

El Principio de Transparencia, el Derecho de Acceso a la Información Pública y el Consejo para la Transparencia ante el desafío de la nueva Constitución

José Antonio Viera-Gallo

Santiago de Chile, Enero del 2021

El país está en un proceso constituyente a la luz de lo prescrito en la Ley 21.200 que modificó el Capítulo XV de la Carta Fundamental estableciendo un mecanismo especial para elaborar una nueva Constitución.

No antes del mes de mayo próximo entrará en funcionamiento una Convención Constitucional que tiene por objetivo único elaborar el texto de la nueva norma fundamental, que luego será sometido a un plebiscito ratificatorio.

La reforma constitucional aludida le fijó a la Convención un marco jurídico claro que comprende el respeto al régimen republicano y democrático, a los tratados internacionales vigentes y a las sentencias judiciales firmes.

Precisamente, como veremos en este Informe, el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública se encuentran dentro de esos criterios. Están consagrados en tratados internacionales a los cuales Chile ha adherido y son parte esencial de la sentencia *Claude vs Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y que obliga a nuestro país.

El desafío de la Convención es diseñar un orden constitucional coherente que consagre explícitamente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública (DAI), y determine el rango jurídico adecuado para que el Consejo para la Transparencia (CPLT) pueda cumplir cabalmente sus actuales funciones y las nuevas competencias que se le pudieren

entregar tanto respecto a todos los órganos del Estado como en lo referente a la protección de datos personales.

El presente documento entrega información para facilitar la deliberación constitucional. A partir de la experiencia positiva desde la dictación de la Ley 20.285 y de la evolución que el tema está teniendo a nivel internacional, se aboga en favor de dar un paso ulterior en favor de la transparencia aprovechando la ocasión para solucionar algunos de las dificultades, insuficiencias o incongruencias, tanto constitucionales como legales, que hoy se advierten.

Una clara decisión de la Convención Constitucional sería la señal de que Chile puede entrar en una nueva etapa política con una ciudadanía más informada y participativa.

I.- El derecho de acceso a la información pública (DAI) y la transparencia como obligación internacional

El DAI es un derecho ampliamente reconocido internacionalmente. Haciendo abstracción del caso de Suecia donde fue consagrado en 1776, se trata de un derecho de configuración reciente, tanto en el mundo anglosajón como en el Continente europeo y en América Latina.

Ha cobrado particular importancia como una expresión de la exigencia de transparencia de la gestión pública y de participación ciudadana en los asuntos del Estado y de un mayor control para evitar desviaciones de poder y corrupción.

Este derecho surgió intrínsecamente unido a la libertad de expresión, por cuanto deriva del derecho a recibir y buscar información. Sus primeros impulsores fueron los periodistas y luego las organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la defensa de distintos valores y principios, que precisaban de la información en poder del Estado para ejercer su profesión o bien para ser más eficaces en la protección y promoción de diferentes

causas de bien público. Se lo considera como un “derecho llave” que facilita el ejercicio de otros derechos¹

Hoy se ha vuelto un sentido común de los ciudadanos y de la comunidad jurídica.

En este proceso ha influido también la mayor conciencia de la importancia que tiene el manejo de los datos personales por parte de los centros de acopio y procesamiento gracias al empleo creciente de la inteligencia artificial (big data). Gran parte de esos centros están en el ámbito de los Estados, si bien aumentan los que realizan las grandes empresas multinacionales, especialmente las que se dedican al manejo y trasmisión de la información por internet.

En muchos países, entonces, se dictaron leyes de protección de los datos personales, que contemplaban un recurso especial a disposición de los ciudadanos para conocer sus datos personales que obraban en poder de los bancos de datos y así, eventualmente, poderlos eliminar, completar o rectificar; ese recurso se conoce como *habeas data*. Si los ciudadanos podían acceder a sus propios datos, ¿por qué no podrían conocer la información pública que pudiera ser relevante para saber la marcha del país y, si fuera el caso, actuar para incidir en ella?

El derecho de acceso a la información pública nació de la mano con el principio de transparencia del Estado en un doble sentido: la autoridad fue conminada por ley a poner a disposición del público una serie de informaciones sobre las distintas reparticiones estatales (transparencia activa) y a responder a las peticiones de información formuladas por los ciudadanos (transparencia pasiva). En varios países se estableció un órgano

¹ Consejo para la Transparencia, Cuaderno N° 20, Octubre de 2017, *El Derecho de Acceso a la Información Pública como Derecho Llave para el Acceso a otros derechos fundamentales*; la posición del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de la Relatoría de Libre Expresión de la OEA.

público autónomo encargado de velar por el cumplimiento de ese deber estatal: resolver en primera instancia las controversias que pudieran suscitarse por la negativa a proporcionar a tiempo y en forma completa la información requerida, controlar la transparencia activa de la Administración del Estado y dictar instructivos sobre la materia. Así ocurrió, por ejemplo, en Inglaterra, Escocia, México e Italia.

No es de extrañar, entonces, que la OCDE propusiera las siguientes orientaciones (OCDE, 2008) a sus estados miembros, entre ellos Chile, sobre la configuración del DAI:

- a) Apertura: principio general de máxima disponibilidad de información para uso del público, sólo restringida en los casos específicos que contempla la normativa.*
- b) Acceso y reutilización: mejorar el acceso a la información a través de internet y formatos electrónicos, además de promover su reutilización por distintos organismos públicos.*
- c) Inventario: disponer de listados con toda la información disponible y la forma que puede ser obtenida por los interesados.*
- d) Calidad: garantizar la calidad y la validez de la información entregada, expresada en un lenguaje claro.*
- e) Integridad: desarrollar buenas prácticas para garantizar la entrega integrada (no parcializada) de la información solicitada.*
- f) Uso de nuevas tecnologías y preservación de la información: mejorar las tecnologías que permiten buscar y acceder a la información. Igualmente trabajar en sistemas que permitan preservar la información para su uso futuro.*
- g) Propiedad intelectual: respetar los derechos de autor en la información entregada, pero igualmente generar*

mecanismo que permitan que quienes deseen renunciar a esos derechos puedan hacerlo y sea posible una mayor difusión de la información en manos de los organismos públicos.

- h) Precio: buscar que el precio no se transforme en una barrera de acceso a la información y que los valores que deben pagar los usuarios correspondan a los costos de producir y mantener la información requerida.*
- i) Competencia: el Estado debe mantener su neutralidad en el desarrollo de la actividad económica y no subsidiar a actores privados. Para eso se debe propender a que la información esté disponible para todos los actores que sean interesados y no sea exclusiva para sólo algunos de los actores privados.*
- j) Trabajo público-privado: favorecer el trabajo público-privado que permita la difusión más económica y masiva de la información.*
- k) Uso y acceso internacional: trabajar en sistemas que permitan estandarizar la entrega de información en los distintos países, para que esta pueda ser comparable.*
- l) Mejores prácticas: establecer sistemas de evaluación continua y desarrollo de mejores prácticas en la implementación, educación de los usuarios y fortalecimiento de las capacidades institucionales.*

Estos principios son complementarios con algunos de los planteamientos de la Open Society Justice Initiative, organización que promueve la creación de leyes de acceso de la información pública:

- a)** El rechazo de la entrega de información pública debe ser justificado por las autoridades que deniegan su acceso.

- b) Todas las personas deben tener derecho a apelar cuando se les niega el acceso a la información pública que han solicitado.
- c) Debe existir un órgano independiente al que puedan recurrir las personas a las que se le ha negado el acceso a información pública y que pueda analizar la pertinencia de la decisión tomada por las autoridades

Se abrió paso así la idea del “gobierno abierto”², a la cual Chile adhiere al participar de la Alianza por el Gobierno Abierto. En el cuarto plan sobre la materia presentado por Chile se afirma: *“La declaración de Gobierno Abierto adoptada por los integrantes de la Alianza para el Gobierno Abierto establece como principios fundamentales el aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales; el apoyar la participación ciudadana; el aplicar los más altos estándares de integridad profesional en el gobierno; y, el aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas La siguiente imagen da cuenta del papel central del derecho de acceso a la información”*³.

² La CEPAL tiene programas para implementarlo en la región: *“América Latina y el Caribe está llevando a cabo una profunda modernización de la gestión pública para lograr gobiernos más efectivos, eficientes y abiertos, para el beneficio de los ciudadanos. Un gobierno abierto se caracteriza por ser transparente y promover participación y esquemas de colaboración, con el fin de mejorar la calidad de los servicios públicos”*.

³ Cuarto Plan de Acción de Gobierno Abierto 2018-2020, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Entre sus iniciativas se menciona el proyecto de datos abiertos mediante la creación de una Plataforma Estatal más accesible al público.

El siguiente cuadro grafica lo señalado⁴.



Fuente: Ramírez-Alujas y Dassen, 2012

Hoy en día el DAI además forma parte de los proyectos de modernización del Estado y de renovación de la democracia, favoreciendo un papel más protagónico de los ciudadanos en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas.

Cabe, también, indicar que esta materia se entrelaza con la lucha contra la corrupción, que se ha transformado en uno de los grandes flagelos de los sistemas políticos y de la sociedad en general, particularmente en América Latina⁵. La transparencia,

⁴ Alejandra Naser y Álvaro Ramírez Alujas, *Plan de gobierno abierto. Una hoja de ruta para los gobiernos de la región*, CEPAL, 2012.

⁵ *Report of the Expert Advisory Group on Anti-corruption, Transparency and Integrity in latin America and the Caribbean, BID 2018*. VER Informes del interamerican Dialogue y CESLA, además del Índice Anual sobre percepción de la Corrupción a nivel mundial de Transparencia Internacional.

que permite el control ciudadano y la deliberación política, va cerrando las oportunidades para los abusos de poder. Así lo señalan las diversas convenciones internacionales contra la corrupción y la acción de organismos de la sociedad civil como Transparencia Internacional en su agenda post pandemia⁶.

La transparencia tanto en el sector público como privado y la sociedad civil, permite la detección temprana de los riesgos de corrupción contribuyendo a prevenirla. Los conflictos de intereses de las autoridades y de quienes toman decisión en las empresas constituyen un área propensa para incurrir en malas prácticas.

La transparencia no elimina la corrupción, pero la dificulta, favoreciendo la vigilancia legal y el control ciudadano, donde los medios de comunicación y las redes sociales tienen un papel relevante, alimentados por el DAI.

La transparencia es un atributo del Estado democrático del siglo XXI. No formaba parte del ideario democrático clásico fundado en la idea de la delegación de mandatos por parte del pueblo soberano mediante elecciones libres y periódicas; sin embargo, en nuestro tiempo la corrupción se ha convertido en una de las mayores amenazas para el buen funcionamiento de la democracia y de los mercados. Hoy la gente exige estar informada de las decisiones que se toman, cuáles son sus objetivos y efectos, qué métodos se usan, quiénes las financian y quiénes se benefician.

Por eso se habla de mejorar la transparencia y la probidad con un enfoque integral.

El acceso a la información pública se sitúa en un cruce medular de los procesos políticos en curso, donde se encuentran

⁶ En el Documento *Adelantándose a la curva: explorando las tendencias post covid-19 y su impacto en la lucha contra la corrupción, la gobernanza y el desarrollo*, Berlín 2020, que advierte sobre el peligro que la crisis sanitaria y económica restrinja innecesariamente los derechos fundamentales y autoridades y empresas puedan actuar sin los debidos controles invocando la emergencia.

la participación ciudadana, la rendición de cuenta de las autoridades, la libertad de recibir y buscar información, el manejo de los datos personales por grandes conglomerados, la modernización del Estado, el gobierno abierto y la lucha contra la corrupción

Ello explica que el derecho de acceso a la información pública haya sido recogido explícitamente en diversos textos constitucionales, tales como:

- La Constitución de Bolivia en su artículo 21
- La Constitución de Brasil en su artículo 5, incisos XIV, XXXIII, y LXXI.
- La Constitución de Colombia en su artículo 74
- La Constitución de Costa Rica en su artículo 30
- La Constitución de Cuba en su artículo 53
- La Constitución de Ecuador en sus artículos 18 y 91
- La Constitución de España en su artículo 105 b)
- La Constitución de Grecia en su artículo 5 A)
- La Constitución de Guatemala en sus artículos 30 y 31
- La Constitución de México en su artículo 6
- La Constitución de Noruega en su artículo 100
- La Constitución del Perú en su artículo 2
- La Constitución de Polonia en sus artículos 51 y 61
- La Constitución de Portugal en su artículo 268
- La Constitución de República Dominicana en su artículo 44
- La Constitución de Sud África en su artículo 32
- La Constitución de Venezuela en su artículo 28

La lista no es completa, pero es indicativa del estado del arte. En muchas Constituciones se consagra también el habeas data y en la de México se establece con rango constitucional el organismo público encargado de velar por el ejercicio del DAI delimitando su competencia, el Instituto Nacional de

Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

A fines del siglo XX, en cambio, los países que contaban con una legislación sobre la materia eran sólo 13. Hoy son más de 80 y en muchos otros hay proyectos en trámite. Igualmente abundan las declaraciones y los compromisos internacionales sobre la materia, como la Carta Democrática (2001), la Carta Iberoamericana sobre Participación Ciudadana en la gestión Pública del 2009 y diversas resoluciones de las NU y directivas de la UE.

En el artículo 4 de la Carta Democrática, los 35 estados miembros de la OEA acordaron que la transparencia en las actividades de Gobierno es uno de los componentes fundamentales del sistema democrático (junto a la probidad, el respeto a los derechos sociales y la libertad de expresión, entre otros). De hecho, en la declaración se sostiene que *“el acceso a la información pública es requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia”* (OEA, 2008)

Cabe destacar que en el ámbito de la OEA se viene trabajando en el DAI desde el 2003 hasta la aprobación de una primera versión de la Ley Modelo el 2010 y una segunda actualizada el 2020⁷. La Ley Modelo es un punto de referencia importante para todos los países de la región.

⁷ En esa Resolución se acuerda: “1.- Instar a los gobiernos de la región, a apoyar a los órganos especializados del acceso a la información y la transparencia y a consolidar las políticas públicas que fomentan la democracia participativa mediante el ejercicio eficaz de este derecho ciudadano...

3. Instar a los gobiernos de la región a que, si bien se tiene la necesidad de tomar medidas para contener la actual emergencia sanitaria, debe considerarse el carácter del derecho humano que reviste el acceso a la información pública, a fin de que no se implementen medidas que en la práctica anulen absolutamente el ejercicio de este derecho, sino que atendiendo al interés y orden público, se promuevan acciones de transparencia en materia de acceso a información pública durante la emergencia sanitaria y en particular aquellas que estén relacionadas con la pandemia del virus SARS-CoV2 (COVID-19) y la protección de otros derechos como son los vinculados a la salud, trabajo, educación, entre otros.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó jurisprudencia en el caso *Claude Reyes vs. Chile* en la sentencia emitida el 19 de septiembre del 2006, en la cual estableció, interpretando el artículo 13 de la Convención Americana, que la libertad de buscar la información comprende el acceso a la información pública es un derecho humano e instó al gobierno de Chile a garantizar su ejercicio en un plazo razonablemente breve. La Corte hace referencia a la existencia de un consenso regional sobre el DAI, a diversos instrumentos internacionales y al hecho que muchos países han adoptado normativa dirigida a proteger y regular el derecho de acceder a la información bajo el control del Estado.

Además, la Corte reafirma lo que hemos señalado en orden a la centralidad del DAI: *“El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública⁸⁹. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”* (considerando 87).

Este criterio ha sido luego reiterado y ampliado. Otro tanto ha ocurrido en diversas instancias jurisdiccionales europeas frente a demandas de organizaciones no gubernamentales pro acceso y pro transparencia.

Hoy podemos afirmar que no se discute la existencia de este derecho y que en muchos países ello ha sido recogido a nivel constitucional en forma explícita, mientras que en la mayoría ha dado origen a leyes pro transparencia y acceso a la información

pública en el entendido que desarrollan principios contenidos en sus respectivas constituciones.

Su adecuada implementación – como hemos dicho – se encuentra en el centro de los esfuerzos en favor de un gobierno abierto, la modernización del Estado y la lucha contra la corrupción, factores fundamentales para dar un nuevo impulso a la democracia.

Lo más pertinente es que tanto la transparencia como principio constitucional como un adecuado reconocimiento del DAI sean adoptados por la Convención, ya que son criterios obligatorios al encontrarse establecidos en tratados a los cuales Chile ha adherido y que se encuentran vigentes y formar el meollo de la sentencia firme de la CIDH en el caso *Claude vs Chile* que nos obliga como país⁸. Es importante clarificar este punto. La discusión debe centrarse, entonces, en cómo hacerlo de mejor manera, pues como veremos ello no ha ocurrido en la actual Constitución en forma inequívoca.

II.- Fundamento constitucional del derecho de acceso a la información pública y la transparencia en Chile

A partir de la sentencia de la Corte Interamericana del caso *Claude vs Chile* el 2006 se acelera el esfuerzo por lograr una

⁸ La CIDH estableció en dicha sentencia que “Sin embargo, la Corte considera necesario reiterar que, de conformidad con el deber dispuesto en el artículo 2 de la Convención, el Estado tiene que adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos protegidos en la Convención, lo cual implica la supresión tanto de las normas y prácticas que entrañen violaciones a tales derechos, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. En particular, ello implica que la normativa que regule restricciones al acceso a la información bajo el control del Estado debe cumplir con los parámetros convencionales y sólo pueden realizarse restricciones por las razones permitidas por la Convención (supra párr. 88 a 93), lo cual es también aplicable a las decisiones que adopten los órganos internos en dicha materia” (Considerando 101).

legislación adecuada para garantizar el DAI. El tema venía planteándose desde que la Comisión Nacional de Ética Pública creada en 1994 recomendara legislar sobre el punto⁹. Se hicieron entonces cambios a la Ley de Bases de la Administración del Estado, pero no tuvieron el efecto esperado. La cultura jurídica no terminaba de mutar en favor de la transparencia.

En ese contexto, la reforma constitucional del 2005 marca un hito relevante: introdujo en el nuevo artículo 8 inciso 2° el reconocimiento de que *“son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*, mandando a la ley la regulación de las excepciones para resguardar el debido cumplimiento de las funciones del respectivo organismo público, cuando se afecten el debido cumplimiento de la función pública, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

Esa propuesta no figuraba en ninguno de las dos mociones - de los cuatro Senadores de la Concertación y los cuatro de la Alianza por Chile- que impulsaron el proceso de cambio constitucional durante el gobierno de Ricardo Lagos. Esos documentos, más allá de sus no pocas diferencias, apuntaban a poner en discusión los llamados “enclaves autoritarios” que aún permanecían en la Constitución. El tratamiento de la publicidad de los actos de las autoridades fue una iniciativa del Senador Hernán Larraín planteada durante la discusión, la que fue prontamente acogida.

Luego vino la ley 20.285 referida a la transparencia y el acceso a la información pública, surgida de una moción de los Senadores Jaime Gazmuri y Hernán Larraín, que fue objeto de una indicación sustitutiva por parte del gobierno de Michel Bachelet

⁹ La Comisión aconsejaba consagrar los principios de probidad y transparencia en la Constitución Política (recomendaciones 2 y 19, favorecer el control ciudadano y dictar una ley sobre acceso a la información en poder del Estado (recomendación 38), adelantándose a su época.

planteada al final de su tramitación, ante la Comisión Mixta de senadores y diputados. La ley fue promulgada el 13 de abril del 2009 con el número 20.285, y se implementó exitosamente ocho meses después, tras un período de vacancia breve en comparación con lo ocurrido en otros países.

Terminada la labor de la comisión Presidencial sobre la materia, se creó en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia la División de Probidad y Transparencia, que tuvo a su cargo poner en marcha la nueva legislación: hubo que elaborar el Reglamento, publicado el 13 de Abril del 2009, instalar el CPLT y preparar a la Administración del Estado para un cambio jurídico y cultural de enorme trascendencia, poniendo en práctica un plan de capacitación masivo de funcionarios públicos¹⁰.

La ley se dictó bajo el supuesto que el derecho de acceso a la información pública era un derecho implícito no configurado expresamente por la Constitución y que la mención de la publicidad en el artículo 8 reformado presuponía la transparencia. Efectivamente, su artículo 1° afirma: *“La presente ley regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información”*. Como se desprende de su redacción, se daba por entendido que existían tácitamente en la Carta Fundamental el principio de transparencia y el derecho de acceder a la información pública, parecer que la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema había confirmado al adoptar una interpretación armónica de diversos preceptos constitucionales: artículos 4, 8 y 19 N° 12, además de los artículos 1° y 19 N° 14.

¹⁰ Ver de mi autoría *Implementación de la Ley 20.285: una labor de equipo* en el libro *Transparencia en Chile. Logros y Desafíos* editado por Juan Emilio Cheyre y Nicolás Cobo, PUC y CPLT, Santiago de Chile 2014

Consecuente con esa ley se dictó la Ley 20.800 sobre participación ciudadana que introdujo un título IV nuevo en la Ley de Bases de la Administración del Estado, destinado a regular la forma de intervención de los ciudadanos en la gestión pública.

La existencia de derechos implícitos en la Constitución había sido reconocida por el Tribunal Constitucional y las Cortes en varios fallos, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 29 c) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se entendía que el artículo 5 de la Constitución al establecer que los derechos que emanan de la naturaleza humana son un límite al ejercicio de la soberanía y mencionar los tratados internacionales sobre la materia, reafirmaba la tesis que la enumeración de los derechos garantizados por el artículo 19 de la Constitución no era taxativa, sino abierta.

Efectivamente, el artículo 29 c) de la Convención Americana al referirse a las normas interpretativas de dicho instrumento, señala que ninguno de sus preceptos puede ser interpretado en el sentido de *“c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”*. Ese artículo también indica que la lista de derechos de la Convención Americana no es taxativa.

Los derechos humanos son un piso común valórico y jurídico, un derrotero, una directriz, que se van cristalizando en preceptos normativos con el correr del tiempo. No son un marco cerrado, menos una jaula. Ello ha permitido que los Estados hayan ido incrementando tales derechos de acuerdo con la evolución cultural. Así han surgido numerosos instrumentos internacionales sobre nuevos derechos: por ejemplo, derechos del niño, derechos de las mujeres, de las personas con discapacidad, de migrantes, de pueblos originarios, derechos relativos a la igualdad de

oportunidades, de trato y no discriminación etc.¹¹. Muchos de esos derechos se encontraban en germen en lo establecido por los instrumentos fundantes aprobados después de la Segunda Guerra Mundial (1948), diríamos en potencia, *in fieri*. El carácter expansivo de los derechos humanos ha suscitado más de una controversia. Pero no sobre la materia que nos ocupa.

Los derechos implícitos en la Constitución han sido reconocidos por los Tribunales de Argentina, Colombia, Guatemala, Perú, Uruguay, Brasil, Ecuador y Costa Rica, en materias como el derecho al agua, el derecho a morir dignamente, el derecho al nombre, el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a constituir una familia, entre otros. Otro tanto ha hecho la CIDH.

En Chile el Tribunal Constitucional ha reconocido algunos derechos implícitos: el derecho a la identidad personal y el derecho de acceso a la información pública¹². También ha señalado que el principio del “interés superior del menor” consagrado en la Convención de Derechos del Niño, es un parámetro para evaluar la constitucionalidad de los preceptos legales.

En el caso del DAI el Tribunal Constitucional lo ha relacionado directamente con el principio democrático del actual artículo 4, la publicidad de los actos y resoluciones de los poderes del Estado, según lo establece el artículo 8 inciso 2° y la libertad de expresión reconocida en el artículo 19 N° 12. Así lo dispuso en la sentencia Rol 634 (2007) en los considerandos 8) y 9). Este criterio jurisprudencial fue reiterado en múltiples casos. Así

¹¹ La Declaración Universal constituye, junto a los Pactos Internacionales de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el nudo gordiano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual conforma la rama más joven del Derecho Internacional Público.

¹² Ver STC Rol 226 de 1995, que establece el derecho a recibir información como parte sustancial de la libertad de expresión y reconoce la existencia de derechos humanos implícitos en la Constitución.

ocurrió, por ejemplo, al fallar requerimientos de Televisión Nacional de Chile y la Universidad de Chile impugnando algunas disposiciones de la Ley 20.285¹³.

En las sentencias roles 1732 del 2011 y 1800 del 2012 el Tribunal Constitucional también relacionó el derecho de acceso a la información pública con el inciso final del artículo 1 de la Constitución que establece el deber del Estado de asegurar a las personas el derecho de participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional, y con el artículo 19 N° 14 que reconoce el derecho de petición¹⁴.

El tema no era motivo de discusión hasta que la jurisprudencia constitucional tuvo un giro restrictivo con la sentencia Rol 2153 del 2012, recaída en el requerimiento relativo a la no publicidad de los correos electrónicos intercambiados entre el Subsecretario del Interior y el Gobernador de Melipilla de la época sobre dineros destinados a la reconstrucción post terremoto.

En ese fallo el Tribunal Constitucional adoptó una interpretación restrictiva de la Constitución, apegada al tenor literal de sus preceptos. Desvinculó el principio de publicidad de los actos del Estado respecto de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública, señalando además que la Constitución en el artículo 8 no habla de “información” sino sólo de actos y resoluciones (considerando 15), y afirmó además que la publicidad no es absoluta, pues debe compatibilizarse con el principio de servicialidad del Estado y los derechos de los funcionarios públicos, ni tampoco comprende a toda la actividad estatal (c.16). Sostuvo que el carácter reservado o secreto de un asunto no es algo de por sí reprochable o sospechoso y que esa

¹³ Ver Sentencias del Tribunal Constitucional roles 1732/2011, 1800/2011 y 1990/2012.

¹⁴ Marisol Peña, *El valor de la transparencia en la mirada del Tribunal Constitucional en Transparencia en Chile. Logros y desafíos*, editado por Juan Emilio Cheyre y Nicolás Cobo, PUC y Consejo para la Transparencia, Santiago de Chile 2014.

materia puede ser controlada por otras vías, como la administrativa (c.20). Luego afirmó que los correos electrónicos no son necesariamente actos administrativos y que quedan cubiertos por el respeto a la vida privada del artículo 19 N° 4 y la inviolabilidad de la correspondencia.

En síntesis, el fallo razona no siguiendo el criterio de la mayor publicidad, reconocido por la Ley 20.285, sino con una óptica restrictiva, relativizando el derecho de acceso a la información pública, al reducirlo únicamente a lo señalado literalmente en el artículo 8, desechando la presunción de la Ley 20.285 en orden a que toda información en poder del Estado o producida con sus fondos se estima pública. Concluye el fallo sosteniendo que los correos electrónicos son reservados al conocimiento ciudadano cualquiera que sea su naturaleza o contenido, invocando como hemos dicho la inviolabilidad de la correspondencia.

Así quedaban en el aire, sin sustento constitucional suficiente, algunos preceptos claves de la Ley 20.285:

- El Artículo 3: *“La función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.*
- El artículo 5 inciso 2°: *“Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas”.*
 - Artículo 10 inciso 2°: *“El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el*

formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales”.

- Artículo 11: “El derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado reconoce, entre otros, los siguientes principios:

- a) Principio de la relevancia, conforme al cual se presume relevante toda información que posean los órganos de la Administración del Estado, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento.

- b) Principio de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona goza del derecho a acceder a la información que obre en poder de los órganos de la Administración del Estado, con las solas excepciones o limitaciones establecidas por leyes de quórum calificado.

- c) Principio de apertura o transparencia, conforme al cual toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

- d) Principio de máxima divulgación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar información en los términos más amplios posibles, excluyendo sólo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales o legales.

- e) Principio de la divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda.

- f) Principio de facilitación, conforme al cual los mecanismos y procedimientos para el acceso a la información de los órganos de la Administración del

Estado deben facilitar el ejercicio del derecho, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.

- g) *Principio de la no discriminación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o motivo para la solicitud.*

- h) *Principio de la oportunidad, conforme al cual los órganos de la Administración del Estado deben proporcionar respuesta a las solicitudes de información dentro de los plazos legales, con la máxima celeridad posible y evitando todo tipo de trámites dilatorios.*

- i) *Principio del control, de acuerdo al que el cumplimiento de las normas que regulan el derecho de acceso a la información será objeto de fiscalización permanente, y las resoluciones que recaigan en solicitudes de acceso a la información son reclamables ante un órgano externo.*

- j) *Principio de la responsabilidad, conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones que esta ley impone a los órganos de la Administración del Estado, origina responsabilidades y da lugar a las sanciones que establece esta ley.*

- k) *Principio de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información de los órganos de la Administración es gratuito, sin perjuicio de lo establecido en esta ley”.*

El fallo le quitaba el piso a una parte sustantiva de la Ley 20.285 al admitir el recurso de inaplicabilidad denegando el acceso a correos electrónicos institucionales, intercambiados entre autoridades, que contenían información de interés público.

En la disidencia firmada por tres Ministros del Tribunal Constitucional, se sostiene la tesis contraria en el sentido que los correos electrónicos en que se contenga información de interés público deben darse a conocer, salvo que estén cubiertos por algunas de las excepciones establecidas por la Constitución y la ley. Ese discernimiento le compete al CPLT y no al titular o destinatario de esos correos. Los disidentes sostienen que la Constitución ha establecido un piso mínimo para la publicidad de los actos del Estado y el correspondiente derecho de acceso a la información pública, a partir del cual el legislador ha desarrollado legítimamente la normativa legal sobre transparencia.

Este fallo puso de manifiesto la precariedad constitucional tanto del principio de transparencia como del DAI. Es una manifestación de la supervivencia de la cultura de la reserva, que ha vuelto a aparecer recientemente en las dificultades que ha encontrado la Fiscalía para acceder a los correos electrónicos en el área del Ministerio de Salud, pese a que en este caso se invocan los principios propios de la investigación penal.

Sin embargo, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han seguido reconociendo en forma amplia tanto el principio de transparencia como el DAI, y no han suscitado una cuestión de constitucionalidad de los preceptos de la Ley 20.285 ante el Tribunal Constitucional¹⁵.

Se advierte además una confluencia entre las resoluciones del CPLT y la jurisprudencia de los tribunales: el 75% de los reclamos de ilegalidad en contra de las resoluciones del CPLT fueron rechazados.

La Corte Suprema en sentencia del 18 de diciembre del 2013, Rol 6785 sobre un recurso de queja, sostuvo una interpretación opuesta al comentado fallo del Tribunal Constitucional sobre los

¹⁵ Ver *Jurisprudencia. Ley de Transparencia 2009-2014*. Consejo para la Transparencia.

fundamentos constitucionales del DAI. En efecto, señaló: *“La Carta Fundamental asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información, el que se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 12 del Código Político –aunque no en forma explícita- como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas. La relevancia de este derecho público subjetivo queda de manifiesto al observar que reconocido inicialmente a nivel legal fue posteriormente recogido por la reforma constitucional de agosto de 2005 como una de las bases de la institucionalidad o como un principio fundamental del Estado Constitucional democrático, en que la publicidad es la regla y el secreto la excepción”* (Considerando 8°). Esta jurisprudencia ha sido reiterada en el tiempo.

La Corte Suprema incluso ha sostenido que un ciudadano puede acceder al conocimiento de correos electrónicos institucionales de una autoridad¹⁶, afirmando que *“En este mismo orden de ideas, no es posible estimar que la divulgación de la información contenida en los mencionados correos vulnere el derecho a la intimidad de las personas que los emiten, toda vez que, como se señaló, ella en el caso concreto no reviste el carácter de personal, sin perjuicio que, además, si eventualmente los correos electrónicos contuvieren información anexa a la solicitada referida a la intimidad o vida privada de los funcionarios que la emiten o receptionan, en la decisión de amparo se han adoptado todas las providencias necesarias para que ella no sea divulgada,*

¹⁶Sentencia 6 de noviembre de 2013, Recurso de Queja Rol N° 4060-2013

pues se ordena que la misma sea tarjada antes de su entrega, materializando así el principio de divisibilidad consagrado en el artículo 11 letra e) de la Ley de Transparencia.”(Considerando 8°).

Se puede, entonces, concluir que Chile cuenta con una buena Ley de Acceso a la Información Pública y un reconocimiento explícito del principio de transparencia en la Administración del Estado¹⁷, pero cuyo fundamento constitucional es débil, lo que habilita a que en diversas controversias se invoque algún precepto constitucional para cuestionar la aplicación de sus preceptos. Ello ha dado origen a una jurisprudencia oscilante, que refleja el proceso de avance de la cultura de la transparencia en el país.

Esta situación requiere ser clarificada.

Un antecedente importante para tener en cuenta es la moción de reforma constitucional presentada por varios senadores el 2013 como reacción a la situación descrita. En efecto, en su fundamento se señala que *“recientes sentencias de 2012 del Tribunal Constitucional muestran un retroceso jurisprudencial que los despoja del sustento y protección que concede el artículo 8° de la Constitución, al señalar que dicho artículo “No habla ni de acceso, ni de entrega, ni de transparencia”² circunscribiendo el derecho implícitamente solo a lo dispuesto en el artículo 19 N°12.*

A ello se agrega, la constatación a través de recientes estudios del Consejo para la Transparencia de que las principales barreras inhibitoras que condiciona la satisfacción del derecho de acceso a la información pública en la Administración son la debilidad de los procedimientos de respuesta estatal a las solicitudes de información pública y el desconocimiento ciudadano de la Ley.

¹⁷ El artículo 3 de la Ley de Bases de la Administración del Estado al enumerar los principios que deben ser observados por los funcionarios públicos señala la transparencia (Ley 18.575); y el artículo 13 señala: *“La función pública se ejercerá 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”*

La sumatoria de los referidos obstáculos exige una pronta reacción normativa que explicita en la Constitución Política el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública como parte integral del artículo 8 y el 19 N°12. Ello es un necesario llamado al Estado a inhibir los resabios de la tradición del secreto que aún se dejan entrever, ratificando de paso la inserción internacional de Chile y profundizando la democracia participativa que ha vitalizado la concreción de la transparencia y el acceso a la información pública como fundamento de legitimidad social del ejercicio de la función pública”.

La moción propone incorporar en el artículo 8° en forma explícita el principio de transparencia y en el artículo 19 N° 12 reconocer en forma clara el derecho a la información añadiendo la siguiente frase: *“Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado.”* El Senado lo aprobó con 34 votos a favor y 1 en contra incluyendo también en el artículo 8° una referencia al derecho de acceso a la información pública.

El Senador Larraín, autor del proyecto, expuso que el fundamento que motivó la iniciativa es que la información pública no es un privilegio de la autoridad sino un derecho ciudadano. Para ello hay que cambiar una cultura de secreto por una que instale estos conceptos para lograr mayor transparencia en nuestra función pública. Hará más efectivo el funcionamiento de los órganos públicos, facilitará el control ciudadano de la gestión pública y que los procesos democráticos sean más profundos. Destacó la participación del Consorcio Por la Transparencia, entidad que ha contribuido a la labor de transformación cultural a la que se aspira. Aseguró que el proceso no ha estado exento de dificultades, lo que se ha visto reflejado por fallos del Tribunal Constitucional que han desconocido el derecho a la información

pública. Precisamente esto último es lo que se busca revertir con este proyecto. Por su parte el Senador Harboe aclaró que este proyecto es una reacción a diversos fallos del Tribunal Constitucional que a partir del 2011 empezaron a variar los criterios amplios que imperaban de la norma sobre el principio de probidad. Por tanto, el Senado ha tenido que legislar para evitar que las mayorías políticas circunstanciales relativicen el derecho de acceso a la información pública.

Con leves modificaciones la Cámara de Diputados lo sancionó con el voto favorable de 119 diputados. Inexplicablemente la iniciativa fue perdiendo vigor y el Informe de la Comisión Mixta no ha sido discutido hasta ahora por ninguna de las dos cámaras pese a la urgencia que el Ejecutivo le ha puesto en algunas ocasiones.

Este criterio fue recogido por el proyecto de nueva Constitución enviado por Michelle Bachelet al Congreso Nacional al final de su período presidencial. Efectivamente, al garantizar la libertad de expresión señala: “17º.- *El derecho de las personas a informarse libremente y al acceso a la información disponible de los órganos públicos, sin más límite que los establecidos para la información reservada o secreta establecidos en el artículo 8º de esta Constitución*”; dicho artículo reitera lo que dispone la actual norma constitucional. Sin embargo, la iniciativa no se refiere al principio de transparencia y tampoco menciona al órgano encargado de vigilar el cumplimiento del derecho de acceso.

Así ha quedado sin resolver la ambigüedad constitucional respecto a esta materia hasta el día de hoy. Es de esperar que la Convención Constitucional aborde este problema para que exista en el futuro un fundamento constitucional armónico y sólido para el ejercicio del DAI y la implementación de la transparencia en el funcionamiento del Estado.

Así lo recomendó el Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, creado el 2015 durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet. En efecto, en una de sus conclusiones lo señala expresamente y añade: *“El Consejo recomienda garantizar el acceso a correos electrónicos institucionales en los mismos términos que la Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado establece actualmente para toda información pública”*.

Igual criterio han manifestado Chile Transparente y el Consorcio de Centros de Estudio formado por Chile 21, CEP, Espacio Público y Libertad y Desarrollo.

Así se podría seguir avanzando en la cultura y la práctica de la transparencia.

Los principales logros se han producido en el área de los recursos financieros, especialmente en lo relativo a la creación de modo permanente de la Comisión Mixta Especial de Presupuestos en el Congreso y el establecimiento de normas permanentes sobre administración financiera del Estado; compras públicas; rentas municipales; gestión del personal del Estado; procedimiento administrativo; entidades privadas receptoras de fondos públicos; empresas públicas; financiamiento de la política y control del gasto electoral; cambio de los delitos de corrupción de los funcionarios públicos; aumento de facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, modernización de la Controlaría General de la República; nuevo Código Procesal Penal y creación del Ministerio Público y de la Defensoría Penal; etc.

Además, cabe mencionar las leyes que se dictaron para que Chile pudiera pasar a formar parte como miembro pleno de la OCDE: responsabilidad penal de las personas jurídicas, sanción al cohecho de funcionario extranjero, cambios al gobierno

corporativo de las empresas públicas. Como contrapartida la OCDE apreció los avances realizados y en especial que el país contara con una ley de protección de los datos personales.

Como hemos visto, con la dictación de la Ley 20.285 se dio un paso decisivo en favor de la transparencia. Sus disposiciones hablan, precisamente, de transparencia activa y pasiva, y su puesta en marcha favoreció el establecimiento de un gobierno abierto. Con posterioridad se ha avanzado en diversos campos, particularmente en la desagregación del gasto público, de tal manera que los ciudadanos puedan conocer el destino de los recursos provenientes de sus impuestos, en la regulación del lobby (Ley 20.730) y en normas para evitar conflictos de intereses (Ley 20.880).

Sin embargo, se puede advertir que la puesta en práctica del principio de transparencia ha sido dispar, dependiendo mucho de la cultura institucional prevaleciente en cada repartición pública, de los recursos disponibles y del volumen y naturaleza de la información almacenada. Esto queda patente, por ejemplo, comparando el grado de transparencia activa de los diversos Municipios del país o de las empresas públicas. Un punto focal ha sido el Archivo Nacional, cuya ley base es de 1927 y que sólo tiene 3 sedes a lo largo del país y maneja un monto tal de información proveniente de los diversos servicios públicos, que requiere una actualización de su ley orgánica y una modernización de sus prácticas. Es preciso reconocer los avances realizados, pese al exiguo presupuesto puesto a su disposición.

El concepto de corrupción que se manejaba hace unos veinte años se ha ido expandiendo notoriamente. Si las agendas gubernamentales se focalizaron en la modernización del Estado (institucionalidad de compras públicas, manejo de la información pública), las conductas de los funcionarios públicos y en el financiamiento de las campañas políticas, en la actualidad su

atención se ha expandido a áreas novedosas como la buena fe en el manejo de los datos públicos (proyecto modificador de la ley sobre datos personales, proyecto que fortalece el INE), la libre competencia y el control del abuso de particulares (proyecto de ley sobre cohecho, proyecto de ley que fortalece la libre competencia, ley que fortalece el SERNAC).

Todos los indicadores muestran que Chile ocupa uno de los primeros lugares en América Latina en materia de probidad, sin embargo, la percepción de la ciudadanía respecto a las prácticas corruptas es alta, tal vez motivada por una serie de escándalos que han sacudido al país desde hace varias décadas.

En su informe *Government at a Glance* (2015), la OCDE analiza tres dimensiones de apertura de la información pública. Se trata de un análisis empírico, no una revisión de los cuerpos legales.

Las tres dimensiones analizadas son las siguientes: 1) Información disponible en los portales de Gobierno; 2) Accesibilidad a la información disponible en los portales de Gobierno; 3) Apoyo gubernamental a la reutilización de datos y a la participación de los interesados. Chile obtiene su mejor evaluación en Accesibilidad a la información disponible en los portales de Gobierno, ubicándose en el 6° lugar de los 29 países que fueron medidos. En las otras dos mediciones, Chile se ubica en los lugares 19 (apoyo gubernamental a la reutilización de datos y a la participación de los interesados) y 20 (Información disponible en los portales de Gobierno).

El acceso a la información pública también es medido a través del Índice Global de Datos Abiertos, que publica cada año la *Open Knowledge Foundation*. En su medición del 2016), Chile aparece en el puesto 22 de los 94 países que fueron estudiados. La posición alcanzada por Chile implica un avance de siete puestos en el ranking respecto a la medición de 2015. La categoría en que Chile obtiene la mejor calificación es información sobre el presupuesto del Gobierno, con un cumplimiento del 100%.

En un estudio comparado de la legislación sobre transparencia y acceso a la información el 2015, la OCDE evaluó positivamente a Chile. No advirtió la precariedad del fundamento constitucional de esas instituciones y las vacilaciones de la jurisprudencia.

Tabla 1. Acceso a la información pública en América Latina

País	Disposicion es sobre acceso a la información o transparencia contempladas en la Constitución	Ley de acceso a la información pública	Ley de transparencia y acceso a la información pública
México	X		X
Perú	X		X
República Dominicana	X	X	
Guatemala	X	X	

Chile	X		X
Uruguay		X	
Brasil	X	X	
El Salvador		X	
Colombia	X		X
Costa Rica	X		X
Paraguay	X		X

El país necesita un nuevo impulso en pro de la transparencia, la probidad, la participación y control ciudadanos. Asumir un esquema de transparencia más exigente y ambicioso es una tarea primordial, en paralelo con un nuevo paso en la modernización del Estado, que facilite el acceso a la información pública. En esta perspectiva – como hemos dicho - los debates sobre una nueva Constitución debieran crear un conjunto de preceptos que permitan el desarrollo legislativo, judicial y administrativo del proceso de renovación indicado.

La crisis que estamos viviendo representa una oportunidad para avanzar hacia un sistema integral de transparencia, a partir de la nueva Constitución. Ella debe refrendar la legislación existente y avanzar en la dirección indicada. El reconocimiento constitucional explícito del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública es una exigencia impostergable, que debiera ir en paralelo al reconocimiento en el artículo 19 N° 4 relativo a la privacidad, el

resguardo de los datos personales. Son, como veremos, dos caras de una misma moneda.

Por ello somos partidarios que este tema sea debatido y zanjado en la deliberación sobre la nueva Constitución, estableciendo -como ocurre en numerosos países – un marco constitucional coherente y acorde con el avance jurídico a nivel internacional sobre la materia.

III.- Naturaleza jurídica del Consejo para la Transparencia (CPLT): un organismo autónomo de nuevo tipo

La Ley 20.085 estableció un órgano encargado de velar por el cumplimiento de sus preceptos. Lo que no ocurrió con la Ley de Protección de Datos Personales 19.628 de 1999, que fue promulgada sin un ente estatal a cargo del tema: los afectados deben recurrir directamente a los tribunales interponiendo el recurso de *habeas data* y la vigilancia sobre el funcionamiento de los bancos de datos en parte fue atribuida posteriormente al CPLT. El motivo fue -según el Ministerio de Hacienda de la época- la falta de recursos.

En el caso que nos ocupa, en cambio, se estableció el Consejo para la Transparencia como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio (artículo 31), a la que se le encargó también “*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*” (artículo 33 m).

Según el artículo 32 inciso 1°, *“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”*. El artículo 33 precisa sus atribuciones. Para su conducción hay un Consejo compuesto por 4 miembros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, que duran seis años en sus cargos y que sólo pueden ser removidos por la Corte Suprema.

El CPLT es uno de los organismos exceptuados de las normas sobre organización interna señaladas en el Título II de la Ley de Bases de la Administración del Estado (Artículo 21 inciso 2°), que se refiere a organismos autónomos y a las FF.AA. Ellos se rigen por sus respectivas leyes orgánicas.

Se trata de un órgano garante especializado, como en cierto sentido lo son Consejo Nacional de Televisión que vela por el correcto funcionamiento del medio televisivo y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, que se preocupa de asegurar su vigencia en la sociedad. Todos los órganos del Estado deben garantizar el orden institucional de la República (Artículo 6 CPR). Los Tribunales son los encargados de hacer respetar la legalidad y resolver las controversias; el Tribunal Constitucional, de velar por la supremacía constitucional.

EL CPLT forma parte de un sistema de instituciones encargadas de garantizar algún principio o derecho constitucional o un conjunto de ellos en forma determinada, del cual la Contraloría General de la República es la institución más antigua. De ese sistema forman parte diversos organismos públicos con diferentes características, que

tienen en común su carácter fiscalizador y que disponen de una cierta autonomía.

De las disposiciones legales que lo rigen se desprende que el CPLT goza de una autonomía administrativa reforzada, es decir, que, formando parte de la Administración del Estado, está sin embargo configurado de tal manera que puede ejercer sus atribuciones con independencia del Gobierno y, en particular, sin estar subordinado jerárquicamente respecto del Presidente de la República. Se ha hablado de una repartición pública *sui generis*: *“Una de las principales implicancias de la peculiar naturaleza jurídica de este Consejo guarda relación con sus atribuciones jurisdiccionales y normativas y su potestad sancionadora. La posible inconstitucionalidad de las potestades jurisdiccionales y normativas del Consejo fue discutida al interior del Tribunal Constitucional, lo que finalmente se resolvería en favor de su constitucionalidad”*¹⁸.

La autonomía de los entes públicos es entendida como *“... la potestad o capacidad de autogobierno que, dentro del Estado tiene una organización, asociación o institución...tratase de la aptitud para regirse, en los asuntos que son de competencia de la institución pública respectiva, mediante órganos de gobierno o dirección propios, dictando normas, administrando personas y bienes, en fin aplicando sus recursos al cumplimiento de las finalidades que le han sido confiados por la Constitución y las leyes”*¹⁹. Puede ser concebida como sinónimo de inmunidad, en el sentido que resguarda al órgano público de intervenciones ajenas indebidas en su funcionamiento.

¹⁸ Cristóbal Tello, Marcelo Cerna y Andrés pavón op. cit. y RAJEVIC, E. *Una nueva vuelta de tuerca en materia de acceso a la información: la ley 20.285*. [en línea]. Septiembre de 2008. Disponible en <http://decive.blogspot.com/2008/09>

¹⁹ José Luis Cea Egaña, Derecho Constitucional

En otras palabras, hablamos de "entes autónomos" en oposición a "servicios dependientes de la Administración Central".

Silva Cimma, al referirse a los órganos constitucionalmente autónomos, señala que: *"...Se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado, puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, haría inconciliable con ellas la subordinación..."*²⁰. Por su parte Rolando Pantoja Bauza ha insistido en que los órganos constitucionalmente autónomos se rigen primordialmente por la Constitución y escapan a la dependencia jerárquica y administrativa del Presidente de la República²¹.

"...la idea que inspira la creación de un ente o autoridad autónoma procura lograr independencia de gobierno y de criterio junto con neutralidad política de su gestión. Es decir, los dos atributos indispensables son la independencia de criterio y el ejercicio por parte del ente de un control por oposición. Ello se refuerza por intermedio de la designación de directivos bajo ratios de profesionalismo y no políticas. Se pretende garantizar una gestión separada del riesgo de las interferencias políticas, la imposición de criterios, instrucciones o mecanismos propios del "control jerárquico" por parte del poder formal. Se intenta asegurar la gestión neutral. Estructuralmente se

Silva Cimma, Enrique: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público", Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1995,

²⁰ Enrique Silva Cimma, *Tratado de Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile

²¹ Rolando Pantoja Bauza, *Tratado de Derecho Administrativo*

piensa que esto es posible lograrlo mediante el desarrollo de una estructura orgánica y funcional separada del gobierno”²².

Los entes autónomos han sido establecidos para resguardar su funcionamiento de los vaivenes de la contingencia y las contiendas de poder. No tienen un origen directo en la soberanía popular. Una vez establecidos en la Constitución y la ley, los poderes democráticos intervienen sólo en la designación de sus autoridades. Se ha vuelto más complejo e integrado el sistema de pesos y contrapesos en el sistema político.

La autonomía de los órganos públicos es flexible y depende de la ley que los rige, dentro del marco constitucional. Hay variados ejemplos. Lo que podríamos llamar autonomía simple es la propia de los organismos descentralizados cuya jefatura es designada por el Presidente de la República y que permanece en su cargo mientras cuente con su confianza, como ocurre por ejemplo con las Superintendencias; mayor es la autonomía de las empresas públicas y aún más la de las universidades estatales²³.

La del CPLT es considerada reforzada porque una vez designados los consejeros, ellos pueden desempeñar sus atribuciones fiscalizadoras, normativas y jurisdiccionales con total libertad. Enrique Rajevic ha sostenido que el CPLT goza de una *“autonomía “reforzada” respecto del Gobierno y de la política partidista, mediante la entrega de garantías orgánicas y funcionales que permitan el cumplimiento de esta labor”²⁴*. Se la puede comparar

²² Isaac Augusto Damsky, Contexto y jerarquización constitucional de la organización autónoma y el control público en Argentina, en *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, op. cit.

²³ Eduardo Cordero Quinzacara, *La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía en La Contraloría General de la República. 85 Años de vida institucional (1927-2012)*.

²⁴ Rajevic, Enrique (2008). *El Consejo para la Transparencia como administración independiente*; Santiago de Chile, 2008.

con la que tiene el Instituto Nacional de Derechos Humanos²⁵ o con el Consejo de Defensa del Estado, la Alta Dirección Pública o el Servicio Electoral.

Sin embargo, al formar parte de la Administración del Estado, el CPLT queda sometido al conjunto de normas constitucionales y legales que a ella se refieren y, en particular, a la fiscalización de la Contraloría General de la República en cuanto a los temas de personal y manejo de fondos. Pero sus resoluciones quedan exentas del trámite de toma de razón (Artículo 43).

La relación entre el CPLT y la CGR fue un tema muy debatido durante la tramitación de la ley. La Ley de Transparencia señala en el artículo 49 que las sanciones serán aplicadas por el CPLT previa investigación sumaria o sumario administrativo, ajustándose a las normas del Estatuto Administrativo. El Consejo puede solicitar a la CGR incoar el sumario y establecer las sanciones que correspondan. El 3 de junio del 2009 se celebró un Convenio de Colaboración entre ambas instituciones. Este punto es relevante porque el CPLT no tiene la implantación regional ni el personal suficiente como para realizar las investigaciones administrativas, que sí la CGR está en condiciones de realizar²⁶.

El CPLT no está sometido a la fiscalización de la Cámara de Diputados ya que no forma parte del Gobierno, pero sí debe responder a los requerimientos de información que los legisladores le puedan formular²⁷.

²⁵ El INDH responde a los llamados Principios de París, que recomiendan establecer este tipo de instituciones en cada país dotada de un alto grado de independencia.

²⁶ Gladys Camacho Cepeda, *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago de Chile.

²⁷ La contraloría General de la República ha sostenido en varios dictámenes que los entes autónomos, incluso los que tienen rango constitucional, deben responder a los requerimientos de información del Parlamento o de los parlamentarios (Dictámenes 27729/1991, 28091/1992, y 17951/19993).

El punto más débil de la autonomía del CPLT es el presupuestario, que está determinado por la Ley de Presupuesto, como ocurre con todos los organismos públicos autónomos. El artículo 43 de la Ley 20.285 señala: *“El Consejo deberá cumplir con las normas establecidas en el decreto ley N° 1.263, de 1975, sobre administración financiera del Estado”*.

Hasta el momento no se han advertido tropiezos mayores en el funcionamiento del CPLT ocasionados por interferencias en su autonomía de nivel legal. Varios organismos públicos han sido forzados a entregar información reiteradamente negada, como el Consejo de Defensa del Estado alegando el secreto profesional de sus abogados o el Servicio Civil por sostener que los antecedentes de los postulantes a concursos públicos quedan cubiertos por la causal de excepción a la transparencia consistente en la protección de los datos personales. Pero se trata más bien de discrepancias de criterios que de verdaderos conflictos, pues en todos estos casos al final esos organismos se han allanado a lo dispuesto por el CPLT.

Las mayores controversias públicas se han suscitado con ocasión de los nombramientos de algunos Consejeros, cuando se ha advertido una indebida intervención de los partidos políticos para influir o condicionar la decisión. El Ejecutivo en algunas circunstancias ha tardado en proponer los candidatos al Senado, dificultando el funcionamiento del organismo. También se han podido advertir discrepancias de criterio entre la CGR y el CPLT al momento de aplicar sanciones por faltas administrativas relativas a la ley 20.285.

En cambio, hay una discusión en curso sobre el rango jurídico que debe tener el CPLT para que pueda cumplir mejor sus funciones en forma independiente. Se ha planteado la necesidad de que el país

se encamine hacia un régimen único de transparencia de todos los organismos del Estado, superando la situación actual en que los Poderes Legislativo y Judicial y los órganos que disponen de autonomía constitucional, salvo los Gobiernos Regionales y los Municipios, no quedan bajo la esfera de competencia del CPLT y disponen de un sistema propio que regula la materia (artículo 2 de la Ley 20.285). Esta multiplicidad de esquemas de transparencia ha mostrado falencias, en especial porque tratándose de algunos órganos al predominar el principio de auto regulación tienden a resguardar su información. Al proponer una ampliación de la competencia del CPLT, entonces ha surgido la cuestión de la conveniencia de que él tenga un rango constitucional a fin de garantizar mejor su autonomía.

José Luis Cea señala que la fiscalización debe ser ejercida por órganos de la misma jerarquía²⁸. Así ha sido indicado por la Corte Suprema (rol 15083-2018) ante una reclamación por acceso a la información contra el Ministerio Público, señalando que no es de competencia del CPLT ya que un organismo de la administración pública no podría controlar una autonomía constitucional.

La autonomía constitucional supone que la Carta Fundamental establece las atribuciones del organismo y las bases de su organización, y mandata a la ley para regular el resto. A veces la Constitución le dedica un acápite completo, como ocurre por ejemplo con la Contraloría General de la República (Capítulo X) o el Banco Central (Capítulo XIII) y el Servicio Electoral y Justicia Electoral (Capítulo IX), a veces solamente menciona a la institución, como sucede con el Consejo Nacional de Televisión (artículo 19 N° 12).

²⁸ José Luis Cea, *Derecho Constitucional*, PUC, Santiago de Chile 2008

Hay también situaciones híbridas en que la Constitución dedica un capítulo a una determinada institución sin establecer una autonomía propiamente tal. Se limita a regular su organización o la forma de designar a sus altos mandos. Así ocurre, por ejemplo, con las FF.AA. y de Seguridad Pública (Capítulo XI) y el Consejo de Seguridad (Capítulo XII).

A su vez el Capítulo XIII referido al Gobierno y Administración del Estado establece la autonomía de los Gobiernos Regionales y de los Municipios, pero contiene también una serie de disposiciones que se refieren más bien a la desconcentración de las funciones públicas.

Según John M. Ackerman²⁹ existen diversos enfoques teóricos para definir la autonomía constitucional: mientras Manuel García-Pelayo exige que el órgano regulado constitucionalmente tenga una función en la dirección política del Estado, es decir, en la formación de la voluntad pública, con paridad de rango y posibilidad de coordinación, a la teoría llamada “minimalista” le basta con que el texto constitucional se refiera al órgano aunque no precise sus atribuciones ni configure su organización en líneas generales.

La naturaleza de los órganos constitucionalmente autónomos quedó bien perfilada en una sentencia de la Corte Suprema Federal de México, que señala: *“El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo,*

²⁹ John M. Ackerman, *Organismos Autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, www.juridicas.unam.mx

Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad”³⁰

Dilucidar cuando un organismo autónomo debe ser de rango constitucional es una decisión política determinada por el tipo de sistema de gobierno existente y por la relevancia que se le quiere dar a determinada función pública. Como veremos, la principal diferencia entre la autonomía constitucional y la legal tiene que ver con la independencia del organismo respecto del Poder Legislativo

³⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, novena época, mayo de 2007, p. 1647.

que debe enmarcarse en los preceptos constitucionales, y se refleja en la forma en que puede cumplir sus tareas con mayor o menor facilidad.

El constituyente, sin embargo, debe evitar el peligro señalado por García-Pelayo de no caer en una proliferación inorgánica de entes autónomos, que llevaría a una desarticulación del Estado y a una limitación excesiva de los poderes emanados directamente de la soberanía popular; García-Pelayo aboga por una síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, superando la antinomia entre simple agregación o sumatoria de organismos dispersos y una homogeneidad institucional formal³¹.

En la medida en que la sociedad se ha vuelto más complejas y el Estado se ha ido especializando y diversificando en sus funciones, ha cundido el ámbito de la autonomía constitucional, superando el esquema de la división tripartita del poder propia de las repúblicas modernas y teorizada por Montesquieu y Locke³². En las repúblicas anteriores a la revolución francesa las funciones de gobierno, de legislación y jurisdiccionales aparecían imbricadas y dispersas en un conjunto de organismos que no guardan relación con la estructura actual del Estado. Lo mismo vale para la organización republicana de Atenas y de Roma en la época clásica³³.

Esta mayor complejidad institucional ha ido acompañada de un crecimiento del empleo público profesional y corresponde a la

³¹ García-Pelayo, Manuel, "El estatus del tribunal Constitucional", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, vol. I, núm.1, 1981, pp. 11-34

³² Pantoja Bauza, R: "La Organización Administrativa del Estado", y r. Ferrajoli, Luigi, "La esfera de lo indecible y la división de poderes", Estudios Constitucionales, Chile, año 6, núm. 1, 2008, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/La_esfera_de_lo_indecible_y_la_div_de_poderes.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2019).

³³ Para un análisis del surgimiento de las agencias independientes en EE. UU. y Francia ver la tesis de grado de Marisol Janina Contreras Ramos, *Autonomía para la garantía del derecho de acceso a la información pública en Chile*, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y matemáticas, Departamento de Ingeniería Industrial, 2014.

emergencia de lo que ciertas escuelas de pensamiento llaman el Estado Constitucional, es decir, aquél en que la Carta Fundamental adquiere el valor propio de una norma jurídica imperativa, en que los derechos de las personas cobran rango constitucional y se establecen, entonces, instituciones encargadas de velar por su respeto, en un estadio previo a la intervención del Poder Judicial. Según Luigi Ferrajoli se pasa de un Estado de derecho débil a uno que se toma en serio la supremacía constitucional³⁴. Se trata de un Estado que algunos califican de social por su mayor compromiso con los derechos económicos, sociales y culturales.

Se configura así un tipo de Estado en que la democracia es la forma de la Constitución y ésta a su vez su límite. El ciudadano puede recurrir a la Administración o a los Tribunales para hacer valer sus derechos frente a una amenaza o un atropello. Cobran, entonces, mayor importancia los principios constitucionales, que indican no sólo un mandato de optimización como afirma Alexy, sino que señalan lo que es debido según la norma, estableciendo un criterio de conducta para las autoridades y los jueces, verdaderos deberes o compromisos de cuyo cumplimiento se debe rendir cuentas³⁵.

Esta relevancia de los principios constitucionales queda patente, justamente, al ver como se han ido entronizando en el sistema jurídico y particularmente en la Carta Fundamental las nociones de publicidad y transparencia. A esos principios corresponden ciertas reglas, que mandatan o prohíben conductas, y el derecho de las personas de hacerlos efectivos mediante el acceso a la información pública.

³⁴LUIGI FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, Editorial Trotta Madrid 2007.

³⁵ Ello se advierte últimamente en el compromiso constitucional con el cuidado del medio ambiente y la preservación de la diversidad, por ejemplo, en Francia donde se busca establecer en las bases de la institucionalidad la preocupación por el equilibrio climático, siguiendo los llamados Acuerdos de París.

Los principios se refieren a circunstancias que no están contenidas en la norma, sino que son variables e hipotéticas. Corresponderá al legislador, al juez y a la autoridad administrativa ir precisando su contenido según vaya evolucionando la sociedad y se presenten nuevos desafíos. Por eso tienen una mayor capacidad para irradiar e iluminar todo el sistema jurídico y el orden social.

Para facilitar la supremacía constitucional se han ido creando diversas entidades autónomas, en especial de rango constitucional³⁶. Esos organismos son los encargados de hacer presente en la esfera de su competencia los mandatos constitucionales y legales respectivos; en el caso que nos ocupa, todo lo referente a facilitar la relación entre los ciudadanos y el Estado mediante el acceso a la información pública y la disposición a establecer un gobierno abierto.

Este fenómeno lleva a Norberto Bobbio a sostener que *“el modelo ideal de la sociedad democrática era el de una sociedad centrípeta. La realidad que tenemos ante nosotros es la de una sociedad centrífuga que no tiene un solo centro de poder (la voluntad general de Rousseau), sino muchos, y merece el nombre, en el que concuerdan los estudiosos de la política, de sociedad policéntrica o poliárquica (o en términos más fuertes, pero no por ello menos apropiados, policrática). El modelo del Estado democrático basado en la soberanía popular, que fue ideado a imagen y semejanza de la soberanía del príncipe, fue el modelo de una sociedad monista. La sociedad real que subyace en los gobiernos democráticos es pluralista”*³⁷. Se trata de Constituciones que reconocen la existencia de diversos centros de poder en permanente tensión y equilibrio

³⁶ Ackerman, John M., *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

³⁷ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 30.

dinámico, donde la voluntad política no puede ni debe nacer de un poder soberano ilimitado, de un “pueblo” al estilo de Carl Schmitt.

Por eso Francisco Zúñiga y otros autores han insistido en el carácter contra mayoritario de los órganos autónomos³⁸. Al final estamos ante la necesidad de un diseño institucional complejo y equilibrado: *“Y es aquí donde los órganos constitucionales autónomos cumplen con la función de restaurar el equilibrio, debido a su grado de especialización y a su imparcialidad, no sólo refuerzan las funciones del gobierno, sino que promueven un piso parejo entre sujetos dispares”*³⁹.

Esta tendencia se ha reflejado en los cambios constitucionales recientes en América Latina. Más allá del juicio político que cada cual tenga sobre esos procesos constituyentes y su evolución, las nuevas Constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia tienen un acápite especial sobre la autonomía del poder ciudadano y el control social. Por su parte, la Constitución colombiana trata el tema en forma más clásica al establecer en su artículo 113: *“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”*. El título X de la Constitución de Colombia aborda el tema de los “Organismos de control”, incluyendo la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el defensor del pueblo, todos ellos dotados de autonomía.

³⁸ Francisco Zúñiga Urbina, *Autonomías constitucionales e Instituciones Contra mayoritarias (A propósito de las aporías de la “Democracia Constitucional”)*, Revista IUS ET PRAXIS - AÑO 13 - N° 2

³⁹ Eugenia Paola Carmona Díaz de León, *División de Poderes y Órganos Constitucionales Autónomos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La autonomía cobra plena vigencia cuando se trata de fiscalizar al Estado, que se desdobra, podríamos decir, estableciendo un sistema para prevenir los abusos y la corrupción. Por eso parece lógico que el CPLT goce de amplia autonomía y lo mismo el Instituto Nacional de Derechos Humanos, según lo dispone la Declaración de los Principios de París.

La pregunta es, entonces, si esa autonomía debe ser meramente legal o de rango constitucional. La diferencia entre ambas radica en la mayor o menor libertad del legislador para regular el órgano y el ámbito de sus facultades. En el caso de la autonomía constitucional, el ente independiente tendrá la competencia que le fije la Constitución, sin otra limitación que la coherencia del sistema de gobierno que se consagre, mientras que en el caso de la autonomía de orden legal las atribuciones de la agencia independiente tienen que enmarcarse dentro del sistema constitucional y legal formando parte de la Administración del Estado, lo que puede dificultar o incluso impedir su intervención respecto de otros poderes del Estado y algunos órganos autónomos.

La autonomía constitucional otorga al organismo una suerte de garantía o inmunidad frente al legislador. No tiene dependencia jerárquica respecto del Presidente de la República, si bien debe coordinar su acción en favor de la eficacia del Estado.

El rango de autonomía que deba tener una institución dependerá del momento histórico y de las circunstancias de cada país. Jaime Cárdenas García a la luz de la experiencia mexicana, adelanta un criterio general: *“Sólo merecen ser órganos constitucionales autónomos aquellas instituciones que desarrollen funciones esenciales para el Estado que no deban estar*

*contaminadas por los intereses de los partidos políticos o de otros poderes fácticos*⁴⁰.

La nueva Constitución tendrá que enfrentar este dilema y decidir qué organismos que hoy gozan de autonomía legal deban asumir un rango superior y cuáles no. Según el criterio que se adopte, el CPLT continuará con su estatus legal o bien podrá asumir una autonomía constitucional. Para decidirlo habrá que tener también en cuenta las nuevas funciones que se le quieran encomendar y el ámbito de su competencia.

Pero como señala Marisol Janina Contreras Ramos en su tesis de grado, la autonomía impacta en todas las relaciones que el CPLT mantiene con diversas instituciones públicas y privadas. El CPLT debe estar también resguardado de presiones sociales y políticas indebidas. Respecto a sus relaciones con los organismos públicos el artículo 34 de la Ley 20.285, por ejemplo, lo habilita para *“solicitar la colaboración de los distintos órganos del Estado. Podrá, asimismo, recibir todos los testimonios y obtener todas las informaciones y documentos necesarios para el examen de las situaciones comprendidas en el ámbito de su competencia. Igualmente, para el cumplimiento de sus fines, el Consejo podrá celebrar convenios con instituciones o corporaciones sin fines de lucro, para que éstas presten la asistencia profesional necesaria para ello”*. El verbo “solicitar” tiene implícito un carácter imperativo en concordancia con la frase siguiente que habla de la facultad del CPLT de *“obtener todas las informaciones y documentos”* que requiera para examinar las situaciones que son de su competencia. Respecto de las organizaciones civiles el CPLT carece, por regla general, de imperio.

⁴⁰ Jaime Cárdenas García, *Soberanía popular vs. Órganos constitucionales autónomo* sen el libro *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, coordinado por Miguel Ángel López Olvera, UNAM, México 2020.

La autora señala que la principal preocupación del legislador al crear el CPLT fue resguardar su neutralidad, lo que se manifiesta en la forma en que configuró el Consejo encargado de su dirección; lo mismo ocurre con sus potestades normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras. Además la ley le confiere atribuciones coadyuvantes para su misión de garantizar el acceso a la información y velar por el cumplimiento del principio de transparencia (artículo 33) y se refieren a: - La promoción de la transparencia, publicidad y acceso a la información pública; - La facultad de proponer recomendaciones a los órganos de la Administración para facilitar el cumplimiento de la ley; - La facultad de proponer perfeccionamientos legislativos de la ley de transparencia; - La capacitación a funcionarios públicos en el ámbito de la ley de transparencia. - La difusión de la ley al público; - La elaboración de estadísticas y reportes sobre transparencia y acceso a la información y - Velar por el cumplimiento de la ley N°19.628 sobre protección de los datos personales en el sector público.

También la ley estructura bien la garantía de autogobierno y gestión del personal por parte del Consejo del CPLT. En cambio, según Marisol Janina Conteras el resguardo del carácter técnico del C PLT, así como de su autonomía presupuestaria y rendición de cuentas es más precario.

El tema del rango constitucional o legal de la autonomía del CPLT no fue discutido en profundidad durante la tramitación del proyecto de ley que le dio origen. Los Poderes colegisladores se concentraron en sacar adelante la iniciativa aprovechando el escaso tiempo que tenían a disposición: la Comisión Mixta funcionó a finales del primer gobierno de Michele Bachelet y de la legislatura correspondiente.

El argumento de mayor peso para inclinarse en favor de elevar el rango del CPLT a nivel constitucional es la necesidad de uniformar el sistema de transparencia del Estado en su conjunto. En Chile los regímenes de transparencia son dispares dependiendo de la naturaleza de los órganos del Estado: la Administración del Estado tiene un sistema uniforme, mientras que es diferente el tipo de normas que rigen a los Poderes del Estado, órganos autónomos y empresas públicas.

Resulta, entonces, posible distinguir otros dos regímenes de transparencia: *“uno aplicable a la mayor parte de los órganos autónomo-constitucionales (Contraloría General de la República, el Banco Central y el Ministerio Público), que hace aplicables y obligatorias parte importante de las normas de la Ley de Transparencia (remitiéndose expresamente a ella) y los excluye de la competencia del Consejo para la Transparencia, que denominaremos (ii) “régimen de aplicación restringida de las normas de transparencia”; y, por último, un (iii) “régimen especial de transparencia” respecto del Poder Judicial, el Congreso Nacional y el conjunto de empresas ligadas al Estado, a los cuales, en principio, sólo se obliga a mantener, a través de sus sitios electrónicos, un conjunto de información a disposición de público, sin perjuicio de otras obligaciones especiales. Con motivo del pronunciamiento del Tribunal Constitucional también se incluyó en este régimen especial de transparencia al Tribunal Constitucional y los Tribunales que conforman la Justicia Electoral; a los que, originalmente, el legislador incluía en el denominado “régimen de aplicación restringida de las normas de transparencia”⁴¹.*

⁴¹ Cristóbal Tello, Marcelo Cerna y Andrés Pavón, Acceso a la información pública: los desafíos del Consejo de la Transparencia, Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile 2009.

Vale la pena tener en consideración lo que dispone al respecto el artículo 6 de la Constitución de México, teniendo presente que se trata de un Estado federal:

“VIII. La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.

El organismo autónomo previsto en esta fracción se regirá por la ley en materia de transparencia y acceso a la información pública y protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, en los términos que establezca la ley general que emita el Congreso de la Unión para establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho.

En su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad.

El organismo garante tiene competencia para conocer de los asuntos relacionados con el acceso a la información pública y la protección de datos personales de cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo que forme parte de alguno de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicatos que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal; con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de

Justicia de la Nación, en cuyo caso resolverá un comité integrado por tres ministros. También conocerá de los recursos que interpongan los particulares respecto de las resoluciones de los organismos autónomos especializados de las entidades federativas que determinen la reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información, en los términos que establezca la ley". Y continúa regulando otras materias del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (IFAI).

Se trata de un organismo público plenamente autónomo que se ocupa tanto del acceso a la información pública como de la protección de datos personales, siguiendo el modelo inglés o alemán. Su competencia se extiende a todos los poderes del Estado, organismos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como las personas físicas o morales o sindicatos que reciban recursos públicos realicen actos de autoridad.

Aquí se puede apreciar un caso en que la extensión de la competencia va unida a un rango jurídico superior del organismo. Las mayores atribuciones no sólo se refieren al sector público, sino que comprenden algunos aspectos del ámbito privado fuertemente vinculados a las tareas públicas o al funcionamiento del Estado. Al mismo tiempo el IFAI se ocupa de la protección de los datos personales, que viene a ser la otra cara de la transparencia y que todas las legislaciones consideran como una causal de excepción al acceso a la información.

Hay que considerar que en 2018 se publicó la Ley 21.096, que consagra el Derecho a la Protección de los Datos Personales e la Constitución añadiendo al N°4 del artículo 19 un segundo párrafo, que quedó de la siguiente manera:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia.

Asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.

En el proyecto de ley que actualiza la legislación actual sobre datos personales, actualmente en trámite, se ha planteado qué organismo debe encargarse de esta materia. Mientras algunos se inclinan por una agencia especial, otros apuntan hacia el CPLT, entre ellos el Presidente de la República quien sostuvo ese criterio en la indicación enviada al Senado el 3 de julio del 2018⁴², el que fue respaldado por la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. Si la discusión se inclinara definitivamente en favor de esta segunda solución, habría un argumento más para subir el rango jurídico del Consejo.

Ese proyecto de ley también extiende la competencia del CPLT siguiendo en parte la línea del IFAI de México, hacia todos los órganos del Estado e incluso hacia cierto tipo de personas jurídicas que recibe recursos públicos; introduce nuevas normas de transparencia activa en materia fiscal y agiliza el procedimiento de reclamación ante el CPLT; crea también el Portal de Transparencia del Estado para facilitar el acceso a la información.

Concordamos con los sostenido por el Consejo Asesor Presidencial Anticorrupción (también conocido como Comisión Engel) y el Consorcio de Centros de Estudio al que hemos hecho referencia, en orden a que se establezca un

⁴² Ver Boletín del Senado 047.366

sistema único de transparencia y acceso a la información pública para todos los órganos del Estado, y que el CPLT sea el encargado de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales⁴³, para lo cual sería conveniente, aunque no indispensable⁴⁴, que pasara a tener un rango de reconocimiento en la futura Constitución.

El rango constitucional del CPLT puede ser de diversa intensidad: puede ser sólo una mención remitiendo a la ley el desarrollo normativo correspondiente o bien consistir en una regulación más extensa de sus atribuciones y de la configuración del Consejo que llamado a dirigir la institución.

Por eso parece aconsejable que la nueva Constitución junto con consagrar explícitamente el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública considere la autonomía del CPLT.

El tema no ha sido discutido en profundidad por la recargada agenda legislativa y la dificultad actual de introducir reformas parciales a la Constitución, cuando estamos por elegir una Convención Constitucional para elaborar una nueva. Este punto se volverá insoslayable en esa instancia. No debiera ser motivo de mayor controversia, pues existe bastante consenso a nivel de expertos, y a nivel político hay un acuerdo sólido en avanzar hacia un sistema más integral de transparencia y garantía del derecho de acceso a

⁴³ Daniel Álvarez Valenzuela, Acceso a la información pública y protección de datos personales: ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?, Revista de Derecho (Coquimbo), volumen XXIII, junio 2016.

⁴⁴ Efectivamente, no se advierte mayor dificultad en que el CPLT con su rango jurídico actual pudiera fiscalizar la transparencia de otros órganos autónomos sin inmiscuirse en sus tareas sustantivas, como como ocurre hoy con los Municipios, pero sus funciones normativas y sobre todo sancionatorias podrían ser cuestionadas.

la información pública, pilares esenciales para una mayor participación ciudadana.

El punto es que ese cambio -como hemos dicho – debiera corresponder a una concepción coherente del sistema político que evite la dispersión de funciones y órganos y asuma la pluralidad de la sociedad dentro de un esquema flexible y equilibrado del Estado.

IV.- Los integrantes del Consejo para la Transparencia

Las incompatibilidades e inhabilidades están concebidas para garantizar la idoneidad en el desempeño de la función pública y para evitar conflictos de intereses que pudieran dar origen a actos de corrupción. Forman parte de las características de quienes deben llevar adelante el ideal del buen gobierno. Así se busca que se cumpla la exigencia constitucional de que la función pública se ejerza en estricto acatamiento del principio de probidad (Artículo 8 inciso 1°). Este principio consiste en “*observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*” (artículo 52, inc. 2º, de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado).

Nuestra legislación recoge este principio y establece requisitos para ingresar a la función pública en general e inhabilidades e incompatibilidades para su desempeño. Estas exigencias se vuelven más estrictas mientras más alta es la responsabilidad del cargo, llegando, como hemos visto, a la exigencia de una declaración de intereses y patrimonio e incluso la obligación de enajenar ciertos bienes o constituir un mandato ciego de administración de patrimonio. La Ley 20.880 señala específicamente a los Consejeros del CPLT entre las autoridades que quedan sujetas a estas mayores obligaciones.

Los artículos 54, 55 y 56 de la Ley de Bases de la Administración del Estado se refieren al tema y el artículo 62 describe algunas conductas de los funcionarios públicos que contravienen el principio de probidad, como el uso de información reservada o privilegiada, influir sobre la conducta de alguien en beneficio propio o de un conocido haciendo valer su autoridad, usar indebidamente dinero público, etc., todo ello sin perjuicio de los delitos sancionados por el Código Penal. La infracción a estas normas acarrea la responsabilidad administrativa correspondiente.

Esta normativa se aplica a toda la Administración Pública cualquiera que sea el estatuto jurídico por el cual se rige el personal de las distintas reparticiones que la componen⁴⁵. El artículo 43 de la Ley 20.285 así lo establece explícitamente en lo referente al personal del CPLT.

Por su parte la Ley 20.880 sobre la probidad en la función pública sostiene que hay conflictos de intereses

⁴⁵ Ley 20880 artículo 2°.

cuando concurren el interés general propio de la función pública con un interés particular, sea o no de índole económica, sea del funcionario o ciertos parientes cercanos o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el actuar (artículo 1°).

Sería conveniente asumir la definición de intereses privados de la legislación española (Ley 53/1984) para cubrir todos los casos en que se podría producir una colisión con el interés general. Se consideran intereses personales (artículo 11): a. Los intereses propios. b. Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. c. Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente. d. Los de las personas con quien tengan amistad íntima o enemistad manifiesta. e. Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento. f. Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

Esta materia, en todo caso, es de índole general y no se podría referir sólo al CPLT.

En la misma medida en que el CPLT asuma nuevas atribuciones y su competencia se amplíe, y recogiendo la experiencia de sus años de funcionamiento, nos parece

indispensable introducir al menos las siguientes modificaciones en su instancia de dirección:

a.- ampliar el número de consejeros a 7. Resulta indispensable para que el Consejo pueda funcionar en dos salas, una especializada en transparencia y reclamos por derecho de acceso a la información y la otra centrada en el conocimiento de los reclamos sobre protección de los datos personales. La integración de las salas se haría por sorteo y duraría uno o dos años. Ambas salas serían también las encargadas de supervigilar el cumplimiento de las normativas legales respectivas y de preparar las instrucciones que deberían ser resueltas por el pleno. El pleno del Consejo tendría a su cargo unificar la jurisprudencia del organismo y ejercer las facultades normativas y fiscalizadoras.

b.- la designación de los consejeros debería ser a través de ternas preparadas por el Servicio Civil, de entre las cuales el Presidente del Consejo procediera a sortear a la persona que debería llenar el cargo, como ocurre hoy con uno de los integrantes del Tribunal Calificador de elecciones.

c.- debiera exigirse título de abogado o de una carrera universitaria en el área de ciencias sociales y una experiencia de al menos 3 años en manejo de información y datos o transparencia, será práctica o académica.

d.- El Presidente del Consejo debería ser designado por la mayoría de los miembros del Consejo por un período de tres años, sin posibilidad de renovación.

e.- El período de ejercicio del cargo de Consejero debería seguir siendo de seis años.

f.- El cargo de Consejero debería ser de dedicación exclusiva, salvo las tareas docentes, y la remuneración equivalente a un Juez de Letras o Ministro de Corte.

g.-Sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades nos parece que la normativa actual es suficiente. No es oportuno establecer nuevas prohibiciones de entrada. En cambio, en lo referente a la incompatibilidad posterior al ejercicio del cargo, el tema aparece bien resuelto en la propuesta del Consorcio de Centros de Estudios al plantear: *“Proponemos establecer una incompatibilidad posterior para que los consejeros no puedan hacer lobby ante el CPLT por un año. Por su parte, respecto a la regulación que se propone en el proyecto de ley para el post empleo de los consejeros, la mesa de trabajo manifiesta diversas posiciones de sus integrantes. La regulación que se viene proponiendo en la indicación está acorde con los plazos y alcance que hoy se contemplan en otros organismos como los establecidos en la Comisión de Mercado Financiero (Ley N° 21.000) y el Banco Central. Sin embargo, estimamos que, transcurridos los tres meses de prohibición absoluta compensada, debiera existir un plazo adicional (6 o 12 meses) sin compensación,[5] contado desde el cese en el cargo de consejero, con prohibición de para ejercer o participar de empresas cuyo objeto o giro comercial versen sobre recolección, tratamiento o comunicación de datos personales, o respecto de las cuales los consejeros hayan, de forma específica, personal y directa, emitido actos, resoluciones o dictámenes; participado en sesiones en las que se hubiere adoptado algún acuerdo o resolución a su respecto, o hayan intervenido en los*

procedimientos administrativos, finalizados o no, que produjeron o producirán dichos actos administrativos”.

La propuesta del diputado Nicolás Noman (Boletín 13.878 de la Cámara de Diputados) en orden a establecer una prohibición para los Consejeros del CPLT de acceder a un cargo dentro de la Administración del Estado por un año luego de terminado su mandato, salvo los de elección popular, me parece excesiva y sin fundamento. Se trataría de una norma excepcionalmente rigurosa que desincentivaría la llegada de personas capaces y competentes al Consejo.

También debería aplicárseles a los Consejeros algunas prohibiciones establecidas en el Código Orgánico de Tribunales para los Jueces, como la contempladas en los artículos 320 y 321.

En cuanto a la participación de los Consejeros en Centros de Estudios que no tengan carácter universitario, sería aconsejable que mientras desempeñaran sus cargos se abstuvieran de hacerlo para evitar cualquier sospecha sobre su imparcialidad de criterio.

Tampoco parece razonable que mantengan su participación en un partido u organización política, ni que participen activamente en la deliberación de asuntos de relevancia pública salvo los que caigan dentro del ámbito de la competencia del CPLT.

Los Consejeros abogados no podrían tampoco litigar ante el CPLT durante los dos años siguientes al término de sus funciones.

Así el Consejo quedaría más resguardado frente a cualquier crítica.

V.- El recurso de protección y los recursos de las leyes 20.285 y 19.628

Este es un tema de carácter general en nuestra legislación. En efecto, en diversas áreas del sistema jurídico la persona que estime afectado un derecho al que la Constitución ampara mediante el recurso de protección, puede optar por usar esa vía ante la Corte de Apelaciones respectivas o usar la vía de la legislación sectorial. Así ocurre, por ejemplo, en materia ambiental, tributaria, cuando se produce una discriminación, tratándose de los datos personales, algunas materias laborales, el derecho de autor y propiedad intelectual, para no hablar del amparo económico.

Es evidente que ello ocurre en la Ley 20.285, que contempla un procedimiento especial para reclamar por la no entrega oportuna e íntegra de una información pública. Respecto de la Ley 19.628, la disyuntiva se configura entre el recurso de habeas data consagrado en su artículo 16 para ante el Juez de Letras respectivo o bien el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones.

Las Cortes en general han rechazado los recursos de protección planteados en contra de las decisiones adversas del CPLT, sosteniendo en diversos casos que los recurrentes carecen de un derecho amenazado, perturbado o vulnerado pues se ha tratado de organismos públicos disconformes con

la decisión del CPLT⁴⁶. Pero no es dable sostener que el tema esté claramente resuelto por la jurisprudencia.

El recurso de protección podría interponerse por el afectado tanto en contra de la resolución administrativa negativa a entregar la información solicitada, como respecto a una decisión adversa del CPLT. El primer caso aparece a primera vista más plausible. En el segundo caso concurren dos factores adversos: en primer lugar, la existencia de un procedimiento específico en curso para reclamar ante el mismo tribunal de alzada que debería conocer el recurso de protección, y la existencia de una jurisprudencia que, pese a sus oscilaciones, por lo general no reconoce la procedencia de la protección respecto de resoluciones judiciales⁴⁷, como serían las del CPLT; además, el recurrente al solicitar la intervención del CPLT de alguna manera acepta el *iter* procesal establecido por la Ley 20.285.

Eduardo Soto Kloss ha sostenido que la idea de que el recurso de protección no procede cuando existen otros medios procesales, ordinarios o especiales, para reclamar el derecho, es demasiado restrictiva, y que no ha sido acogida por la jurisprudencia, la cual se ha inclinado por decidir atendiendo a la naturaleza de cada caso y la prontitud del remedio requerido⁴⁸.

El Consorcio de Centros se ha pronunciado en favor de descartar el recurso de protección para reclamar la protección de datos personales y el derecho de acceso a la

⁴⁶ CPLT, *Informe sobre Jurisprudencia 2009-2014*, Santiago, 2015

⁴⁷ Julios Guzmán Jordán, *Recurso de protección y resoluciones judiciales*, CAM, Santiago

⁴⁸ Eduardo Soto Kloss, *El recurso de protección. Aspectos fundamentales*, Revista Chilena de Derecho, volumen XI; y *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982,

información pública, dado que existe una vía establecida en la ley para cada caso.

Sin embargo, como se trata de un problema de índole general de enormes consecuencias procesales y prácticas, difícilmente se podrá alcanzar una solución en la Convención Constitucional. Es posible que el asunto siga entregado a la jurisprudencia de los tribunales y al debate doctrinario.

Tal vez se podría adelantar un criterio en el sentido que el recurso de protección debería proceder cuando la privación, perturbación o amenaza al ejercicio de un derecho requiera una intervención urgente de los Tribunales, sin necesidad de ventilar una solución al fondo de la controversia que por su complejidad requiere de una vía judicial ordinaria.

El recurso de protección es una acción cautelar de emergencia. Francisco Zúñiga, autor junto con Humberto Nogueira de un proyecto de ley sobre recursos constitucionales, ha insistido en que el recurso de protección – como acción cautelar - debiera proceder frente a un derecho indubitable o probable en peligro que requeriría un remedio urgente⁴⁹. Dicho proyecto de ley, presentado ante la Cámara de Diputados hace bastantes años, ha sido el intento más completo de reformar y racionalizar los recursos constitucionales, entre ellos el de protección. Pero la iniciativa no ha seguido en tramitación.

Cualquier modificación a la concepción actual del recurso de protección, sea precisando su contenido para

⁴⁹ Francisco Zúñiga, *El recurso de protección en proyecto de Ley de Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales* Estudios Constitucionales, vol. 5, núm. 2, segundo semestre, 2007, pp. 61-82 Centro de Estudios Constitucionales de Chile, y Andrés Bordalí Salamanca, *El recurso de protección como proceso de urgencia* en Revista Chilena de Derecho, volumen 31 2004

restringir la posibilidad de su ocurrencia, sea ampliando el ámbito de los derechos cubiertos, va a suscitar gran discusión en la Convención. No sólo por el efecto que esos cambios pueden tener en las posibilidades a disposición del ciudadano para defender sus derechos, sino también por el papel que, en consecuencia, se entregaría a la Magistratura dentro del sistema político, teniendo en cuenta que con la emergencia del Estado constitucional los jueces han ido adquiriendo cada vez un rol más activo en la fijación del derecho. Efectivamente, Soto Kloss señalaba que el recurso de protección acentúa la función del juez como guardián de la justicia y de los derechos de las personas, y no como un simple ejecutor de la ley, haciendo referencia a Ulpiano y al Digesto.

Además, las Cortes han ido ampliando el campo de acción del recurso de protección fijado por la enumeración del artículo 20 de la Constitución de los derechos que se pueden reclamar por esta vía. Lo han hecho recurriendo a diversas argumentaciones: a veces conectando el derecho reclamado con uno contenido en dicha lista: así ha sucedido con el derecho a la salud y su relación con el derecho a la vida; en otras se ha invocado el principio de igualdad ante la ley o bien el derecho de propiedad: *“Así, en especial, a partir de una tutela judicial amplia del derecho de propiedad sobre “bienes incorporales”, a que se refiere el Art. 19 N° 24 CPR, los tribunales han protegido todo tipo de derechos subjetivos, intereses o situaciones jurídicas de los particulares, entendiendo que éstos están bajo la protección*

constitucional, independientemente de su carácter patrimonial o extrapatrimonial”⁵⁰.

Este punto será muy debatido, especialmente por la mención que la actual Constitución hace de los derechos de los particulares sobre las aguas y del derecho del concesionario minero sobre su concesión. No hay que olvidar que Andrés Bello en el artículo 583 del Código Civil sostuvo la tesis que sobre los derechos incorporales existe una suerte de propiedad. De donde se puede desprender que, salvo mención expresa en contrario, el recurso de protección seguirá siendo posible cuando alguien estime que un derecho subjetivo se encuentre amagado, como puede ocurrir con los datos personales y el acceso a la información pública.

Hay que tener en cuenta también que según el artículo 5° de la Constitución es deber de los órganos del Estado -también de todos los jueces- respetar y promover los derechos humanos, entre ellos los que están consagrados en los tratados internacionales. Una interpretación amplia de este precepto podría llevar a que los jueces de la instancia pudieran resolver, por vía cautelar, las amenazas, perturbaciones o privaciones de tales derechos sin necesidad de que su titular recurriera a la Corte de Apelaciones. Se trataría de una aplicación directa de la Constitución por parte del juez, hoy impracticable porque la Constitución señala un camino para reclamar una intervención pronta de la magistratura para poner término a una amenaza o perturbación de un derecho constitucional.

⁵⁰ Juan Carlos Ferrada Bórquez, Andrés Bordalí Salamanca y Kamel Cazor Aliste, *El Recurso de Protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo*, Revista de Derecho Volumen XIV, junio 2013.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, establece el recurso de protección o amparo constitucional: *“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Una norma análoga está contenida en el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las UN.

Mientras exista el recurso de protección los jueces deben respetar ese mecanismo y abstenerse de decidir directamente el reclamo que debiera ser deducido por esa vía. Otro tanto vale respecto del recurso de inaplicabilidad para ante el Tribunal Constitucional, que desarrolla el concepto de “recurso judicial efectivo” contenido en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵¹. Todo ello sin perjuicio que el juez del fondo

⁵¹ 4 Paillás, E. *El Recurso de Protección ante el derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997

resuelva la controversia aplicando la Constitución al momento de emitir el fallo.

Sin mencionar el debate en curso sobre el llamado control de convencionalidad al que los jueces estarían obligados, según lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humano, al momento de fallar, lo que podría llevarlos a prescindir de un precepto legal sin necesidad de recurrir al Tribunal Constitucional como se establece actualmente, lo que amenazaría el control concentrado de constitucionalidad.

Además, se ha sostenido que, si se mantuvieran los regímenes diversos de transparencia de los distintos órganos del Estado, el recurso de protección procedería en todos aquellos casos en que no es posible recurrir ante el CPLT.

Pues bien, dada la complejidad del asunto es probable que se deje la situación en el estado actual, salvo tal vez alguna modificación a la configuración del recurso de protección que acentúe su carácter cautelar de emergencia. Sobre todo, teniendo en cuenta que el recurso de protección se ha convertido en el principal instrumento de tutela procesal del ciudadano. Esto se ha visto favorecido por la ausencia de un procedimiento general de carácter contencioso administrativo, situación que no ocurre en el caso del derecho a la información dado lo establecido por la Ley 20.285 mediante la intervención del CPLT.

El recurso de protección se ha convertido en la vía preferida para impugnar los actos administrativos, sean de naturalezas singular o de índole general. Efectivamente, el recurso de protección tiene algunas características

procesales singulares que lo hacen particularmente atractivo: es informal, inquisitivo, unilateral, breve y concentrado⁵².

Sin embargo, no han faltado las miradas críticas respecto a la eficacia del recurso de protección. Victoriano Cerda señala que una muestra revela que el 52% de los recursos de protección han sido rechazado por motivos de forma o por haberse interpuesto fuera del plazo fijado por el Auto Acordado de la Corte Suprema que regula su tramitación. Muchos recursos son abandonados por los recurrentes al no cumplir ciertas exigencias formales o bien son rechazados por recaer sobre asuntos que requieren un “lato conocimiento” mediante otro procedimiento judicial⁵³. Además, según la Corte de Apelaciones de Santiago, el tiempo promedio de tramitación de los recursos de protección sobrepasa los 5 meses.

Sería, pues, necesario que el recurso de protección fuera redefinido en forma tal que cumpliera con el propósito para el cual fue concebido, es decir, para una tutela de emergencia de los derechos constitucionales, dejando el resto de las controversias en manos de los tribunales mediante los procedimientos ordinarios o especiales que establecen las leyes. Dejaría, entonces, de ser usado como un mecanismo de control de legalidad de los actos administrativos, lo que debería ventilarse mediante el

⁵² Ríos Álvarez, Lautaro: “El Recurso de Protección y sus innovaciones procesales”, Gaceta Jurídica Nº 171, 1994, pp. 7-25.

⁵³ Victoriano Cerda Quinteros, *La muerte del recurso de protección*, Revista de Derecho Público volumen 63; ver de Juan Carlos Ferrada Bórquez, Andrés Bordalí Salamanca y Kamel Cazor Aliste, *El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo* en Revista de Derecho volumen 13, 2003.

establecimiento de un procedimiento general para reclamar derechos legales o intereses legítimos.

En lo que respecta a la relación entre el recurso de protección y el procedimiento establecido para reclamar ante el CPLT, cabe hacer notar que la sentencia recaída en un recurso de protección produce efecto de cosa juzgada amparando el derecho amenazado, pero *“sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer (el afectado) ante la autoridad o los tribunales”* (artículo 20 de la CPR), lo que deja abierta la puerta para que el interesado pueda de todas maneras recurrir ante el CPLT usando el procedimiento establecido por la Ley 20.285. *“Ello implica que el fallo de la acción de protección resuelve la litis en forma provisional, mientras no exista otro fallo posterior que disponga otra cosa en un juicio de lato conocimiento u otro procedimiento pertinente que permite debatir el fondo de la materia que solo ha sido resuelta por el recurso de protección con una solución de emergencia, carente de período de prueba y auténtica contradicción procesa”*⁵⁴. Esta disyuntiva es más compleja porque ambos procedimientos están concebidos para operar en tiempo breve a fin de que la información requerida mantenga su vigencia e interés.

Termino este acápite señalando que tal vez la nueva Constitución entre a un análisis amplio del tema de los recursos constitucionales, estableciendo su naturaleza, extensión y principales características procesales, en cuyo caso pudiera estimar la no procedencia del recurso de protección cuando existan procedimientos legales eficaces

⁵⁴ Humberto Nogueira, *El recurso de protección en Chile*

de tutela, como sucede con el habeas data y con el procedimiento contemplado en la Ley 20.285. Pero como es fácil de colegir de todo lo señalado, más bien es probable que la disyuntiva procesal se mantenga, aunque pueda acentuarse el carácter cautelar de emergencia del recurso de protección. Además, políticamente resulta poco explicable que la Convención Constitucional acote la procedencia de la protección.

Algunas conclusiones

De lo señalado podemos desprender algunas conclusiones:

1.- El DAI es un derecho plenamente reconocido a nivel nacional e internacional, que se encuentran en el cruce de diversos procesos políticos en curso: implementación del principio de transparencia, control y participación ciudadana, lucha contra la corrupción, modernización del Estado, gobierno abierto. Ha sido contemplado junto con la transparencia en tratados internacionales vigentes para Chile, así como en una sentencia de la CIDH adversa al Estado chileno. Todo ello obliga a la futura Convención Constitucional a tenerlos en cuenta al elaborar la nueva Carta Fundamental.

2.- La ley 20.285 lo reconoció explícitamente junto con la transparencia del Estado y encargó al CPLT velar por su cumplimiento; para lo cual estableció un sistema de reclamo

especial frente a la denegación sin fundamento legal a entregar la información en poder del Estado, que ha funcionado satisfactoriamente.

3.- Sin embargo, su fundamento constitucional es esquivo, porque ni el DAI, ni el principio de transparencia han sido reconocidos explícitamente por la actual Constitución Política, lo que ha abierto la puerta a una jurisprudencia a veces vacilante entre un criterio amplio o más restringido de interpretación de la Carta Fundamental, más atento al tenor literal de sus disposiciones que a una visión orgánica y finalista del texto.

4.- Debería establecerse un solo sistema de transparencia para todos los órganos públicos a cargo del CPLT, el cual también debería tener competencia sobre la protección de los datos personales, que viene a ser una excepción a la transparencia de la información pública.

5.- El CPLT es un organismo autónomo de nuevo tipo, dotado de una independencia legal reforzada. Si se amplía su competencia como se señala en el punto anterior, sería conveniente que tuviera un reconocimiento constitucional para facilitar su labor

6.- Los integrantes del Consejo Directivo del CPLT deberían ser siete, el organismo funcionar en dos salas especializadas en transparencia y DAI y protección de datos personales respectivamente.

7.- Sus integrantes deberían ser de dedicación exclusiva, con un sistema de nombramiento que impida la intervención partidista, recibir una remuneración equivalente a la de un

Juez de Letras o Ministro de Corte, y al sistema de inhabilidades e incompatibilidades de la legislación vigente, debiera añadirse una norma para el post empleo que impida la captura del consejero, así como prohibiciones claras de participar en partidos u organizaciones políticas o en centros de estudios no universitarios y en el debate de los asuntos públicos ajenos a la competencia del CPLT, así como algunas de las que afectan a los jueces contenidas en el COT.

8.- La relación entre el recurso de protección y los recursos creados por las Leyes 20.285 y 19.628 es un tema complejo, con múltiples aristas y consecuencias, cuyo estudio sólo podía hacerse en forma general, ya que forma parte de los vínculos de la acción de protección con una serie de mecanismos especializados análogos creados por la ley para hacer valer ciertos derechos. Si se quisiera establecer una delimitación por la vía del carácter cautelar de emergencia del recurso de protección, no resultaría fácil porque también el procedimiento de la Ley 20.285 supone una resolución pronta del asunto, para que la información solicitada cumpla su función.

Índice

I.- El derecho de acceso a la información pública (DAI) y la transparencia

II.- El fundamento constitucional de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública en Chile

III.- Naturaleza jurídica del Consejo para la transparencia (CPLT): un organismo autónomo de nuevo tipo

IV.- Los integrantes del Consejo para la Transparencia

V.- Recurso de protección y recursos de las Leyes 20.285 y 19.628