

Santiago, tres de septiembre de dos mil diez

Vistos:

1º) A fojas 74, doña Rossana Pérez Fuentes, Directora Nacional del Servicio Civil y Presidenta del Consejo de Alta Dirección Pública, ambos domiciliados para estos efectos en calle Morandé N° 115, piso 9, de la comuna y ciudad de Santiago, interpone reclamo de ilegalidad de conformidad con el artículo 28 de la Ley N° 20.285 contra de la decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia en sesión ordinaria N° 116, de 30 de diciembre de 2009 y notificada a su representada con fecha 11 de febrero de 2010, por la cual se ordenó revelar información acerca de los procesos de selección en que participaron los señores Juan Sebastián Walker Cerda y Juan Velásquez Morales.

Expresa que los señores Juan Sebastián Walker Cerda y Juan Velásquez Morales solicitaron que su representada les hiciera entrega:

a) En el caso del señor Walker, de los resultados de su evaluación personal en el proceso y los resultados de la evaluación de la persona que resultó finalmente nombrada en el cargo al que postuló, la señora Viviana Córdova Vila como Jefe de la División Cobranzas y Quiebras de la Tesorería General de la República, y

b) En el caso del señor Velásquez, la nómina de candidatos seleccionados en el proceso de selección para proveer el cargo de Subdirector de Estudios y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Ante la negativa de su representada, en cumplimiento de la ley que establece el secreto de aquella información, los solicitantes acudieron al Consejo para la Transparencia, el cual resolvió, mediante las decisiones A29-09 y A35-09, acoger parcialmente el reclamo del señor Walker e íntegramente el que planteara el señor Velásquez.

El fundamento de su representada para el rechazo a la entrega de la información solicitada, se encuentra en la Ley N° 19.882, que regula la nueva política de personal a funcionarios públicos que indica, que establece el secreto o reserva de la información que se ha pedido, ya que la citada ley en su artículo quincuagésimo, dice *“El consejo entregará, en carácter reservado, la nómina de entre 3 y 5 candidatos seleccionados, acompañada de los antecedentes profesionales y laborales de los mismos, así como la evaluación a que se refiere el inciso segundo del artículo quincuagésimo tercero, sin expresar preferencia por ninguno de ellos”*, y en segundo lugar, el artículo quincuagésimo quinto, señala *“El proceso de selección tendrá el carácter de confidencial, manteniéndose en reserva la identidad de cada*

candidato. La Dirección Nacional del Servicio Civil dispondrá las medidas necesarias para garantizar esta condición”. Estas disposiciones legales establecen la reserva de la nómina de postulantes a cargos de la Alta Dirección Pública y dicha reserva y confidencialidad es actual y futura de todos los procesos de selección y de las evaluaciones contenidas en los mismos. Todo ello en concordancia con el artículo primero transitorio de la Ley N° 20.285, que señala: “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de Constitución Política”.

Atendido lo anterior, queda claro que el Consejo para la Transparencia, como órgano estatal que es está determinando lo que es público y lo que es secreto, conforme a determinadas consideraciones, como el nivel de daño o el interés público involucrado en la solicitud, en circunstancias que, de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, quien determina lo que es público es la misma Carta Fundamental, y quien determina lo que es secreto o reservado, debe ser una ley de quórum calificado. Ni lo uno ni lo otro lo hace o lo debe hacer el Consejo para la Transparencia, por lo que, a juicio de la reclamante de ilegalidad, dicho Consejo ha excedido el ámbito de su competencia.

Agrega que de acuerdo a la ley N° 20.285, el Consejo para la Transparencia 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, de manera que en parte alguna, de la legislación que lo creó se lo faculta para decidir lo que es público o que es secreto. El Consejo promueve la transparencia, fiscaliza el cumplimiento de la normativa y garantiza, pero no "crea" la normativa y menos puede “legislar” disponiendo normas de carácter general que contravienen el texto expreso de la ley.

Finalmente, en virtud de los fundamentos de hecho y derecho explicitados previamente, solicita se acoja el reclamo de ilegalidad, y, en definitiva, esta Corte deje sin efecto la decisión adoptada por el Consejo para la Transparencia, notificada a su representada el 11 de febrero de 2010, en virtud de la cual dispuso que se entregara a Sebastián Walker Cerda y a Juan

Velásquez Morales, información respecto de los procesos de selección en los cuales participaron, en los términos ya señalados, con costas.

2°) A fojas 129, Raúl Ferrada Carrasco, abogado, Director General y representante legal del Consejo para la Transparencia, ambos con domicilio en Morandé 115, piso 7, de la comuna y ciudad de Santiago, solicita en primer lugar, la improcedencia del reclamo de ilegalidad planteado en autos por estimar que el artículo 28 de la ley 20.285 lo consagra para impugnar la resolución del Consejo que “deniegue” el acceso a la información, cuyo no es el caso de autos, y en subsidio evacua traslado

Agrega que, con fecha 25 de febrero de 2010 la Dirección del Servicio Civil interpuso reclamo de ilegalidad en contra de las decisiones recaídas en la reposición deducida en contra de las resoluciones dictadas por este Consejo en los procedimientos de amparo A29-09 y A35-09.

a) La decisión del amparo A29-09 tuvo su origen en un reclamo por denegación de acceso a la información pública, presentado por don Juan Sebastián Walker Cerda en contra de la Dirección Nacional del Servicio Civil. Dicho reclamo, dice relación con el cargo de Jefe de Cobranzas y Quiebras de la Tesorería General de la República, específicamente los resultados de la evaluación personal del propio solicitante y los resultados de la evaluación de la persona que resultó finalmente nombrada en dicho cargo.

b) La decisión del amparo A35-09, por su parte, se originó en un reclamo por denegación de acceso a la información pública, presentado por don Juan Velásquez Morales en contra de la misma institución. Fue interpuesto a consecuencia de la respuesta entregada por la Dirección Nacional del Servicio Civil, en la que se informaba que no se entregaría la información pedida por el solicitante, referida al proceso de selección implementado para proveer el cargo de Subdirector Nacional de Estudio y Desarrollo del Servicio de Registro Civil e Identificación, consistente en la nómina de candidatos seleccionados en dicho proceso concursal.

En ambos casos la Dirección Nacional del Servicio Civil fundamentó en las mismas e idénticas razones su negativa a entregar la información solicitada por los ciudadanos individualizados, a saber:

b1) se invoca la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, esto es, *"Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido"*,

b2) se invoca la causal de reserva contenida en el artículo 21 N° 2 de la misma ley, *"Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico"*, y

b3) se alude a la causal del N°4 del mismo artículo, *"Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país"*.

Estima el Consejo que el reclamo de autos resulta improcedente, toda vez que la reclamante de ilegalidad fundó la negativa a entregar la información solicitada en la causal contenida en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia, para ello explica que el artículo 28 de la Ley de Transparencia es claro al sostener que no le asiste la facultad de interponer un reclamo de ilegalidad al órgano de la Administración que deniega el acceso a la información solicitada invocando la causal de secreto o reserva de información contenida en el artículo 21 N°1 de la Ley de Transparencia. En efecto, dicha disposición señala: *"Artículo 28.- En contra de la resolución del Consejo que deniegue el acceso a la información, procederá el reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante. Los órganos de la Administración del Estado no tendrán derecho a reclamar ante la Corte de Apelaciones de la resolución del Consejo que otorgue el acceso a la información que hubieren denegado, cuando la denegación se hubiere fundado en la causal del número 1 del artículo 21"*.

Expresa que la propia reclamante ha reparado en esta circunstancia y, a su juicio, mediante una particular interpretación de la ley propone que tal falta de legitimación activa no sería aplicable de su caso. En efecto, el reclamante defiende la procedencia de su gestión señalando que conjuntamente con la causal contenida en el artículo 21 N° 1 de la Ley de Transparencia ha fundado su negativa a la entrega de la información en otras causales distintas. Ello haría que no concurriese la circunstancia descrita en el ya citado artículo 28, que priva de legitimación activa en un reclamo de ilegalidad al órgano de estado que incurre en ella.

En subsidio de lo anterior, pide se rechace el reclamo de ilegalidad interpuesto contra su representada por los siguientes fundamentos:

1. No es efectivo que el Consejo haya excedido su competencia al interpretar los artículo quincuagésimo y quincuagésimo

quinto de la Ley N^o 19.882, pues estas normas deben interpretarse a la luz del principio constitucional de transparencia —añadido al artículo 8^o de la Carta Fundamental en 2005— y la propia Ley de Transparencia, de 2008, en cuanto norma legal de rango posterior que ha venido a desarrollar dicho artículo 8^o.

Tampoco cabe estimar que en este caso hubiere alguna afectación del derecho a la protección de la vida privada. La vida privada y derecho a la protección de la vida privada son conceptos diferentes. La primera es una esfera de la vida humana integrada por todos aquellos elementos, antecedentes, datos e informaciones directamente vinculados con la personalidad, identidad o biografía de su titular y que éste desea mantener al margen del conocimiento de terceros. La voluntad de sustraer ciertos elementos del conocimiento de terceros, limita, sin embargo, con el eventual interés público. El segundo, corresponde a aquella garantía constitucional en virtud de la cual recibe protección y respaldo jurídicos la intención de mantener en reserva los elementos integrantes de la vida privada. En la definición de aquello que integra o no la esfera de lo privado -y por tanto recibe la protección constitucional del art. 19 N^o4- tiene un papel central la voluntad del titular del Derecho. Fuera de los casos en que el ordenamiento jurídico dispone que ciertos actos, elementos o antecedentes no forman parte de esta esfera de protección, la persona puede libremente manifestar su consentimiento para que elementos habitualmente considerados como parte de su vida privada sean conocidos por terceros. Y esto último es lo que justamente ha acontecido respecto de los terceros potencialmente afectados por la entrega de la información solicitada, que siendo debidamente emplazados en la forma prescrita por la Ley de Transparencia para que se opongán a la entrega de los antecedentes, dos no han efectuado oposición alguna y un tercero consiente expresamente en la divulgación de su nombre.

Por otra parte, las reflexiones relativas al debido funcionamiento del Sistema de Alta Dirección Pública, no son materias que puedan plantearse en esta sede pues, el artículo 28 de la Ley de Transparencia impide reclamar por este motivo. Con todo, a juicio del Consejo, el interés público se beneficiará con la divulgación de esta información, especialmente considerando que los concursos del Sistema de Alta Dirección Pública corresponden a cargos de alta relevancia. Por tanto, una mayor transparencia, no debiera considerarse como un eventual perjuicio al funcionamiento del sistema, sino, por el

contrario, como un factor que contribuirá a su mejor desempeño y valoración social.

A mayor abundamiento, el Consejo para la Transparencia, estima que no existen derechos de los profesionales y empresas dedicadas al reclutamiento de personal que pudieren verse afectados por la entrega de la información requerida. En efecto, el trabajo que éstos y aquéllas desarrollan se presta en virtud de un contrato celebrado con el Estado a través de cual se les encomienda colaborar en la ejecución de una función pública, a saber, el proceso de selección de funcionarios públicos. Dicho contrato de prestación de servicios es financiado por el erario público, por lo que el resultado de dicha prestación de servicios es información pública, de acuerdo al artículo 5° de la Ley de Transparencia.

Por último, solicita tener por evacuado el traslado y rechazar el reclamo de ilegalidad en todas sus partes, con costas.

3°) Que en primer lugar corresponde analizar la procedencia del reclamo en relación al contenido de la resolución que se impugna. El Consejo para la Transparencia hizo presente que no se está en los casos señalados en el artículo 28 de la Ley y, por ende, el recurso de ilegalidad deducido sería improcedente. A primera vista y desde un aspecto meramente formal podría entenderse que sólo son reclamables de ilegalidad aquellas resoluciones que deniegan el acceso a la información requerida. Sin embargo, el recurso de autos se funda en el artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental en relación con lo dispuesto en los artículos 50 y 55 de la Ley N° 19.882 y por la eventual vulneración de derechos de terceros, los cuales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, sin excepción, de acuerdo al artículo 5° de la Constitución. Por tanto, el reclamo de ilegalidad intentado, desde el punto de vista formal, es procedente.

4°) Que, en cuanto al fondo, como se aprecia de la relación expositiva que antecede, subyace en el reclamo de ilegalidad que ésta Corte está llamada a resolver, si el Consejo para la Transparencia –creado por la Ley N° 20.285 como una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio con el objeto de promover la transparencia en la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas de la citada legislación y garantizar el derecho de acceso a la información- tendría competencia para exigir, en el ejercicio de sus atribuciones, que la Dirección Nacional de Servicio Civil proporcione los antecedentes o informes

específicos, relativos a los postulantes a cargos de la Alta Dirección Pública, que les sean solicitados por terceros interesados.

5º) Que para resolver el asunto controvertido, es preciso establecer que normativa debe aplicarse en este caso, a saber, las normas sobre secreto que establece la Ley N° 19.882 o el artículo 21 N° 1. letra b) de la Ley de Transparencia.

Si bien la Ley de Transparencia y la Ley N° 19.882 lleva a concluir que la confidencialidad del proceso de selección que lleva a cabo la reclamante de ilegalidad termina al finalizar éste, vale decir, al determinarse la nómina de candidatos a proponer al jefe superior del servicio que corresponda. Producido lo anterior, se aplicaría plenamente la regla general de publicidad establecida en el artículo 5° de la Ley de Transparencia, pues como afirma el propio artículo 21 N° 1 b), los fundamentos de las decisiones son "públicos una vez que sean adoptadas".

Sin embargo, este precepto no puede aplicarse existiendo una norma que restringe tal publicidad, como lo disponen los artículos 50 y 55 de la Ley N° 19.882, pues conforme a ello, la decisión adoptada por la autoridad es pública, pero el procedimiento seguido para dictarla haya sido reservado, y como tal debe permanecer secreto atendido las características y objetivos del modelo de selección de personal que la Ley N° 19.882 introdujo en Chile.

6º) Que, aparece claro que la confidencialidad del proceso de selección, dispuesta por el artículo 55 de la Ley N° 19.882 y el secreto de las evaluaciones individuales, contemplado en su artículo 50, son exigencias ineludibles, tal y como sucede también con el secreto de las nóminas de candidatos propuestos y de todos los que participaron en el aludido proceso.

7º) Que, sólo un procedimiento con estas características provocará que estén dispuestos a participar todas las personas que se encuentren interesadas, exentos de presiones ex ante o de secuelas negativas ex post, hallándose en la confidencialidad una condición sine qua non para la consecución de esa finalidad, que es esencial para la idoneidad y éxito del proceso, eliminarlo impediría al Consejo ejercer sus funciones, afectando su normal funcionamiento, junto con cautelar la dignidad de los postulantes, a la par que los derechos e intereses de los consultores que los evalúan.

Respecto de la defensa de derechos de terceros, la reserva se manifiesta como algo evidente y sobre lo cual cabe razonar desde una doble perspectiva; primero, la del postulante,

especialmente, en lo relativo a sus evaluaciones individuales, el derecho a la vida privada o a la intimidad de la persona a la que se refiere dicha evaluación, dado que en ella constan apreciaciones del examinador que, fuera del contexto técnico y experto en que ellas se emiten, pueden estimarse que dañan la dignidad de la persona, sobre todo si ha sido objetiva, rigurosa y carente de preferencias o prejuicios; y segundo, la de los evaluadores, cuyo trabajo quedaría expuesto al escrutinio descontextualizado y, en la mayoría de los casos, realizado por quienes carecen del conocimiento y las habilidades necesarias para dimensionarlo adecuadamente, haciendo inútil la intervención de los consultores expertos y, haciendo ilusorio que ellos participen del proceso de selección de altos cargos, pues se lesionaría la regla cardinal conforme a la cual ellos se desenvuelven en el ejercicio de su actividad o profesión, consistente en el sigilo que permite que todos estén dispuestos a concursar y que cada uno sea rigurosamente evaluado.

8º) Que, a mayor abundamiento, debe examinarse si el acto respecto del cual se está pidiendo acceso es público de conformidad con los artículos 50 y 55 de frente al artículo 8º inciso segundo de la Constitución Política de la República. Si no lo es, porque no está entre las hipótesis del artículo 8º, por ejemplo, porque se trata de un acto privado y no estatal, ahí se acaba el derecho de acceso y se debe negar la solicitud respectiva; y en segundo, si aquella información que se pide por el interesado aparece como pública, se debe analizar si hay o no una ley de quórum calificado que contemple, excepcionalmente, el secreto. Si la hay, se tiene que negar lugar a la solicitud de acceso. Si no, debe ordenar que se revele la información.

9º) Que, de acuerdo a lo que se ha venido razonando el Consejo para la Transparencia ha excedido su competencia al ordenar que la Dirección Nacional del Servicio Civil revelar información acerca de los procesos de selección en que participaron los señores Juan Sebastián Walker Cerda y Juan Velásquez Morales, pues la reclamante tiene como obligación resguardar la privacidad de la información que le revelan terceros que participan en sus procesos de selección, pudiendo oponerse o no a la entrega de tal información, por lo que se acogerá la reclamación.

Por estas consideraciones, y visto lo dispuesto en los artículos 50 y 55 de la Ley N° 19.882, artículo 21 de la Ley N° 20.285 y artículo 8º inciso segundo de la Constitución Política

de la República, **SE ACOGE** el reclamo de ilegalidad deducido por la Dirección Nacional del Servicio Civil, intentado a fs. 74, y en consecuencia, se declara que se deja sin efecto de decisión del Consejo de Transparencia adoptada en sesión ordinaria N° 116, de 30 de diciembre de 2009, por la cual se ordenó revelar información acerca de los procesos de selección en que participaron los señores Juan Sebastián Walker Cerda y Juan Velásquez Morales.

Se previene que la Abogado Integrante señora Herrera concurre a lo resuelto, teniendo además presente que la Dirección Nacional de Servicio Civil carece de legitimación pasiva, por cuanto los señores Walker Cerda y Velásquez debieron pedir la información que requieren al servicio público que no los eligió para los cargos a los que postularon, esto es, la Tesorería General de la República y el Servicio Nacional de Registro Civil e Identificación, respectivamente.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Redactó la abogado integrante Sra. Herrera Fuenzalida.

N° 943-2010.

Pronunciada por la **Cuarta Sala** de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el ministro señor Patricio Villarroel Valdivia e integrada, además, por la ministro señora Pilar Aguayo Pino y la abogado integrante señora Paola Herrera Fuenzalida.