Palabras Clave

Acceso a la información, información pública, jurisprudencia administrativa, transparencia, publicidad, Contraloría General.

Abstract

Transparency is one of the institutional values that the Chilean General Comptroller Office proclaims – having among its strategic objectives the strengthening of the principle of administrative probity and transparency in governance. This paper reviews the relationship that the General Comptroller Office has had with transparency, recalling its pioneer contribution to the establishment of the current regime of transparency and reflecting on how this Control Authority has articulated the implementation of its obligations of transparency and access to public information. Similarly, some problems that have arisen in relation to the judging CGO's power are reviewed – power

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

** *Artículo recibido el 28 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 21 de junio de 2013.*

that differs from case law that the Chilean Council for Transparency has been setting regarding to claims for denial of access to public information.

Keywords

Information access, public information, administrative case law, transparency, publicity, General Comptroller Office

I. Introducción

En su 85° aniversario de vida institucional es bueno revisar los aportes que la Contraloría General de la República nos ha proporcionado al funcionamiento de la organización administrativa. Como bien es sabido, la Contraloría General es un órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado, especialmente mandatado por la Constitución para realizar el control de legalidad de la actuación administrativa. Goza de autonomía constitucional para realizar su función con neutralidad frente al Gobierno y demás órganos públicos. Su ley orgánica constitucional, además, le atribuye otras relevantes funciones como la de fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios de la Administración Pública que determinen las leyes, así como examinar las cuentas de las personas que tienen a cargo bienes de esas entidades. Como consecuencia de lo señalado su ley orgánica regula importantes instrumentos para cumplir su labor, facultándola para realizar auditorías que tienen por objeto velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y, en especial, la probidad administrativa.

A nadie es desconocida la importancia que tiene la institución contralora, cuyos pronunciamientos son gravitantes para el funcionamiento de los servicios públicos. Ciertamente, a partir de la búsqueda del cumplimiento de su misión de control de la legalidad de la actuación de los órganos de la Administración del Estado, la entidad contralora ha extendido su ámbito de fiscalización a todo aquello que se vincule con la probidad administrativa en tanto ello afecta directamente el debido uso del patrimonio público y la correcta gestión financiera de la Administración Pública, cuya fiscalización contable y financiera corresponde a la Contraloría General.

De este modo, siendo que la transparencia de la función pública constituye una garantía fundamental de la probidad, es importante revisar la relación que la Contraloría General ha tenido con la transparencia. Se hace, en consecuencia, ineludible mencionar la contribución precursora que el Órgano Contralor ha tenido para el establecimiento del actual régimen de transparencia; igualmente, la forma como ha articulado el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia y de acceso a la información, así como algunas problemáticas que han ido surgiendo en relación con la labor dictami-

nadora del Órgano de Control que difieren de la jurisprudencia que el Consejo para la Transparencia está estableciendo.

II. La Contraloría General y su labor precursora en materia de transparencia.

La Contraloría General ha cumplido un rol importante para materializar el actual régimen de transparencia que es uno de los más avanzados del orbe. Más aún nuestra experiencia ha tenido un mayor avance que su similar mexicano, no obstante que éste constituye un referente en el ámbito latinoamericano. Una de las razones que ha contribuido a esta mayor penetración del régimen de transparencia se debe a que nuestro Estado centralizado no tiene las cortapisas que se presentan en México ya que en este gran país, cada Estado federado ha regulado su propio régimen de acceso a la información sin que existan mínimos de transparencia y acceso a la información que deben garantizarse en todo el país¹.

Hablar de Transparencia y su relación con la Contraloría significa referirse a una relación que antecede a la entrada en vigencia de la Ley 20.285 de 2008, sobre Acceso a la Información Pública. Desde muy temprano la Contraloría General estuvo enfrentada a la necesidad de precisar las obligaciones de publicidad de los actos administrativos, con motivo de lo cual, emitió una serie de pronunciamientos que permiten sostener que el Órgano Contralor evolucionó, notoriamente, desde un criterio conservador y restringido de la publicidad de los actos administrativos hasta un criterio que estrechó los márgenes del secreto o reserva como exigencia de la probidad administrativa.

En la década de los 70, la Contraloría General más bien mostraba un criterio más proclive a una limitada publicidad de los actos administrativos decisionales señalando que “los servicios públicos solo están obligados a proporcionar respecto de los particulares, copia de decretos o resoluciones que emitan, en la medida que los actos que se materializan a través de dichos documentos afecten directamente a la persona que los solicite. Si las medidas dispuestas no alcanzan al peticionario es facultativo para los servicios públicos proporcionar ese tipo de información, pudiendo, por tanto, denegar la solicitud respectiva” (Dictamen 76.184 de 1974).

A fines de los 80 la Contraloría General se pronunciaba: “los servicios públicos no deben admitir la intervención ante ellos de personas que, como meros intermediarios o gestores, se presenten para requerir informaciones o antecedentes o cumplir determinadas actuaciones a nombre de un tercero” (Dictamen 26.087 de 1989) reiterando la obligación de entregar información exclusivamente al interesado en la gestión o bien a su abogado que represente sus intereses en calidad de patrocinante o mandatario (Dictámenes N° 51.336 de 1971, 33.988 de 1982 y 26.087 de 1989).

¹ Vid. GUERRERO GUTIÉRREZ, E. y RAMÍREZ DE ALBA LEAL, L. (s/f).

Este criterio conservador de la publicidad se mantuvo hasta pasado el primer lustro de la década de los 90. Ese fue el último período en que la Contraloría General, fundándose en la obligación estatutaria de reserva contenida en el artículo 55 de la Ley 18.834, sostenía el criterio que los servicios públicos no estaban obligados a suministrar información además que observaba que para ello la ley debía contemplar una obligación de publicidad, es así que señalaba que la “Subsecretaría de Telecomunicaciones no está obligada a proporcionar información relativa a permisos limitados de telecomunicaciones otorgados desde el 1/3/92 y tampoco permitir acceso a la misma a un particular que presta asesorías a titulares de concesiones y permisos [...] Enseguida, si bien es cierto que no existen disposiciones que establezcan la reserva en materia de permisos limitados de telecomunicaciones tanto en la ley 18.168 como en su reglamento, ni instrucciones en tal sentido, no resulta menos efectivo que la información de que se trata posee, por su naturaleza, el carácter de reservada. [...] como asimismo que la ley no contempla una medida de publicidad para el otorgamiento de dichos permisos” (Dictamen N° 41.334 de 1996).

Se ha de recordar que fue en el segundo gobierno democrático que el Presidente Frei dio impulso a una agenda de transparencia que junto al informe de la Comisión de Ética Pública puso de relieve las exigencias de transparencia y publicidad en el ejercicio de la función pública, medidas que luego cobrarían sanción expresa mediante la Ley 19.653 de Probidad Administrativa. Concordante con estos nuevos acentos, los pronunciamientos del Órgano Contralor empezaron a limitar el secreto o reserva, subrayando que éste debía fundarse en una expresa prohibición legal o reglamentaria. Así sostuvo que la “Subsecretaría de Pesca debe permitir a pescadores artesanales que solicitaron a Contraloría se pronunciara sobre la legalidad de unas resoluciones exentas que establecían medidas de administración respecto de la merluza, conocer el informe que el primer organismo emitió a petición del último. Ello, porque acorde a la ley 18834, art. 55 letra h), los funcionarios públicos están obligados a guardar secreto de los asuntos que revisten el carácter de reservados en virtud de la ley, reglamento, su naturaleza o instrucciones especiales, supuestos que no concurren en el caso en estudio. Esto, por cuanto no existen disposiciones legales o reglamentarias que establezcan la reserva en las materias específicas de que trata el mencionado oficio y tampoco instrucciones internas en tal sentido” (Dictamen 28.740 de 1997).

Así, éste fue el inicio de un cambio en la jurisprudencia administrativa que, con la reforma de la Ley 18.575, incorporada en 1999 por la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa se hizo patente. La jurisprudencia que la Contraloría General fue dictando constituyó una de las actuaciones precursoras del actual texto legal de transparencia y tuvo especial gravitación interpretando los alcances del artículo 13 (ex artículo 11 bis) de la Ley N° 18.575.

A partir de la incorporación de la norma citada en la Ley 18.575 la Contraloría General se ocupó de precisar su interpretación subrayando lo dispuesto por la norma en su segundo inciso poniendo el énfasis en que la función pública debe ejercerse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos,

contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella, dejando constancia que “el principio general de la transparencia en el ejercicio de la función pública ha recibido una consagración legislativa expresa en nuestro ordenamiento jurídico administrativo” (Dictamen N° 32.259 de 2000) y que en consecuencia, si bien en aquel entonces sólo era posible acceder a los actos administrativos decisoriales a través del procedimiento especial que reguló la ley de probidad administrativa, ello no hacía “admisible entender, en el marco del principio de transparencia en la gestión administrativa consagrado legalmente en la misma disposición, que la finalidad de la ley haya sido dar carácter de secretos a los restantes actos de la Administración [...]”. En el mismo sentido, emprendió la tarea de estrechar la práctica de opacidad de los servicios públicos, enfatizando que el principio de transparencia se extiende más allá de los actos administrativos informando in totum la función pública, “es menester hacer notar, sin embargo –subraya la Contraloría General–, que la circunstancia de que esa norma (11 bis de la ley 18.575) sólo regule la publicidad de los actos administrativos decisoriales no significa que en virtud de esta disposición, los demás actos de la Administración hayan pasado a tener el carácter de secretos y no puedan o no deban ser dados a conocer a terceros interesados, en determinadas circunstancias [...] es necesario agregar que el principio de transparencia, en cuanto tal, bajo ningún respecto se circunscribe exclusivamente a los actos administrativos, sino que afecta, en general, a toda la gestión administrativa [...] Por consiguiente, no es aceptable lo señalado por esa Subsecretaría en orden a que se encontraría liberada de proporcionar el antecedente en cuestión al no existir disposición que la obligue a entregarlo. Por el contrario, en cumplimiento de la obligación que emana del principio de transparencia, esa entidad sólo puede negarse válidamente a proporcionarlo en tanto exista una normativa que la faculte para ello” (Dictamen N° 35.259 de 2000 y 4.228 de 2002). Así, el Órgano Contralor cautela el propósito de la ley de probidad a través de estabilizar el criterio jurisprudencial que el principio de transparencia se aplica de forma extensiva a toda actuación administrativa.

Concordante con esta jurisprudencia administrativa, la decisiva contribución del Órgano Contralor al avance en materia de transparencia se dio a propósito de su labor dictaminadora realizada a instancia de requerimientos de organizaciones ciudadanas que reclamaban contra la reglamentación del secreto o reserva por parte de los jefes de servicio que había habilitado el célebre Decreto Supremo 026 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y documentos de la Administración del Estado, vigente en aquel entonces, cuya aplicación desencadenó la configuración de una situación bochornosa en materia de transparencia².

En esta línea con ocasión de los reclamos de ilegalidad contra las resoluciones de los jefes de servicio que determinaban actos, documentos y antecedentes afectos a secreto o reserva en el ámbito de sus respectivas competencias, el Órgano Contra-

² Vid. SÁNCHEZ (2005).

lor advirtió que en gran número de estas resoluciones se excede la normativa a los efectos de la declaración de secreto o reserva, recriminando: “[...] debe observarse que en distintas resoluciones no se advierte el fundamento preciso para declarar secretos o reservados determinados documentos” (Dictamen N°49.883 de 2004). Por consiguiente, exhortó a todas las reparticiones que por esos años habían dictado resoluciones estableciendo materias de secreto o reserva a que “Atendido lo precedentemente expuesto, se adopten las medidas tendientes a que todas las reparticiones que han dictado resoluciones invocando el artículo 9° del Reglamento sobre secreto o reserva de los actos y documentos de la Administración del Estado, las reexaminen a la brevedad de acuerdo con los criterios indicados en el cuerpo de este pronunciamiento y, en los casos en que corresponda, las modifiquen en términos que se ajusten a la normativa que les sirve de fundamento” (Dictamen N°49.883 de 2004). Concluyendo que un número importante de dichas resoluciones exentas –entonces del trámite de toma de razón– distorsionaban el auténtico sentido de las normas de publicidad de los actos administrativos.

Con ello la Contraloría General a través de su labor dictaminadora confluó y contribuyó al proceso que culminó años después con la reforma constitucional, de 2005, por la que se consagra indubitablemente la relevancia que tienen los principios de probidad y transparencia en la función pública. De este modo, desde la promulgación de la Ley N° 19.653 sobre Probidad Administrativa, el Organismo Fiscalizador incorporó en su misión institucional la custodia y fortalecimiento de la probidad administrativa y transparencia en la gestión pública. En esta etapa la Contraloría General asumió la transparencia como un propósito explícito a perseguir mediante medidas deliberadas y definidas tendientes a garantizarla, constituyéndose ella misma en una institución pública que cumple con el principio de transparencia aplicando unos estándares que comparativamente fueron muy superiores a los que los otros organismos públicos presentaban en aquellos años. Ha de reconocerse que este cambio exitoso se explica en gran parte por la naturaleza jerarquizada y monocrática de la entidad, en la cual la máxima autoridad –esto es el Contralor General– imprimió en toda la organización su impronta por la transparencia. De este modo, la entidad contralora empezó a cambiar no sólo sus pronunciamientos sino muy visiblemente su propia práctica mucho antes de que se establecieran las obligaciones legales de transparencia activa contenidas en la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. Muestra de ello ha sido, por ejemplo, la decisión del Contralor General de hacer públicas las importantes bases de datos que la Contraloría General administraba relativas a dictámenes, legislación, auditorías y normativa contable, a las que no se podía acceder libremente. De este modo, la Contraloría General se constituyó en la primera entidad pública que empleó consistentemente su portal web como un medio para la publicidad de importante y abundante información. La página web del Órgano Contralor se convierte en ese sentido en un portal de obligada consulta ciudadana y de los medios. Ello se ha profundizado con la publicación de los informes de auditoría externa que constituyen importantes herramientas para la fiscalización sobre la correcta gestión de los recursos públicos.

Con este importante cambio en la práctica de transparencia, la Contraloría General no se limitó a entender que ésta se satisface sólo a requerimiento de parte sino que ha hecho uso de la web institucional como un importante vehículo para poner a disposición de toda persona información relevante que ella posee, anticipándose a las solicitudes de información que pudiera recibir. De este modo, hace efectivo el principio de igualdad en el acceso a la información facilitando a todo ciudadano, con independencia de su lugar de origen o residencia, una gran cantidad de información pública. Ello manifiesta que la transparencia es un valor institucional altamente protegido que está presente en su actuación organizacional. En suma, el Órgano Contralor reconoce que la información que produce, utiliza y distribuye en la construcción de sus dictámenes y en el cumplimiento de sus funciones institucionales es un recurso público estratégico que debe estar a disposición de la ciudadanía.

Complementariamente, ha de resaltarse que otra de las medidas que, a partir del 4 de mayo de 2007, adoptó el Contralor General, fue transparentar en el sitio electrónico institucional, su agenda, consignando las actividades institucionales que desarrolla diariamente. Junto con ello, también se publicita la agenda de todas las altas autoridades de la Contraloría General, lo que incluye al Sub contralor, Secretario General, Jefes de División, Fiscal y las agendas de los 14 Contralores Regionales. En esta agenda se consignan datos sobre reuniones, audiencias, visitas a diversos lugares y saludos protocolares, etc., instrumento cuyo estándar de actualización es exigente, debiendo permanentemente actualizarse diariamente, sin perjuicio de que, eventualmente, pudieran existir 2 días hábiles para su completa actualización.

III. Régimen de transparencia pública de la Contraloría General.

1. Autonomía Constitucional de la Contraloría General y régimen general de Transparencia

En otra ocasión ya me he ocupado de la crítica que surge por el uso de una mala técnica legislativa que da lugar a una ley con doble articulado, como es el caso de la Ley N° 20.285 que opta por albergar dos textos legales, uno denominado Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP) y otro llamado Ley de Transparencia (LT). El doble articulado expresa esta dicotomía. 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 norma 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.

Esta situación compleja surge por cuanto el legislador no logró establecer un régimen unitario de transparencia para todos los órganos del Estado, siendo uno de los puntos clave de la multiplicidad de regímenes especiales que se contienen en la LAIP; el aseguramiento de no estar incursos en la competencia del Consejo para la Transparencia que se crea con fines revisores y fiscalizadores del cumplimiento de la LT³. El fundamento angular sobre el que reposa esta decisión del legislador es el respeto a la autonomía y al principio de separación de poderes que podría verse afectado si el control de la transparencia por parte de los órganos autónomos constitucionales u otros poderes del Estado se hace reposar en un órgano externo a ellos de carácter administrativo⁴.

La decisión del legislador se traduce en una fórmula abigarrada consistente en que al texto de la LAIP se interpola otro cuerpo legal denominado Ley de Transparencia que tiene a la Administración Pública como sujeto principal de regulación, así el artículo 1° de la LT 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 toma la precaución –en el artículo 2°–, de listar los órganos que se encuentran en su ámbito de aplicación. En el citado precepto de la LT se establecen tres excepciones al régimen general de transparencia que rige a la Administración del Estado referidas a: la Contraloría General, el Banco Central y las empresas públicas.

Por consiguiente, de la interpretación literal y sistemática de las disposiciones contenidas en los artículos 1° y 2° 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.

³ 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.”

⁴ Vid. STC 1051-2008, de 10 de julio de 2008. Considerando Trigesimoséptimo: “Que, en diversas oportunidades –como en la sentencia de 22 de septiembre de 1989, Rol N° 80–, esta Magistratura ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República, autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva.”

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.

Es discutible que la autonomía de una entidad sirva para fundamentar fórmulas de control, en este caso, de transparencia, que sean autárquicas (como acontece con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones⁵ entidades que no tienen ningún control externo en esta materia que es totalmente accesoria. La autonomía de la función está resguardada por una serie de garantías que se le reconocen al órgano como son las salvaguardas personales (estabilidad en el cargo por un tiempo más o menos prolongado); económicas (fundamentalmente de índole presupuestaria); administrativas (de gestión y otros poderes jurídicos), entre otras⁶. Es más nuestro sistema constitucional abandonó la clásica división de poderes y optó por profundizar una división de funciones, reconociendo en el ámbito constitucional un conglomerado de órganos autónomos como el Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, Banco Central, Contraloría General de la República, Ministerio Público y Municipalidades, orientados a ser piezas fundamentales del ordenamiento jurídico constituido por la Carta Magna⁷.

De acuerdo con lo que señala ZÚÑIGA (2007), el efecto garantizador del reconocimiento de autonomía constitucional es que ninguna de estas entidades puede ser privada “de dicha nota de identidad por la ley u otra norma jurídica infraconstitucional, sin que pueda dejar de tacharse tal precepto de contrario a la Carta Política”, lo que resulta bastante comprensible. Sin embargo, una interpretación que ha ido más allá

⁵ A este respecto se ha de recapitular lo pronunciado en la Sentencia Rol N° 1051-2008, de 10 de julio de 2008, dictada por el Tribunal Constitucional en la oportunidad de su pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo noveno de la LAIP, ocasión que el TC aprovechó para determinar qué disposiciones de la LT le eran aplicables y de precisar los términos de su aplicación. En lo resolutivo el TC determinó a este respecto que “El inciso segundo del ARTÍCULO NOVENO es constitucional [...] en el entendido de que no resulta aplicable [...] al Tribunal Constitucional [...] lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia (STC: 2008). De este modo, como señalan FERNÁNDEZ y GÓMEZ (2012: 123-125) esta cautela del Tribunal Constitucional aseguró la exclusión de la competencia del CPLT sobre el TC: “El artículo 8° permite a los ciudadanos interponer un recurso administrativo ante el Consejo de Transparencia, denominado Amparo, en caso de infracciones de los organismos públicos a la obligación de Transparencia Activa, por lo que el Tribunal Constitucional consideró inaplicable esta disposición por afectar su autonomía, ya que ésta se proyecta en una triple dimensión –organizativa, institucional y normativa– e implica que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado a órganos que se relacionen con labores propias de la función ejecutiva, como el CPT”. Esta previsión no tenía mucha relevancia por cuanto, en modo alguno, el legislador había tenido el objetivo de someter al TC a la competencia del CPLT. Por consiguiente, la determinación de más calado provino de la segunda prevención que la sentencia aludida contiene, referida al inciso tercero del Artículo Noveno. Para entender la afirmación es necesario recordar “el inciso tercero del Artículo Noveno –explican GÓMEZ y FERNÁNDEZ– establece la posibilidad de recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, en el caso de denegación o atrasos en la entrega de información. Por lo anterior, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles que sus resoluciones o determinaciones quedaren sujetas al escrutinio de un tribunal ordinario de justicia, subalterno de la Corte Suprema, como lo es una Corte de Apelaciones, fundado en la afectación de su independencia y autonomía”. El TC es claro en su sentencia prescribiendo: “El inciso tercero del ARTÍCULO NOVENO es constitucional (...) en el entendido de que tal precepto no es aplicable al Tribunal Constitucional ni a la Justicia Electoral [...]”.

⁶ Vid. BETANCOR (1994).

⁷ Vid. PANTOJA (1998) y ZÚÑIGA (2007).

es la que formula SILVA, pues asocia a la autonomía constitucional la garantía que tienen dichos órganos para regirse sólo por la Constitución Política, las leyes especiales que las regulan y la reglamentación interna que ellos mismos se aprueben para los efectos de proveer su funcionamiento⁸, haciendo énfasis en la autonomía normativa. Como se puede apreciar este es el criterio que el Tribunal Constitucional ha aplicado en diversas oportunidades por lo que no sorprende que su pronunciamiento al realizar el control previo de constitucionalidad sobre el proyecto de ley de acceso a la información pública aprobado por el Congreso fue congruente con esta forma de entender la autonomía. Así, “en diversas oportunidades [...] –señaló la alta magistratura– ha puesto de relevancia la necesidad de respetar cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Carta Fundamental ha asignado a ciertos órganos del Estado como la Contraloría General de la República [...] Atendido lo expuesto anteriormente y velando por el carácter autónomo que le asigna la Carta Fundamental a la Contraloría General de la República, en su artículo 98, este Tribunal declarará la constitucionalidad del inciso segundo del nuevo artículo 155, que se agrega a la Ley Orgánica Constitucional del mismo organismo por el ARTÍCULO QUINTO del proyecto de ley en estudio, en el entendido de que a aquél no se le aplica lo dispuesto en el artículo 8° del Título III de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado”⁹. Con ello el Tribunal Constitucional despejó toda duda sobre la incompetencia del CPLT para conocer de los eventuales reclamos por transparencia activa que se formularan contra la CGR que del artículo 8 LT podría interpretarse.

Guardando las diferencias, la autonomía se ha erigido en la justificación para excluir del régimen general a dos órganos administrativos: el Banco Central y la Contraloría General. A este respecto se ha de tener en cuenta que la Contraloría General y el Banco Central tienen la singularidad de que el inciso 2° del artículo 2° 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 orgánicas.

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, facultarlos para dictar las demás normas e instrucciones necesarias para garantizar la transparencia en sus respectivas instituciones, al mismo tiempo que establecen un mecanismo particular de reclamación para el caso de reclamaciones relacionadas con la Contraloría General y en su caso, con el Banco Central, excluyéndolos de la competencia del CPLT para conocer los reclamos que se susciten contra ellos. En concordancia con estas disposiciones legales el CPLT se ha declarado incompetente para conocer de los reclamos por denegación al derecho de acceso por parte de la Contraloría General. A este respecto, ver decisiones de amparo

⁸ SILVA (1995), pp. 170-171 citado por ZÚÑIGA (2007), p. 231.

⁹ Vid. STC 1051-2008, de 10 de julio de 2008, Considerando Trigesimoséptimo.

Rol N° A70-09, A72-09 y A98-09 por las que el CPLT declara la inadmisibilidad de la reclamación por incompetencia del Consejo e indica que es la Corte de Apelaciones respectiva a donde el reclamante tiene que dirigirse.

Como puede apreciarse el dato de la autonomía en el caso de la Contraloría General ha tenido como principal objetivo sustraerla de la competencia del CPLT y no tanto permitir una regulación de la transparencia diferente al régimen general, ello es aún más evidente por cuanto el Contralor General no ha tenido la necesidad de dictar ningún instructivo dirigido a normar la transparencia en su entidad, la que, por consiguiente, aplica el régimen general de transparencia contenido en la LT como lo muestra el Manual de Buenas Prácticas que rige al interior del organismo sobre esta materia¹⁰.

2. Marco Normativo de Transparencia

Para lo que aquí interesa se ha de recordar que el Artículo Quinto de la LAIP incorporó el artículo 155 nuevo a la LOCCGR cuyo texto es conveniente reproducir para una mayor claridad en la exposición:

“Artículo quinto. Modifícase la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, N° 10.336, incorporándose en el Título X, el siguiente artículo 155, nuevo:

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

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

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

¹⁰ Vid. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012).

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

Por consiguiente, el marco normativo de transparencia en la CGR está delineado por el artículo 8 CPR, el artículo 155 LOCCGR y la LT en lo que reenvía el mencionado artículo 155, el cual señala que además del artículo 3° y 4° LT, se le aplican en lo que fuere pertinente los siguientes apartados de la LT: el Título II, Título III y arts. 10 al 22 del Título IV. De lo señalado se pueden identificar las obligaciones a las que está sometida la Contraloría General, las que sintéticamente se resumen en lo siguiente:

- a) Debe cumplir el ejercicio de la función pública con transparencia, de forma que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que ella adopte.
- b) Sus autoridades, cualquiera sea su denominación (jerarquía o responsabilidad), deberán dar estricto cumplimiento al principio de transparencia de la función pública.
- c) Le aplica la definición que da el artículo 4 LT sobre el principio de transparencia de la función pública, el cual consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la CGR, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley.
- d) Le es aplicable la definición de información pública contenida en el artículo 5 LT, por consiguiente, son públicos los actos y resoluciones, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, salvo las excepciones contenidas en ley de quórum calificado. Seguidamente, también son públicas la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones. Estas son definiciones claves que deben inspirar, en especial, la labor dictaminadora de la Contraloría General.
- e) Tiene la obligación de publicar y actualizar a lo menos una vez al mes los antecedentes consignados en el artículo 7 sobre Transparencia Activa.
- f) Debe respetar el derecho de acceso que consiste en la facultad de solicitar y recibir información en la forma y condiciones que establece la LT. Este derecho comprende la facultad para acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquier sea el formato soporte en que se contenga, salvo excepciones legales.

- g) Su actuación debe guiarse por todos los principios del derecho de acceso a la información.
- h) Sólo puede exigir los requisitos mínimos para solicitar la información y ejercer el derecho de acceso así como debe aplicar las normas de subsanación y las formas de notificación que son elegidas a voluntad del peticionario.
- i) En caso de incompetencia para entregar la información tiene la obligación de derivar oportunamente el requerimiento recibido.
- j) Tiene la obligación de responder a la solicitud de información en el plazo señalado por la ley (20 días prorrogables sólo fundadamente).
- k) Le aplica la prevención relativa a la información que se encuentra en fuentes de naturaleza pública o a disposición permanente del público.
- l) Le aplica que quien define el medio y forma en que se entregue la información es el peticionario (sólo con la limitación de costos excesivos).
- m) Sólo puede exigir el pago de los costos directos de reproducción. Aunque a este respecto sigue aplicando la resolución exenta N° 2.786 de 2005, de la Contraloría General, que fija el valor de las fotocopias y de extractos que se otorguen en virtud de las solicitudes de información que efectúen las entidades de la Administración del Estado y los particulares, a este Organismo de Control¹¹.
- n) La entrega de la información debe realizarla sin que medie imposición de condiciones de uso o restricciones a su empleo salvo las autorizadas por la ley.
- o) Tiene la obligación de proporcionar la información, salvo que concurra causal de reserva o secreto y la necesidad de responder en caso de negativa por escrito fundado, especificando la causal legal invocada y las razones que lo motiven.
- p) Tiene la carga de notificar al tercero interesado o que pudiere ser afectado con la publicidad de la información.
- q) Le aplican las causales de secreto o reserva del artículo 21 LT.
- r) Debe aplicar los plazos de reserva consignados en el artículo 22 LT.

3. Análisis de la actuación de la Contraloría General en materia de Transparencia

La Contraloría General ha sido consecuente con su labor de cautelar el respeto del principio de transparencia en la función pública. Concordantemente con ello, ha cumplido desde mucho antes que la LAIP lo exigiera, estándares de transparencia activa que se encuentran entre los más altos de la organización administrativa. Para ello ha instrumentalizado eficazmente su sitio electrónico que actualiza, permanentemente,

¹¹ Dictamen N° 516 de 2013.

suministrando información altamente relevante. De este modo, la Contraloría General puso a disposición de la ciudadanía información institucional clave para, entre otros, conocer las actuaciones de sus autoridades y el tenor de sus pronunciamientos, permitiendo el acceso a las agendas de sus directivos y a los informes de auditorías y otras importantes bases de datos como la jurisprudencial que ella administra, a los que se puede acceder a través del portal institucional.

La intervención de la CGR en asuntos de especial significación pública vinculados a temas de corrupción ha ayudado a que sea reconocida como un actor importante en la persecución y castigo de los actos de corrupción.

En esta línea, el Órgano Contralor viene impulsando una cultura organizacional de prevención de la corrupción, como parte relevante de su misión institucional, la que se define por estar orientada a “garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, resguardando la protección y el debido uso del patrimonio público, para preservar y fortalecer la probidad, fidelidad y transparencia de la gestión financiera en la Administración del Estado”¹². Paralelamente, también ha emprendido la adecuación de sus procesos internos y de control.

Un aspecto destacable y que la singulariza es un nuevo enfoque del control que busca la colaboración ciudadana, la que ilustrativamente se mostró con la campaña “NO mancho mi conciencia. Vivo sin corrupción”. A este respecto la Contraloría General viene desarrollando un notable esfuerzo para generar vínculos entre la entidad contralora y la sociedad civil, impulsando la activa participación ciudadana en su función de fiscalización. En esta línea, a partir del 28 de septiembre de 2012, se ha incorporado el “Portal Contraloría y Ciudadano”¹³ cuyo objetivo es recibir sugerencias de fiscalización y denuncias a través de los formularios online especialmente diseñados para estos propósitos.

Si bien el citado portal “Contraloría y Ciudadano” suministra datos estadísticos, sobre el número de denuncias y sugerencias de fiscalización recibidas, asociándolos al tipo de servicio a los que se refieren (vr.gr. servicios descentralizados, centralizados, municipalidad), sería del todo conveniente que los resultados de estas denuncias o fiscalizaciones se publiciten en este portal de modo que la ciudadanía constate la efectividad o las consecuencias a las que se arriba con la cooperación que se incentiva.

Igualmente, se estima conveniente que la información relacionada con transparencia activa se sujete a la normalización que se ha producido en toda la Organización Administrativa, salvo en la CGR y el Banco Central. Esto es, que dicha información se contenga en un banner destacado y fácilmente identificado dedicado a Transparencia Activa, que a semejanza de éstos pueda llamarse “Contraloría Transparente” de forma similar a los conocidos “Gobierno Transparente” con que ya es común identificar dicha información en los sitios gubernamentales.

¹² Vid. www.contraloria.cl

¹³ Vid. <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Ciudadano/Inicio>

Si bien la información del portal institucional de la CGR es abundante, llama la atención, por ejemplo, que no se consigne ninguna resolución en el rubro de “resoluciones que afectan a terceros”. No cabe duda, por ejemplo, la relevancia pública que tiene la publicación de las resoluciones de los fiscales que instruyen sumarios administrativos y las resoluciones del Contralor General que las aprueban, de modo que la ciudadanía pueda conocer en qué términos se ha afinado el correspondiente procedimiento disciplinario.

Finalmente, aun cuando como se ha señalado anteriormente, la práctica de transparencia de la CGR responde a estándares de exigencias muy superiores a las que cumplen, en general, los servicios públicos, siempre hay elementos en que se puede mejorar, y a este respecto cabe señalar uno que se estima relevante. Dado que la CGR tiene un régimen jurídico especial en esta materia, las estadísticas que a su respecto se deben generar no están a cargo del MINSEGPRES ni del CPLT, por ello, se carece de datos que permitan evaluar cuantitativamente algunos aspectos como: el número de requerimientos de información que se le han presentado; número de respuestas o de denegatorias de información y las causales esgrimidas, número de reclamaciones que se le han interpuesto y los respectivos fallos de los tribunales¹⁴; la efectividad o el encauzamiento que han recibido las denuncias que se le han presentado a través del portal ciudadano, entre otras. Ciertamente, existen algunas cifras que constan en la cuenta pública del Contralor General y de los Contralores Regionales, pero no son fácilmente accesibles al ciudadano común.

4. Recursos y Reclamos de Transparencia.

En este punto es de interés tratar tanto lo resuelto por la CGR en los reclamos que ha recibido por infracciones a la transparencia como los reclamos que ésta ha sido objeto ante tribunales superiores por atribuirle eventuales vulneraciones a sus obligaciones de transparencia. No se hará mención de la colaboración que la Contraloría General tiene en la tramitación de los sumarios por infracciones a la transparencia por cuanto ya nos hemos ocupado de este tema en otra oportunidad (CAMACHO: 2012b).

Respecto del primer punto señalado, cabe destacar que la CGR ha sido deferente de la competencia del CPLT absteniéndose de conocer los reclamos que se le han presentado por infracciones a la transparencia de los servicios públicos, reenviando a los reclamantes hacia el Consejo. Por consiguiente, señala: “cumple esta Entidad de Control con manifestar, en relación con la primera solicitud, que de conformidad a lo dispuesto en el artículo primero de la ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que aprobó la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, cuyo artículo 31 creó el Consejo para la

¹⁴ Si bien en la base de dictámenes de la CGR se consignan los informes que dicho órgano remite al Tribunal correspondiente, éstos no son fáciles de identificar. De igual modo, la Contraloría General no publicita los fallos que se han dictado en los procesos en los que ha sido la parte reclamada.

Transparencia, dicho organismo es el encargado de resolver los reclamos relativos a la falta de respuesta a una solicitud de información efectuada al amparo del mencionado derecho, luego de haber sido requerida la información, según el procedimiento que establece la referida ley (aplica dictamen N° 68.314, de 2009)¹⁵.

Cabe subrayar la aplicación que la CGR ha realizado del “principio de facilitación” (artículo 11, letra f) LT) que vincula su actuación. A este respecto el Órgano Contralor determinó la entrega de la información al reclamante que circunstancialmente estaba en su poder, resolviendo que: “Sin perjuicio de lo anterior, considerando que dicho instrumento de planificación territorial –aprobado mediante la resolución N° 153, de 2012, del referido Gobierno Regional de Valparaíso– se encuentra actualmente en trámite de control preventivo de juridicidad ante este Organismo de Control, la petición de antecedentes formulada por el recurrente será atendida a través de la Unidad de Acceso a la Información de esta Entidad de Fiscalización, a la cual se remite copia de esta presentación para tales efectos” (Dictamen N° 48.647 de 2012).

En relación con los reclamos que se han interpuesto contra el Órgano Contralor, la sentencia de la CA de Valparaíso recaída en la causa Rol 2.329-2012 esclarece los alcances de la obligación de transparencia activa en lo que respecta a los pronunciamientos emitidos por las autoridades desconcentradas de la CGR. En este caso, se interpuso reclamo contra la CGR por vulneración a obligaciones de transparencia activa. En particular, se denunció a la CGR por no haber publicado en el sitio web de la institución, dos oficios emitidos por la Contraloría Regional de Valparaíso. El argumento que esgrimió la CGR para solicitar el rechazo de la reclamación y que fue acogido por el alto tribunal, fue que dichos oficios no constituyen actos de carácter decisorio, razón por la cual no asiste el deber de transparencia respecto de éstos. De acuerdo al informe de la CGR emitido mediante dictamen N° 20.242 de 2013, el Contralor General se reitera en el criterio ya informado al reclamante sobre que “en la Base de Jurisprudencia de esta Contraloría General únicamente se publican los pronunciamientos firmados por el Contralor General o por los funcionarios de esta Sede Central especialmente autorizados, que son los que conforman la jurisprudencia administrativa, y no los oficios emanados de las sedes regionales, a las cuales solo les corresponde aplicar los criterios jurídicos contenidos en aquellos”. Atendiendo a lo señalado, la Corte resolvió, fundándose en lo dispuesto en la LT, respecto de la obligación de publicar de modo permanente en los respectivos sitios electrónicos los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros, en concordancia con la definición contenida en el artículo 3° de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, que “los dictámenes contenidos en los oficios en referencia, no tienen la aptitud de afectar derechos de terceros, ya sea creando, extinguiendo o modificando sus derechos, toda vez que el organismo contralor se ha limitado a constatar si las actuaciones denunciadas como ilegales se han ajustado a la normativa vigente. Por consiguiente, no se divisa que haya existido en el actuar del Organismo Contralor, incumplimiento alguno al

¹⁵ Vid. Dictámenes N° 48.647 y 36.580, ambos de 2012.

deber de transparencia activa, por lo cual, solo cabe rechazar el reclamo de ilegalidad interpuesto en su contra” (Considerando séptimo)¹⁶.

IV. Problemática relación entre la jurisprudencia administrativa de la contraloría general y la jurisprudencia de transparencia del consejo para la transparencia.

En relación con este punto hemos escogido tratar solo dos problemáticas en los siguientes apartados: A) Contraloría General y Protección de datos; y B) Los órganos privados vinculados al cumplimiento de la función administrativa.

1. Contraloría General de la República y Protección de datos

Una de las atribuciones más importantes del CPLT está contenida en la letra l) del artículo 33 LT, en virtud de la cual se le encomienda “Velar por el adecuado cumplimiento de la ley 19.628, de protección de datos de carácter personal, por parte de los órganos de la Administración del Estado”. Esta atribución le ha permitido al CPLT formular una jurisprudencia preocupada por la protección de datos personales buscando armonizarla con el principio de transparencia¹⁷. En cumplimiento de esta función el CPLT ha dictado Recomendaciones sobre Protección de Datos Personales por parte de los Órganos de la Administración del Estado (D.O. 14.09.2011), entendiéndose que esta protección tiene “por finalidad asegurar a las personas un espacio de control sobre su identidad y de libre manifestación de su personalidad”. El CPLT ha sido cauto en esta materia por cuanto a pesar de la expresa atribución que se le otorga en el precepto ya citado, el legislador omitió reconocerle medios jurídicos relacionados con esta facultad que le permitieran ser eficaz en la protección de los datos personales. Así, en vez de dictar una instrucción general como lo ha hecho en todo lo relacionado con el derecho de acceso a la información pública, en esta materia se ha limitado a establecer recomendaciones a los servicios públicos, cuyo cumplimiento dependerá de la buena voluntad de éstos. El CPLT buscó consignar pautas que colaboraran para la correcta aplicación de la ley 19.628.

Dado el carácter facultativo de estas recomendaciones llama la atención que la Contraloría General prescinda de atender a éstas, no obstante que no le debe ser ajena la preocupación por el resguardo de una dimensión de la personalidad acechada por los riesgos tecnológicos. Para ilustrar este tema se tomará brevemente el ejemplo de SIAPER. Así, es importante que los datos contenidos en la base SIAPER que administra la Contraloría General, se cña al principio de proporcionalidad y de finalidad con el objeto de evitar la afectación de derechos que potencialmente supone ello por cuanto

¹⁶ Vid. Sentencia CA de Valparaíso Rol N° 2.329-2012, de 24 de abril de 2013.

¹⁷ CAMACHO (2012a).

la información ahí contenida, al obrar en un órgano administrativo –la Contraloría General– se presume información pública y eventualmente sujeta al principio de máxima divulgación.

Ahora bien, los datos que se contienen en esta base SIAPER reflejan un poder amplio del Ente de Control para capturar, almacenar, procesar y transmitir datos personales como la referida a toda la información personal y profesional, datos de salud, datos sobre la ciudadanía y situación militar de los funcionarios y sobre exigencias de deberes que amparan la probidad administrativa orientadas a evitar conflictos de intereses. No existiendo por parte del Órgano Contralor una regulación de un procedimiento para que los titulares de los datos conozcan la existencia de las bases de datos que contienen información sobre los distintos aspectos de su vida y puedan acceder a ella, a fin de mantener un control que les permita corregirla, cancelarla o reservarla¹⁸.

2. Los órganos privados vinculados al cumplimiento de la función administrativa.

La jurisprudencia del CPLT da cuenta que las obligaciones de transparencia han sido en no pocas ocasiones resistidas por algunas entidades esgrimiendo el argumento de estar exentos de la aplicación de la LT. Esta tesis ha sido empleada por entidades de diverso tipo, entre ellas, las universidades públicas y algunos institutos y corporaciones creados como personas jurídicas de derecho privado. Con esta ocasión las decisiones del CPLT han sido reclamadas ante las Cortes de Apelaciones e incluso (como el caso de la Universidad de Chile) han llegado a la jurisdicción constitucional. Es de destacar que las sentencias dictadas tanto en sede judicial como constitucional han compartido el criterio del CPLT, quien, atendiendo a la finalidad que debe cumplir la entidad, las autoridades que la dirigen y la gestionan, así como a la fuente de su financiamiento, ha levantado el velo y descubierto su naturaleza de servicio público. Así, el CPLT ha sostenido que en estos casos la LT les es aplicable por cuanto constituyen “servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa” (artículo 2° inciso 2°LT), criterio que ha sido ratificado en la jurisprudencia judicial y constitucional.

Son dos los puntos controvertidos que la labor dictaminadora zanja de forma separada. El primero, relacionado con la pertinencia de aplicar la LT a entidades que no integran formalmente la Administración del Estado (vr.gr. CIMM, SERCOTEC, las corporaciones municipales); y el segundo, relacionado con la competencia normativa y fiscalizadora del CPLT respecto de las obligaciones de transparencia activa.

Sobre el primer punto controvertido el criterio de la CGR es amplio para establecer la obligación de estas entidades para regirse por algunas normas de derecho público, entre las cuales se encuentra la transparencia de sus actuaciones. En este contexto,

¹⁸ MONTANO (2013), pp. 188-189. A este respecto señala el Dictamen N° 6.576 de 2010, en el que la Contraloría General desestima la petición de eliminación de medidas disciplinarias de la hoja de vida de un funcionario de Gendarmería, por cuanto estima que no es un dato caduco.

la ocasión para contrastar la opinión del Órgano Contralor se dio cuando algunas entidades empezaron a solicitar que ésta ejerza su función dictaminadora e interprete el artículo 2° de la LT. El Órgano Contralor, enfrentado a esta problemática, ha modulado su criterio tradicional ligado a la noción de Administración del Estado. Es sabido que la CGR no reconoce a entidades como las empresas privadas del Estado y las corporaciones municipales como entidades comprendidas en el inciso 2° de la LOCBGAE, por consiguiente, formalmente no son integrantes de la Administración Pública y sus funcionarios no tienen la calidad de funcionarios públicos, por lo que las reglas de derecho privado en su actuación son las que naturalmente se aceptan. Esta situación configuraba una expectativa razonable que la CGR extendería este criterio en la interpretación del ámbito de aplicación definido por la LT, por lo que estas entidades serían excluidas de su aplicación. El razonamiento de los recurrentes de fondo era que si a juicio de la CGR estas entidades no constituyen servicios públicos integrantes de la Administración del Estado, tampoco estarían sujetos a la regulación de la LT, sin embargo, otro fue el resultado como seguidamente se explica.

La Contraloría General, siguiendo un hilo conductor similar al optado por el CPLT, llegó a un resultado proclive a la transparencia, estableciendo respecto del CIMM¹⁹ y entidades semejantes que “no obstante constituir personas jurídicas de derecho privado, se encuentran en una situación especial, puesto que su creación no obedece a la libre iniciativa de particulares, sino que tiene su origen en una disposición legal que habilita a determinados órganos públicos para constituir las, en términos que aseguren una posición dominante del Estado en su gestión. De esta manera, en ellas está presente de un modo preeminente el interés público, en razón de la participación que tiene el Estado en sus recursos y/o en su dirección, toda vez que, en lo sustantivo, este último, por medio de formas propias del derecho privado, también persigue satisfacer necesidades públicas. Lo expuesto justifica que a esas entidades se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controladas en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado a través de ellas respete la preceptiva orgánica aplicable y no adolezca de irregularidades. Considerando lo antes expuesto a juicio de esta Contraloría General, lo previsto en el artículo 2°, inciso tercero, de la mencionada Ley de Transparencia, debe entenderse referido a todas las entidades a través de las cuales el Estado actúa en los términos señalados, y que la mención a las empresas y sociedades y a la participación accionaria que efectúa esta norma, en ningún caso excluye a las corporaciones y otros tipos de personas jurídicas de derecho privado, que la ley ha autorizado constituir al Estado para la consecución de sus cometidos. [...] Pues bien, siendo el CIMM una persona jurídica de derecho privado, creada por organismos estatales, con aporte de éstos a su patrimonio y cuyo consejo directivo está integrado mayoritariamente por

¹⁹ Entidad que se constituyó por organismos estatales –la Corporación de Fomento de la Producción, la Empresa Nacional de Minería y la Corporación del Cobre, actual Comisión Chilena del Cobre–, ejerciendo las facultades otorgadas por el artículo 61 de la ley N° 12.434, como una persona jurídica de derecho privado cuyo objeto consiste, básicamente, en desarrollar investigación, creación y desarrollo de técnicas y procesos dirigidos a perfeccionar los procesos de extracción de minerales, especialmente metalurgia del cobre.

personeros de estos últimos, es dable deducir que se trata de un conjunto de órganos del Estado que desarrollan determinadas áreas de su actividad unidas bajo la forma de una corporación privada, en la cual tienen predominio, en su patrimonio y en sus órganos de administración, todo ello en virtud de la autorización expresa que les otorgara el artículo 61 de la ley N° 12.434. En estas condiciones, y de acuerdo con lo antes expresado, son aplicables a su respecto, los principios básicos de gestión propios del derecho público, uno de los cuales es, precisamente, el de la transparencia de sus actuaciones y que posibilita el consiguiente control de las mismas, lo cual recoge la preceptiva en referencia²⁰.

El criterio señalado fue estabilizado y extendido a entidades similares al CNMM, tales como SERCOTEC y el CIRN, despejándose toda duda sobre la aplicación de la LT a estas entidades pues “en esas instituciones está presente de un modo predominante el interés público [...] a juicio de esta Contraloría General, lo previsto en el artículo 2°, inciso tercero, de la mencionada Ley de Transparencia, debe entenderse referido a todas las entidades a través de las cuales el Estado actúa en los términos señalados, y que la mención a las empresas y sociedades y a la participación accionaria que efectúa esta norma, en ningún caso excluye a las corporaciones y otros tipos de personas jurídicas de derecho privado, que la ley ha autorizado constituir al Estado para la consecución de sus cometidos²¹.

Respecto del segundo punto controvertido que interesa analizar, esto es, sobre la competencia del CPLT para normar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa por parte de este tipo de entidades, se hace necesario recapitular los pronunciamientos de la CGR en los casos de la ZOFRI y las corporaciones municipales. En la oportunidad se demandó el pronunciamiento de la CGR para que a través de su facultad dictaminadora esclareciera el ámbito de competencia del CPLT en relación con la ZOFRI y otras empresas en las que el Estado tiene más del 50% de participación o mayoría en su directorio. Enfrentado al problema el Órgano Contralor corroboró que el CPLT no tiene competencia en esos casos haciendo reposar su fundamentación en que estas entidades no forman parte de la Administración del Estado “[...] del análisis de las normas de la Ley de Transparencia y de la ley N° 20.285 en su conjunto –señaló la Contraloría General–, se puede apreciar que no existe disposición que expresamente establezca alguna atribución al Consejo para la Transparencia sobre las sociedades con participación accionaria del Estado superior al 50% o en que éste tenga mayoría en el directorio. En el mismo sentido, cabe agregar que la sujeción de las mencionadas sociedades al principio de transparencia de la función pública, en los términos que indica el artículo décimo de la ley N° 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al aludido Consejo respecto de ellas. Atendido lo expuesto, esta Contraloría General cumple con manifestar que la Zona Franca de Iquique S.A. no se encuentra sujeta a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia

²⁰ Dictamen N° 37.493 de 2010.

²¹ Dictamen N° 44.554 de 2010.

del Consejo para la Transparencia²². Sin embargo, resuelve en sentido contrario ante una invocación de la empresa pública ENAP fundamentando que ésta sí forma parte de la Administración del Estado. De este modo, la CGR desestimó extender a esa empresa pública el criterio contenido en el mencionado dictamen solicitado por la ZOFRI, concluyendo que “es necesario concluir que ENAP, en tanto constituye una empresa pública creada por ley se encuentra sometida a las potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas que la Ley de Transparencia confiere al Consejo para la Transparencia en relación con la cautela del principio de transparencia formulado en ella y con el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa que, para las entidades de esa naturaleza, establece el artículo décimo de la ley N° 20.285²³”.

Aplicando a las corporaciones municipales los criterios diferenciadores señalados, la CGR concluyó a semejanza de lo que decidió en el caso de la ZOFRI que el CPLT no tiene competencias fiscalizadoras sobre este tipo de entidades. Con claridad la CGR dictaminó en esta oportunidad “[...] debe destacarse que el objeto básico de las personas jurídicas de que se trata, consiste en la realización de las funciones públicas... que se refieren a la educación y a la salud pública, y que aun cuando pueden ser desarrolladas en forma directa por estas instituciones, o con otros órganos del Estado, son tareas propias de los municipios por lo que el Estado contribuye al financiamiento de las corporaciones en estudio [...] Como puede apreciarse, en estos entes jurídicos está presente de un modo predominante el interés público, y aunque no es posible considerarlos como organismos integrantes de la Administración del Estado, se justifica que se les apliquen determinadas normas que les exigen brindar información o ser controlados en términos similares a los órganos públicos, justamente para resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado, a través de ellos, respete la preceptiva orgánica correspondiente, y no adolezca de irregularidades [...] En mérito de lo expuesto, debe concluirse que es aplicable a las corporaciones municipales constituidas conforme al mencionado artículo 12 del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063 el principio de transparencia. [...] del análisis de las normas de la ley N° 20.285 aparece que ninguna de ellas establece alguna atribución del Consejo para la Transparencia sobre este tipo especial de corporaciones de derecho privado, por lo que la sujeción de éstas al principio de transparencia de la función pública, en los términos que ordena el artículo décimo de la ley N° 20.285, no importa el otorgamiento de potestades al referido Consejo respecto de ellas. En mérito de las consideraciones que preceden, esta Contraloría General cumple con manifestar que las corporaciones municipales... si bien deben sujetarse al principio de transparencia de la función pública, en los términos previstos en el artículo décimo de la ley N° 20.285, ello no implica que tales entidades se sometan a las potestades normativas ni a la fiscalización o supervigilancia del Consejo para la Transparencia, razón por la cual no compete a ese organismo impartir instrucciones

²² Dictamen N° 44.462 de 2010.

²³ Dictamen N° 63.868 de 2010. Este Dictamen fue confirmado por el Dictamen N° 65.461 de 2010.

destinadas a regular el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información pública por parte de las señaladas corporaciones”²⁴.

En conclusión, la CGR ha establecido un criterio amplio para la aplicación del principio de transparencia a las entidades privadas que no forman parte de la Administración del Estado, pero que sí sirven a la consecución del cumplimiento de los fines de éste. Sin embargo, ello, a juicio del Ente Contralor, no supone reconocer que estas entidades están sometidas a la fiscalización del CPLT. A este respecto, se genera un vacío, pues estas entidades carecerían de un ente fiscalizador especializado que garantice el cumplimiento de sus obligaciones de transparencia.

V. Reflexiones Finales

La Contraloría General ha cumplido un rol importante para materializar el actual régimen de transparencia que es uno de los más avanzados del orbe. Su contribución ha sido relevante no sólo como precursora de la LAIP sino que por la amplia trayectoria y reconocimiento que ha logrado en su larga vida institucional continúa siendo gravitante para el éxito del sistema y la consolidación del ámbito competencial que el CPLT busca delinear con mayor precisión.

Concierne a la CGR desarrollar las normas que concilien el principio de transparencia con la debida protección de los datos personales que esa entidad trata en cumplimiento de sus funciones. Ello constituye un desafío y una oportunidad para construir pautas que sirvan de referentes para la actuación de los servicios públicos respaldados por la autorricas que el Órgano Contralor posee.

En general, lo desarrollado por la Contraloría General en materia de transparencia da muestra de la amplia experiencia y compromiso que ésta tiene con los valores de probidad y transparencia públicas.

VI. Referencias Bibliográficas.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, A. (1994): *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado social y Democrático de Derecho*, Editorial Tecno, Madrid.
- CAMACHO CÉPEDA, G. (2011): “La Efectividad del Consejo para la Transparencia en la tutela del derecho de acceso: un balance de lo jurisprudencial del caso chileno. Ponencia al Tercer Congreso Iberoamericano y Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Administrativo”, UNAM, México D.F. Disponible en: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/GladysCamacho.pdf> [consulta: 10 de mayo de 2013].

²⁴ Dictamen N° 75.508 de 2010.

- ____ a) (2012): “Transparencia pública y protección de datos personales en Chile”, en: *Revista de Derecho Público*, Volumen 77, 2° Semestre, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, pp. 37-65.
- ____ b) (2012): “La Contraloría General y el Control de las Infracciones a la Transparencia”, en obra colectiva *La Contraloría General de la República. 85 años de Vida Institucional (1927-2012)*, Contraloría General de la República, Santiago, pp. 251-268.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2012): *Manual de Buenas Prácticas para la Tramitación de Solicitudes de Acceso a la Información, Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública*, Unidad de Acceso a la Información, Gabinete del Contralor General, Santiago.
- ____ [Internet] Disponible en: www.contraloría.cl
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, P. y GÓMEZ ZÚÑIGA, K. (2012): *Ley N°20.285, Regímenes Especiales De Transparencia: Ministerio Público, Tribunal Constitucional y Justicia Electoral*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago. Disponible en: <http://www.tesis.uchile.cl/handle/2250/112847> [consulta el 10 de mayo de 2013].
- GUERRERO GUTIÉRREZ, E. y RAMÍREZ DE ALBA LEAL, L. (s/f): “La Transparencia en México en el Ámbito Subnacional: Una evaluación comparada de las Leyes Estatales”. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2251/8.pdf> [consulta el 10 de mayo de 2013].
- MONTANO VALENZUELA, C. (2013): *El Sistema de Información del Personal del Estado (SIAPER) a cargo de la Contraloría General de la República. Análisis desde la perspectiva del Principio de Transparencia y de la Protección de Datos Personales*, Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.
- PANTOJA BAUZÁ, R. (1998): *La Organización Administrativa del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- PRO ACCESO. [Internet] Disponible en: <http://proacceso.cl/> [consulta el 12 de mayo de 2013].
- SÁNCHEZ R., M. (2005): “Secretismo en Chile: Revisión de la práctica administrativa 2001-2005”. Disponible en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-25.4785762907/folder.2005-10-25.3074147462/30%20secretismo.pdf [consulta el 10 de mayo de 2013].
- ZÚÑIGA URBINA, F. (2007): “Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (A Propósito de las Aporías de la “Democracia Constitucional)”. *Ius et Praxis*, Talca, v. 13, n. 2., pp. 223-244. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200010&lng=es&nrn=iso>. accedido en 13 mayo 2013. doi: 10.4067/S0718-00122007000200010.

Jurisprudencia

Sentencia Rol N° 1051-2008, de 10 de julio de 2008, Control de Constitucionalidad del proyecto de ley sobre acceso a la información pública. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=1051>> [consulta: 10 de mayo de 2013].

Sentencia CA de Valparaíso Rol N° 2.329-2012, de 24 de abril de 2013.

Dictamen N° 48.647 de 2012

Dictamen N° 48.647 de 2012

Dictamen N° 19.522 de 2013

Dictamen N° 21.785 de 2013

Dictamen N° 44.462 de 2010

Dictamen N° 37.493 de 2010

Dictamen N° 44.554 de 2010

Dictamen N° 63.868 de 2010

Dictamen N° 65.461 de 2010

Dictamen N° 75.508 de 2010.

Siglas empleadas:

CGR: Contraloría General de la República;

CPLT: Consejo para la Transparencia;

CA: Corte de Apelaciones;

CIMM: Centro de Investigaciones Minera y Metalúrgica;

SERCOTEC: Servicio de Cooperación Técnica;

CIRN: Centro de Información de Recursos Naturales;

LAIP: Ley de Acceso a la Información Pública;

LT: Ley de Transparencia;

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico;

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional;

LOCCGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República N° 10.336;

MINSEGPRES: Ministerio Secretaría General de la Presidencia.