

ACTA SESIÓN N° 242

En la ciudad de Santiago, a martes 3 de mayo de 2011, siendo las 09:00 horas en las oficinas del Consejo para la Transparencia, ubicadas en calle Morandé N° 115, piso 7°, se celebra la reunión ordinaria del Consejo Directivo del **Consejo para la Transparencia**, presidido por su Presidente, don Raúl Urrutia Ávila, y con la asistencia de los Consejeros, Alejandro Ferreiro Yazigi, Juan Pablo Olmedo Bustos y Jorge Jaraquemada Roblero. Actúa como secretario ad hoc, especialmente designado para estos efectos, el Sr. Alfredo Steinmeyer Espinosa. Participa de la sesión el Sr. Raúl Ferrada Carrasco, en su calidad de Director General del Consejo.

1.- Cuenta Comité de Admisibilidad N° 113.

Se incorporan a la sesión el Director Jurídico, Sr. Enrique Rajevic y el Jefe de la Unidad de Admisibilidad, Sr. Ricardo Sanhueza.

El Presidente del Consejo informa que en el Comité de Admisibilidad N° 113, celebrado el 3 de mayo de 2011, se realizó el examen de admisibilidad a 26 amparos y reclamos. De éstos, se calificaron 6 en calidad de inadmisibles y 11 en calidad de admisibles. Asimismo, informa que se solicitará aclaración en 3 presentaciones y que se derivarán 6 amparos al Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos. Finalmente, informa que no se presentaron casos que necesiten de un pronunciamiento específico de este Consejo o sea de especial complejidad.

ACUERDO: El Consejo Directivo por unanimidad acuerda: Aprobar el examen de admisibilidad N° 113 realizado el 3 de mayo de 2011 y continuar con el procedimiento regulado en los artículos 24 y siguientes de la Ley de Transparencia para los casos declarados admisibles, encomendando al Director General de este Consejo la notificación de las decisiones de inadmisibilidad.

2.- Presentación profesor Tomás Vial S., acerca de la “Constitucionalidad de la norma que dispone que es pública toda información que obre en poder de los órganos de la Administración y su relación con la información entregada por particulares.

Se incorporan a la sesión los abogados analistas de la Unidad de Reclamos.

Hace ingreso a la sala el Sr. Tomás Vial, abogado y doctor en derecho.

El Director Jurídico del Consejo, Sr. Enrique Rajevic, recuerda que dentro de los informes derecho contratados durante el año pasado, se solicitó la elaboración de uno a propósito del caso transgénicos. En ese caso se alegó por la parte reclamada que el artículo 5° de la Ley de

Transparencia sería inconstitucional, posición que fue apoyada por un informe en derecho del abogado Sr. Miguel Ángel Fernández.

El abogado. Sr. Tomás Vial, agradece la instancia y explica la modalidad de su presentación. Señala que la ponencia abordará los siguientes temas: a) Constitucionalidad del Inciso segundo del Artículo 5° de la Ley de Transparencia; b) La información privada y el principio de publicidad y c) La historia fidedigna de la norma y análisis de jurisprudencia pertinente

Constitucionalidad del artículo 5° de la Ley de Transparencia.

Comienza su exposición refiriéndose a la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley de Transparencia, señalando que éste es más amplio que el artículo 8° de la Constitución Política el cual, incluso interpretado en forma amplia, no alcanza a cubrir toda la información que declara en calidad de información pública el artículo 5° de la Ley de Transparencia. No obstante, a juicio del jurista, es perfectamente posible argumentar que lo público vaya más allá de lo que expresamente declara el artículo 8 de la Constitución, toda vez que incluso si éste no existiera, están los artículos 4 y 19 N° 12 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Constitucional chileno, en su sentencia Rol 634, del 9 de agosto del 2007, para apoyar esta tesis. En efecto, es posible fundar lo público independiente del artículo 8° de la Constitución, pues el derecho de acceso a la información se funda en la libertad de expresión, el cual es un derecho en sentido amplio. Señala que esto es lo que funda la ley de Transparencia y lo que explica que ésta no restrinja la información pública sólo a actos y resoluciones. Por tanto, el artículo 5° es constitucional.

En cuanto al derecho comparado, se refiere particularmente a la jurisprudencia norteamericana, la que ha señalado que si la información requerida está en posesión de la institución puede ser solicitada por cualquier persona. En términos similares, se refiere a la jurisprudencia australiana, canadiense y británica.

Asimismo, señala que ninguna legislación limita el derecho de acceso sólo a actos o resoluciones por lo que, de considerarse que nuestra legislación así lo hace, la transformaría en la más restrictiva de la que se tenga conocimiento.

Información entregada por particulares.

Al respecto, advierte que nuestro derecho no reconoce el concepto de “información privada”, no obstante se pueda hablar de información protegida por los derechos de propiedad intelectual, por la protección de datos personales o señalar, en general, que se encuentra cubierta por el derecho a la vida privada. En este sentido, hay que distinguir entre información sobre un individuo y aquella que esté cubierta por un derecho constitucional. La primera no tiene relevancia jurídica.

En este sentido, recuerda un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago- por el caso OXXEAN- que señala que la información proporcionada por un particular está protegida por el derecho de propiedad. Cubrir toda la información proporcionada por un particular por el derecho de propiedad es equívoco pues, entre otras cosas, el derecho de propiedad implica el uso, goce y disposición, lo que no puede aplicarse a esta clase de “bienes”. Además, señalar- tal como lo hace la Corte- que la información pasa a ser pública cuando se dicta el acto o resolución administrativa, implicaría una suerte de acto de expropiación lo que, claramente, es inverosímil.

Advierte que, por lo demás, hay información que estando protegida por derechos constitucionales es de todas formas considerada como información pública. Es el caso de las remuneraciones de los funcionarios públicos que el propio legislador, en pos de la transparencia y el control social, ha determinado su carácter público. De la misma forma, hay muchos actos y resoluciones contienen información entregadas por particulares.

Información entregada por particulares y cubierta por un derecho constitucional.

Al respecto, advierte que desde el punto de vista procedimental la autoridad administrativa no puede decidir qué es público o privado en el caso de información constitucionalmente protegida. Para eso debe seguirse el proceso de consulta que establece el artículo 20 de la Ley de Transparencia.

Desde el punto de vista sustantivo, por su parte, señala que no puede concluirse que el art. 5° de la Ley de Transparencia abra cualquier información de un particular pues, para ello, están las causales de reserva. En este sentido, recuerda que ni el derecho de acceso ni las excepciones son absolutas. El mecanismo que existe y que ha sido utilizado por este Consejo cuando hay dos derechos constitucionales en tensión, es la ponderación. De esta manera, no es posible

establecer un criterio general para decidir si en un caso prima el derecho de acceso o el derecho de un tercero, por ejemplo, sino que deberá evaluarse siempre caso a caso.

Los Consejeros comentan la presentación, realizan consultas y agradecen la participación del abogado.

ACUERDO: Los Consejeros toman conocimiento de lo expuesto y agradecen al Sr. Tomás Vidal el trabajo realizado y la resolución de las dudas planteadas.

Siendo las 11:20 horas se pone término a la presente sesión, firmando los Consejeros asistentes.

RAÚL URRUTIA ÁVILA

ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI

JUAN PABLO OLMEDO BUSTOS

JORGE JARAQUEMADA ROBLERO.